



SUPUESTOS PRÁCTICOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

2ª edición revisada y ampliada

Director:
Miguel Ángel Sevilla Duro

Coordinadora:
Yolanda López Nieto

SUPUESTOS PRÁCTICOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Segunda edición revisada y ampliada

SUPUESTOS PRÁCTICOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Segunda edición revisada y ampliada

Director: Miguel Ángel Sevilla Duro
Coordinadora: Yolanda López Nieto



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha

Cuenca, 2025

SUPUESTOS prácticos de Derecho constitucional : segunda edición revisada y ampliada / director, Miguel Ángel Sevilla Duro; coordinadora, Yolanda López Nieto.– Cuenca : Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2025

548 p. ; 24 cm.– (Colección Atenea ; 58)

ISBN 978-84-9044-206-7 (edición electrónica) ; ISSN 2792-4610 (Colección Atenea)

1. Derecho constitucional – España – Manuales universitarios I. Sevilla Duro, Miguel Ángel, dir. II. López Nieto, Yolanda, coord. III. Universidad de Castilla-La Mancha, ed. IV. Serie

342(460)(035)

LND (Thema)

© de los textos: sus autores, 2025.

© de la edición: Universidad de Castilla-La Mancha, 2025.

Edita: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Colección ATENEA n.º 58.

I.S.B.N.: 978-84-9044-206-7 (edición electrónica).

D.O.I.: https://doi.org/10.18239/atenea_2025.58.00

I.S.S.N.: 2792-4610 (Colección Atenea)



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

Composición: Compobell, S.L.

Hecho en España (U.E.) – *Made in Spain (E.U.)*



Esta obra se encuentra bajo una licencia internacional Creative Commons CC BY 4.0. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra no incluida en la licencia Creative Commons CC BY 4.0 solo puede ser realizada con la autorización expresa de los titulares, salvo excepción prevista por la ley. Puede Vd. acceder al texto completo de la licencia en este enlace:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>

Índice

Presentación	13
<i>Miguel Ángel Sevilla Duro</i>	
El método del caso en el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho Constitucional.	15
<i>Miguel Ángel Sevilla Duro</i>	

PARTE ORGÁNICA: SISTEMA DE FUENTES, ORGANIZACIÓN Y ESTRUCTURA DEL ESTADO Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

El proceso constituyente: Un análisis desde la singularidad del caso español.	25
<i>Ángel Barredo Artiguez</i>	
Los tratados internacionales y el control previo de constitucional- dad.	35
<i>Ignacio Álvarez Arcá</i>	
Fuentes del Derecho de la Unión Europea y control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	41
<i>Andrés Vilas Villamarín</i>	
Relación entre el Derecho de la Unión Europea y el derecho inter- no (primacía y efecto directo)	49
<i>María Carro Pitarch</i>	
Ley orgánica y ley ordinaria.	57
<i>Penélope Oliva Boza</i>	
Relación Ley-Reglamento.	63
<i>Nuria María Garrido Cuenca</i>	

Decreto-ley	73
<i>Mar Sánchez Montell</i>	
Decreto Legislativo	79
<i>Magdalena González Jiménez</i>	
Interpretación constitucional.	85
<i>Mar Sánchez Montell</i>	
El recurso de inconstitucionalidad.	91
<i>Yolanda López Nieto</i>	
La cuestión de inconstitucionalidad	97
<i>Gabriel Caro Herrero</i>	
El conflicto en defensa de la autonomía local	105
<i>Ana Torrecillas Martínez</i>	
El mecanismo de remisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea	113
<i>Juan Francisco Barroso Márquez</i>	
Derecho autonómico y control previo de los Estatutos de Autonomía.	119
<i>Francisco Javier Romero Caro</i>	
Reparto de competencias.	129
<i>Eva Gomis Jaén</i>	
Supremacía de la Constitución e integridad territorial	139
<i>Germán M. Teruel Lozano</i>	
El sistema electoral español.	151
<i>Miguel Domínguez García</i>	
Procedimiento legislativo.	159
<i>Eva Gomis Jaén</i>	
Iniciativa legislativa popular	165
<i>Ángel Fernández Silva</i>	
Referéndum.	171
<i>Alejandro Villaluenga Garrido</i>	

La relación entre el Congreso de los Diputados y el Senado	177
<i>María Luz Martínez Alarcón</i>	
El reglamento parlamentario: naturaleza y control constitucional . .	189
<i>María Mercedes Serrano Pérez</i>	
Funciones del Gobierno	195
<i>Claudia de la Rosa Pérez</i>	
Instrumentos de información y control ordinario del Parlamento al Gobierno	201
<i>María Mercedes Serrano Pérez</i>	
Moción de censura	209
<i>Francisco Gabriel Villalba Clemente</i>	
Cuestión de confianza	213
<i>María Mercedes Serrano Pérez</i>	
La Corona	217
<i>Roberto González Aláez</i>	
Derecho de excepción	227
<i>Claudia de Partearroyo Francés</i>	
Reforma constitucional	235
<i>Pedro García Guijarro</i>	

PARTE DOGMÁTICA:
DERECHOS, LIBERTADES Y GARANTÍAS

Dignidad humana: La protección del mínimo vital	243
<i>Francisco Javier Moreno Ordoño</i>	
Derechos fundamentales de los extranjeros	249
<i>Marcos Francisco Massó Garrote</i>	
Derecho de asilo	255
<i>Lorena Guadalupe Von Aguilar</i>	
Igualdad y no discriminación por razón de sexo	263
<i>Alicia Cárdenas Cordón</i>	

Igualdad y no discriminación por razón de discapacidad.	277
<i>Sergio Sánchez París</i>	
Igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual. . . .	281
<i>Andrea Garrido Raya</i>	
Derecho a la vida e integridad física: La prestación de ayuda para morir	287
<i>Marta Barranco Dos Santos</i>	
Derecho a la integridad física y moral: Interrupción voluntaria del embarazo y derecho a la objeción de conciencia	297
<i>Oihane Murua Astorquiza</i>	
Derecho a la libertad religiosa	305
<i>María Dolores Requena de Torre</i>	
Derecho al honor, derecho a la intimidad y libertad de comunicación	311
<i>José Luis García Guerrero</i>	
Derecho a la vida privada y familiar.	319
<i>Penélope Oliva Boza</i>	
Inviolabilidad del domicilio.	329
<i>Yolanda López Nieto</i>	
Inviolabilidad del domicilio y libertad personal.	335
<i>María Luz Martínez Alarcón</i>	
Derecho al secreto de las comunicaciones	341
<i>María Ruiz Dorado</i>	
Derecho a la protección de datos.	353
<i>Daniel Jove Villares</i>	
Libertad de circulación y residencia.	363
<i>Yolanda López Nieto</i>	
Libertad de expresión	369
<i>Ana Galdámez Morales</i>	
Derecho de reunión.	377
<i>Miguel Ángel Sevilla Duro</i>	

Derecho de asociación	385
<i>Inés Del Valle Sevilla</i>	
Ilegalización de partidos políticos	397
<i>Carlos Marco Marco Atienza</i>	
Derecho de participación política	403
<i>Alicia González Moro</i>	
Derecho de acceso a la función pública	409
<i>Felipe Rama Cerbán</i>	
Derecho a la tutela judicial efectiva	415
<i>Sara Alemán Merlo</i>	
Derecho a la educación	423
<i>Pablo Meix Cereceda</i>	
Derecho de sindicación y huelga	431
<i>Óscar Contreras Hernández</i>	
Derecho de petición.	439
<i>Manuel Pereiro Cárcelos</i>	
Objeción de conciencia	449
<i>Carlos Marco Marco Atienza</i>	
Deberes constitucionales	455
<i>Tomás Bastarreche Bengoa</i>	
Las iniciativas pública y privada en la actividad económica	463
<i>Pedro García Guijarro</i>	
Derecho al trabajo	471
<i>Carmen Delgado Garrido</i>	
Derecho a la salud	477
<i>María Dolores Requena de Torre</i>	
Derecho a la vivienda.	483
<i>Alberto Macho Carro</i>	
Inteligencia artificial y derechos fundamentales	489
<i>Javier Dionis Baeza</i>	

Suspensión individual de los derechos fundamentales: detención legal y <i>Habeas Corpus</i>	495
<i>Carlos Marco Marco Atienza</i>	
Suspensión individual de los derechos fundamentales: Detención por delito de terrorismo.	505
<i>Carlos Marco Marco Atienza</i>	
Garantías institucionales: El Defensor del Pueblo.	511
<i>Carlos Marco Marco Atienza</i>	
Garantías institucionales: El Ministerio Fiscal	517
<i>Carlos Marco Marco Atienza</i>	
Garantías probatorias: Exclusión de prueba ilícita.	525
<i>Marina Gascón Abellán</i>	
Garantías jurisdiccionales: El recurso de amparo ordinario y el recurso de amparo constitucional.	533
<i>Miguel Ángel Sevilla Duro</i>	
Garantías jurisdiccionales: Los recursos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.	543
<i>Miguel Ángel Sevilla Duro</i>	

Presentación

En octubre de 2023 vio la luz la primera edición de estos *Supuestos prácticos de Derecho Constitucional*. Dos años después, con el impulso de su fantástica acogida y el estímulo por las satisfacciones brindadas, publicamos la segunda.

Además de revisar, actualizar y depurar los capítulos que entonces se elaboraron, esta segunda edición amplía muy sustancialmente el número de casos prácticos con el objetivo de cubrir la totalidad de los contenidos de las asignaturas de la disciplina: Entonces eran veintidós los capítulos del libro; ahora, setenta. Son también muchas más las autoras y autores que amabilísimamente han decidido incorporarse a la obra colectiva, de modo que la presente edición incluye contribuciones elaboradas por más de cincuenta profesores pertenecientes a una veintena de universidades y centros de investigación públicos y privados. A todos ellos –algunas, consolidadas catedráticas; la mayoría, jóvenes promesas del constitucionalismo nacional y otras disciplinas aledañas– les repito aquí lo que tanto he reiterado en privado: mi mayor y más sincero agradecimiento. Lejos de ser un tópico, el éxito de esta empresa común sería imposible sin su trabajo, que para más inri es desinteresado.

Coadyuvan también al buen arribo de este libro la laboriosidad, amabilidad y confianza de los compañeros de la editorial de la Universidad de Castilla-La Mancha, que, una vez más, convierten en placer y privilegio la tarea de publicar con ellos.

Una mención especial merece la diligente, atentísima y solícita labor de la profesora Yolanda López Nieto. Como coordinadora del libro, ha contribuido de forma esencial a garantizar la calidad, cohesión y sistematicidad del conjunto de los supuestos prácticos. Su labor de organización, supervisión y doble revisión de todos los capítulos es, sin duda, la clave de este buen hacer colectivo; y su incondicional y constante apoyo, la razón de ser de un proyecto así.

Las últimas palabras de esta nota preliminar las destino, como no puede ser de otro modo, al objetivo y fin último de este proyecto. La intención de los *Supuestos prácticos* es tan modesta como ambiciosa: contribuir a afianzar,

mediante la aplicación práctica, los conocimientos teóricos de los estudiantes de Derecho y cualesquiera Grados o Másteres en los que la ciencia constitucional esté presente. Por ello, desde la firme convicción de que un libro así puede ser útil para la formación del alumnado, y con el fin de democratizar el acceso al conocimiento jurídico en todos los lugares, esta publicación se realiza, de nuevo, de forma gratuita y en versión digital.

Miguel Ángel Sevilla Duro

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Castilla-La Mancha

Albacete, en el invierno de 2025

El método del caso en el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho Constitucional

Miguel Ángel Sevilla Duro

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

I. EL MÉTODO DEL CASO

Se dice de Sócrates que adoptó el diálogo como método de enseñanza: el aprendizaje como una conversación dirigida donde, de pregunta en pregunta, se lleva al interlocutor a la conclusión deseada. La clave es, por tanto, saber hacer las preguntas correctas que permitan abordar un tema en concreto¹. De esta forma, en el método socrático se practica la inducción en un determinado contexto: a partir de la observación de un hecho o supuesto se reflexiona y discierne lo variable de lo fijo, lo accidental de lo sustancial, y se intenta hallar el trasfondo común, definible y permanente del asunto.

Algo más de 1500 años después de la muerte de Sócrates, Edwin Francis Gay asumió el cargo de Decano en la recién inaugurada Graduate School of Business Administration de la Universidad de Harvard (hoy llamada Harvard Business School). Existe un sólido consenso entre pedagogos y educadores acerca de que Gay, desde 1910, impulsó una forma de docencia que revolucionó la enseñanza universitaria de la época: el método del caso, consistente en complementar la enseñanza magistral con la exposición de casos prácticos reales a partir de los cuales desarrollar la materia objeto de estudio². Se trataba, en definitiva, de hallar lo esencial entre lo contingente, extraer la teoría

1 Una introducción al método socrático en el clásico FRAILE, Guillermo (2011): *Historia de la Filosofía I. Grecia y Roma*, BAC, Madrid, pp. 252-254.

2 En realidad, como puntualiza Fernando M. Toller, el método del caso, aunque sin esa denominación, ya estaba en práctica en la Harvard Law School desde el año 1870, de la mano de Christopher Columbus Langdell, por lo que su origen está apegado al Derecho. No obstante, su auge tuvo lugar a partir del esfuerzo emprendido por el

a través del razonamiento inductivo y responder a las preguntas que surgen de un determinado supuesto para alcanzar una conclusión común, definible y permanente sobre la materia que se aprende.

Es bien sabido que las llamadas metodologías docentes activas pretenden hacer de la participación de los estudiantes el eje vertebrador de la actividad docente universitaria, y con ello se aspira a alcanzar una serie de competencias generales entre las que se encuentran la capacidad de aplicar los conocimientos a la práctica y el desarrollo del pensamiento crítico. Así se recoge, por ejemplo, en las competencias generales 9 y 14 de la Memoria de Verificación del Grado en Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha, plasmadas también, de un modo u otro, y con ciertos matices, en todos los documentos oficiales de los estudios jurídicos impartidos en España. A esos efectos, en los planes docentes de Derecho se suele prever como metodología docente, además de la clase magistral y las clases prácticas, el “aprendizaje autónomo a través del estudio de casos” (apartado 5.4 de la referida Memoria).

Estas concreciones pedagógicas no son un capricho infundado en el estudio del Derecho. Con diferentes nombres, premisas metodológicas diversas o matices en su ejecución, el hecho cierto es que en el proceso de enseñanza-aprendizaje de las ciencias jurídicas la práctica siempre ha acompañado a la teoría, o, mejor dicho, la teoría siempre se ha apoyado en la práctica para hacerse comprender de mejor forma. No es objeto de este breve prefacio exponer con detalle las características, particularidades y variantes del método del caso. Son muchos y de interés los trabajos ya dedicados a ello³. Se pretende, en otro sentido, remarcar la trascendencia y el positivo impacto que la práctica ha tenido y tiene en el aprendizaje, particularmente en el ámbito del Derecho Constitucional.

El método del caso, en síntesis, consiste en el planteamiento de un supuesto práctico, preferiblemente real o, cuanto menos, verosímil, sobre el que los estudiantes reflexionan y discuten con la dirección del profesor para, a partir de las conclusiones alcanzadas sobre el supuesto concreto, exponer las nociones básicas, generales y teóricas de un determinado tema. De esta forma, a la vez que los estudiantes participan tratando de resolver el caso planteado con sus conocimientos previos o a partir de lecturas propuestas antes del comien-

citado Edwin Francis Gay. *Vid.* TOLLER, Fernando M. (2006): “Orígenes históricos de la educación jurídica con el método del caso”, *E-mail Educativo*, núm. 1, vol. 1, p. 2.

3 Una revisión sistemática en español en CASTELLANOS VERDUGO, Mario *et al.* (2011): “El método del caso en docencia: aplicación y evaluación”, en BUITRADO ESQUINAS, Eva María y SÁNCHEZ-FRANCO, Manuel (eds.), *Técnicas avanzadas de Enseñanza e Innovación Pedagógica: una aplicación en la Enseñanza Superior*, Edición Digital @tres, Sevilla, pp. 16-26.

zo de la clase, van descubriendo el trasfondo jurídico de la materia sobre la que se va a profundizar; y una vez hecha la aproximación o resolución de los estudiantes al supuesto, este se reorienta, corrige y completa por el profesor.

Son múltiples las opciones y dinámicas que pueden acometerse en la puesta en práctica de este método: la resolución del caso en grupos o individualmente, el tratamiento de las cuestiones planteadas con intervenciones orales en el aula o mediante trabajo autónomo y asíncrono de los alumnos, el planteamiento de un caso irresoluble o con múltiples respuestas jurídicamente admisibles, etc. Esta variedad y flexibilidad de medios tiene por fin que cada profesor canalice, adapte y personalice una metodología como la aquí esbozada con la intención de aspirar en cualesquiera temas o unidades al triple objetivo que persigue el método: motivar a los alumnos, facilitar la retención y comprensión de los contenidos y favorecer el desarrollo de sus habilidades⁴.

II. PRETENSIÓN Y OBJETO DE ESTE LIBRO

La primera edición de este libro fue el resultado principal del proyecto de innovación y mejora docente “El método del caso en la enseñanza del derecho constitucional”, liderado por el Dr. José Luis García Guerrero, que fue concedido en la convocatoria de proyectos docentes del año 2021 de la Universidad de Castilla-La Mancha. El propósito principal de aquel proyecto, cuyo equipo estaba integrado por el área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Albacete y otros jóvenes profesores de distintas universidades españolas, era mejorar la metodología docente del área complementando todavía más la exposición magistral con el uso de casos prácticos; especialmente en las asignaturas que comenzarían a impartirse en el entonces nuevo Grado en Criminología, las cuales, en consecuencia, habían de prepararse *ex novo*. Se pretendía elaborar un catálogo de casos prácticos de muy diverso tipo con el que avanzar en una docencia activa que facilitase la comprensión de la ciencia constitucional.

Aquella primera edición recogía una selección de algo más de veinte casos específicamente previstos a tal fin. Esta segunda, fruto del éxito de la anterior, contiene más de setenta supuestos que trazan una completa panorámica de la práctica totalidad de los contenidos de las diferentes asignaturas de Derecho Constitucional. Además, la autoría de la presente edición cuenta con un

4 En este sentido, VALLESPÍN PÉREZ, David (2010): “El método del caso como instrumento de aprendizaje en el derecho procesal”, *Revista de Educación y Derecho*, núm. 3, p. 5.

amplísimo número de profesores e investigadores, en su mayoría muy jóvenes, procedentes de una veintena de universidades y centros de investigación públicos y privados de España y el extranjero; ello con un doble objetivo: ampliar los enfoques desde los que se plantean los casos y extender y difundir esta obra más allá de los márgenes de Castilla-La Mancha.

En esta tesitura, el objetivo de la obra colectiva es doble: por un lado, servir de material docente para implementar el método del caso en la enseñanza del Derecho Constitucional; y por otro, ser un material de práctica y estudio para los alumnos, con la expectativa de que sirva como referencia a la hora de resolver otros supuestos prácticos que se les pudieran plantear. En consecuencia, los casos planteados a lo largo del libro sirven, desde la óptica del docente, para enseñar la materia; y, desde la del estudiantado, para comprender, interiorizar y aplicar la teoría.

Los capítulos del libro están elaborados de tal forma que si en un examen se formulase el supuesto que plantean, la resolución que proponen incluiría todo lo que se espera de una respuesta óptima y de máxima calificación, sin perjuicio de que muchos de ellos, en tanto orientados también a enseñar la materia, tienen una extensión y una prolija y profunda argumentación doctrinal y jurisprudencial que difícilmente sería posible acometer en un examen.

Es pertinente reseñar que tanto el planteamiento como el modo de resolución de los casos prácticos de este libro es deliberadamente heterogéneo, si bien todos siguen unas directrices formales mínimas inherentes a la cohesión de una obra colectiva. Con esta diversidad se ha pretendido que los capítulos tengan diferentes grados de complejidad, extensión y exigencia, del mismo modo en que los supuestos prácticos a los que un alumno se enfrenta están lejos de ser homogéneos o seguir un modelo único. Así pues, buena parte de los casos presentan un supuesto de hecho de cierta extensión que debe ser analizado en todos sus extremos, pero hay otros que plantean preguntas específicas que han de ser respondidas con concreción. En distinto orden, unos casos deben abordarse desde la óptica del órgano jurisdiccional que se enfrenta de manera objetiva e imparcial al conflicto; y otros, desde el prisma de quien asesora o defiende los intereses de una parte. De igual forma, algunos casos prácticos aspiran a una mayor especialización y, por ende, formulan preguntas de respuesta corta, mientras que otros promueven la reflexión y priman lo politómico por encima de lo dicotómico.

En paralelo, la contribución de un elevado número de autores contribuye a un amplio grado de variedad argumentativa, diferentes formas de estructurar las respuestas –con cierta flexibilidad dentro de los márgenes de cohesión de

la obra– y ópticas y bagajes distintos desde los que abordar los enunciados. A este respecto, se combinan supuestos prácticos elaborados por profesores con una vasta experiencia profesional con supuestos prácticos formulados por jóvenes doctorandos y profesores en formación, quienes por su todavía latente experiencia como estudiantes conocen de primera mano tanto las necesidades específicas del estudiantado de Derecho como las posibilidades de mejora que una obra como la presente puede ofrecer. El libro contiene, en definitiva, una panoplia de supuestos con distintos tipos de preguntas y desiguales formas de resolución; todo ello con el objetivo de contribuir al mejor aprendizaje del Derecho Constitucional desde diferentes primas.

III. UNA PROPUESTA PARA AFRONTAR Y RESOLVER UN CASO PRÁCTICO

Como es evidente, la concreta formulación de un supuesto práctico es la que condiciona su forma de resolución, de tal forma que habrá que atender a la especificidad o amplitud de las preguntas que se plantean en la extensión y estructura que se pretenda utilizar para darles respuesta.

Una estructura que se considera óptima y que, por ende, es la seguida en todos los casos prácticos del libro consiste en avanzar de lo más general y teórico a lo más concreto y específico, tratando de dar respuesta a las cuestiones propias del caso mediante el enlace de argumentos de forma estructurada. Para ello, se propone seguir un esquema en cuatro fases o etapas –de forma próxima a la estructura clásica de los comentarios de texto– que, aunque pueda parecer reiterativo, resulta óptimo a efectos de una mejor comprensión de los contenidos:

1. Relato o breve síntesis del **supuesto de hecho**. En este punto se trata de introducir el objeto de la respuesta, exponiendo de forma sucinta el tema que se va a abordar y sus principales aristas.
2. A partir de lo anterior se deben indicar los **problemas constitucionales** derivados del caso práctico. Este apartado es de especial importancia cuando en el enunciado no se indican las preguntas concretas a abordar, sino que se utilizan expresiones tales como “analice todos los elementos del supuesto de hecho” o “comente los aspectos más significativos del caso”. Es también de capital trascendencia en aquellos supuestos que contengan problemas jurídicos de distinta índole en un mismo planteamiento. Por ejemplo, un caso que plantee un conflicto entre órganos constitucionales, por un lado, y una colisión

entre normas de distinto rango, por otro; o un conflicto entre derechos fundamentales, por un lado, y las vías jurisdiccionales de recurso para abordarlo, por otro.

Este segundo paso o etapa consiste, en definitiva, en determinar de forma clara cuáles son las cuestiones materiales que se han de analizar. Se trata, por tanto, de identificar con precisión los problemas de fondo que resultan conflictivos, obviando las referencias meramente contingentes o circunstanciales.

3. Indicar las **fuentes** que deben utilizarse para resolver el caso; particularmente, normativa y jurisprudencia. Se deben identificar con precisión las normas y preceptos aplicables, diferenciando sus rangos. Se han de señalar también las resoluciones de órganos jurisdiccionales que sean útiles para hallar la solución del caso. Tanto las normas como las resoluciones deben ordenarse atendiendo al principio de jerarquía. Si fuera preciso, también puede aludirse a fuentes doctrinales.
4. **Aplicación de las fuentes al caso concreto y razonamiento y argumentación** en la resolución del supuesto. En esta fase, el núcleo de la respuesta, es conveniente tener en cuenta las siguientes observaciones:
 - a) No debe perderse de vista que el objetivo principal, y lo que se espera del alumnado, es la resolución clara y estructurada del supuesto, por lo que en ocasiones, especialmente si se está ante preguntas cerradas, puede resultar de interés contestar de forma directa, en la primera oración de la resolución, cómo se debe proceder, argumentando posteriormente el porqué. Así, si se debiese responder a un supuesto que versase sobre la licitud de una determinada norma o su adecuación a la Constitución, podría ser pertinente indicar con claridad si esa norma es o no admisible, desarrollando posteriormente las razones que apoyan la afirmación inicial.
 - b) La introducción inicial puede acompañarse de una sintética alusión a la estructura o esquema que se va a seguir en la resolución del caso, enunciando, por ejemplo, los extremos que se van a abordar o el orden concreto en que se van a tratar las distintas cuestiones que emanen del planteamiento.
 - c) En la medida en que resulte necesario, al comienzo de la resolución habrán de definirse los conceptos aplicables al caso, y será útil exponer la teoría del tema en cuestión de forma instrumental, esto es, en tanto se requiera para resolver el supuesto. De esta forma, si el caso práctico versa sobre una posible asociación ilícita o sobre

las eventuales intromisiones en el derecho a la inviolabilidad del domicilio de un sujeto, será de interés definir tanto la noción de asociación y las condiciones para considerarse ilícita, en el primer caso, como la noción de inviolabilidad del domicilio y los supuestos en que este derecho decae, en el segundo caso. Ello, como es natural, sin perder de vista que se está ante un supuesto práctico y no frente a una pregunta teórica.

- d) La forma más adecuada de proceder con el análisis es siguiendo el orden de los problemas constitucionales que emanan del problema (véase *supra* el punto 2). Al tratar cada uno de estos problemas puede resultar oportuno desgarnar la cuestión mediante preguntas y subpreguntas, tratando de evitar profundizar en aquellas cuestiones colaterales que no sean objeto del caso. Al finalizar un problema es conveniente plantear una transición hacia el siguiente, buscando los puntos de conexión o convergencia entre ambas cuestiones, en lugar de simplemente enumerar o listar las preguntas que se abordan.
- e) En el proceso de resolución del supuesto se debe aplicar el derecho sustantivo que se desprenda del tema en cuestión, no de forma aislada como si se tratase de una pregunta de desarrollo, sino con directa aplicación al caso. Puede ser conveniente complementar los fundamentos constitucionales de la respuesta con conocimientos externos que resulten de interés: nociones de derecho procesal (piénsese en un supuesto práctico sobre el recurso de amparo), de derecho internacional o de la Unión Europea (en un caso ligado al sistema de fuentes), o de derecho penal (en una conducta vulneradora de algún derecho fundamental), por citar tres ejemplos.
- f) A la hora de exponer un determinado posicionamiento (por ejemplo, la defensa de la licitud o ilicitud de una norma) es preciso considerar tanto los argumentos que avalan dicha postura como los contraargumentos esgrimibles. Resulta preciso exponer las razones y los motivos que apoyan la posición defendida, rebatiendo jurídicamente los opuestos en tanto no sean admisibles. Una buena estructura que puede seguirse en este punto es la clásica tesis-antítesis-síntesis.
- g) Es oportuno, si el formato lo permite, finalizar la resolución del caso con una conclusión. La conclusión debe subrayar lo esencial de las cuestiones jurídicas tratadas. No debe reiterarse lo ya expuesto,

sino combinarse de manera sistemática de tal forma que se arribe a una reflexión jurídica general de cierre. Suele ser recomendable evitar afirmaciones hostiles o antiasertivas en aquellos contextos que admitan la discrepancia jurídica, lo que no excluye la conveniencia de sostener decidida y fundadamente la (in)adecuación o (im)pertinencia de una determinada postura.

- h) Si por razón de materia (por ejemplo, por tratarse de derechos fundamentales) fuese preciso ponderar, la ponderación debe ejecutarse con claridad y precisión. Ello implica crear reglas de precedencia condicionada de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Así, si se tratase de un conflicto entre una norma o medida y un principio o derecho deben observarse los tres subprincipios del juicio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Si, por otro lado, se tratase de un conflicto entre una conducta y un derecho o principio solo debe atenderse a la proporcionalidad en sentido estricto. Este último subprincipio, a su vez, requiere analizar tres elementos: la intensidad de la intervención en el principio o derecho afectado, la importancia de la satisfacción de los principios en juego y la decisión sobre cuál de las dos partes en conflicto “pesa” más en el supuesto en concreto y, en consecuencia, prevalece⁵. Pueden seguirse los ejemplos de las clásicas Sentencias del Tribunal Constitucional 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e); y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8.

5 Con profundidad, GASCÓN ABELLÁN, Marina (2014): “Particularidades de la interpretación constitucional”, en GASCÓN ABELLÁN, Marina (coord.), *Argumentación Jurídica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 300-312.

PARTE ORGÁNICA:

SISTEMA DE FUENTES, ORGANIZACIÓN Y ESTRUCTURA DEL ESTADO Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

El proceso constituyente: Un análisis desde la singularidad del caso español

Ángel Barredo Artiguez

Investigador predoctoral

Universidad del País Vasco UPV/EHU

I. PLANTEAMIENTO

La muerte de Francisco Franco Bahamonde el 20 de noviembre de 1975, y la proclamación del Príncipe Juan Carlos de Borbón como Rey de España, fueron los detonantes formales con los que se dio inicio al periodo de transición hacia la democracia. La dictadura se había articulado en torno a siete Leyes Fundamentales a las que no cabría definir como Constitución debido a la ausencia de una separación de poderes y a las violaciones de los derechos y las libertades de los ciudadanos. Una vez desaparecido el dictador, auténtica clave de bóveda de todo el sistema, la nueva Jefatura del Estado y la clase política dirigente tendrían que dar respuesta a la disyuntiva que se abrió en torno a la continuidad o no del régimen y sobre su posible democratización.

Las diferentes vías a seguir, defendidas cada una por las diversas fuerzas políticas –que iban desde los sectores más conservadores, hasta los líderes de la oposición aun ilegal como liberales, democristianos, socialistas y comunistas–, se conformaron en torno a tres opciones: (1) la *continuidad* introduciendo ligeras modificaciones en las Leyes Fundamentales; (2) la *reforma y sustitución* del sistema desde su propia legalidad; y (3) la *ruptura* con el ordenamiento del régimen y su remplazo por un nuevo sistema.

El Rey confirmará a Carlos Arias Navarro en el cargo de Presidente del Gobierno. Representante de una opción escorada hacia al continuismo, las leves reformas que llevará a cabo su Gobierno no convencerán a la oposición democrática, que vieron en todo aquello un burdo intento de enmascarar la perpetuación del régimen. Tras la dimisión de Arias, el Rey nombrará presi-

dente a Adolfo Suárez González, favorable a emprender las reformas necesarias para la sustitución de la dictadura por una democracia. No obstante, dicha opción reformista debería ser respetuosa con la legalidad vigente, es decir, con los procedimientos previstos en las Leyes Fundamentales.

De esta forma, se proyectó un cambio de régimen en dos tiempos tratando de asegurar una transición pacífica. Por un lado, con la aprobación de los sectores franquistas más abiertos, se habilitaría un instrumento jurídico democrático que permitiese el cambio; *la Ley para la Reforma Política*. Por otro lado, las nuevas Cortes, democráticamente elegidas siguiendo lo dispuesto por dicha Ley, y conformadas por todas las fuerzas políticas que consiguieron representación –incluidas las que hasta entonces había permanecido en la clandestinidad o el exilio–, deberían sustituir el sistema mediante la construcción de uno nuevo.

La consolidación de la democracia en España se llevará a cabo mediante la aprobación de la vigente Constitución de 1978. Un estudio correcto del texto constitucional requiere, necesariamente, comprender los condicionantes históricos, políticos y sociales que influyeron en su elaboración y aprobación. El análisis de la problemática del proceso español puede servir tanto para comprender la teoría del *proceso constituyente* propiamente dicha, como para identificar las características que le son inherentes a nuestra Carta Magna y que la suelen adjetivar, entre otros, como una Constitución consensuada, rígida y estructuralmente larga.

A partir de estas premisas y de su conocimiento previo sobre los acontecimientos que tuvieron lugar durante los decisivos años de la Transición, reflexione críticamente, desde un punto de vista jurídico-constitucional, sobre el proceso constituyente español. En particular, analice la naturaleza del poder constituyente para determinar si, en el marco de elaboración de la Constitución, se cumplieron o no los requisitos teóricos que lo caracterizan.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El proceso de tramitación del Proyecto de Ley para la Reforma Política se llevó a cabo con respeto a lo dispuesto en las Leyes Fundamentales: primero fue discutida por el Consejo Nacional del Movimiento, después se pasó a su debate y aprobación en Cortes –superando con creces la mayoría cualificada exigida de dos tercios de los procuradores–, y finalmente se sometió a referén-

dum. Formalmente, tal y como expresamente establecía su Disposición Final, era una Ley Fundamental como las anteriores, cuya voluntad de no romper con la legalidad vigente puede comprobarse en la ausencia de una disposición derogatoria. Sin embargo, materialmente, fue una ley que actuó como bisagra entre el régimen dictatorial y la Constitución de 1978.

Su contenido, aunque breve –únicamente contaba con 5 artículos, tres disposiciones transitorias y una disposición final– nada tenía que ver con las precedentes Leyes Fundamentales. Su artículo primero establecía una serie de principios estructurales e ideológicos de contenido democrático como la supremacía de la ley, la soberanía popular y la inviolabilidad de los derechos y libertades públicas. El artículo segundo, por su parte, modificaba la organización de las Cortes, que pasaban a ser bicamerales y de representación democrática. El artículo tercero detallaba el procedimiento para la realización de una reforma constitucional –quedaba así establecida la posibilidad de iniciar un *proceso constituyente*, aunque sin mencionarlo expresamente–. Por último, los artículos cuarto y quinto establecían el procedimiento legislativo ordinario y el poder plebiscitario del monarca, respectivamente. Cabe destacar que en su primera versión el proyecto de ley disponía de un preámbulo en el que se ensalzaban los principios y valores de un Estado de Derecho democrático, y que servía como fundamento ideológico de las intenciones reformistas del Ejecutivo. No obstante, una vez recibido el informe del Consejo del Movimiento –que consideró su redacción excesivamente democrática– el Gobierno optó por su supresión, para facilitar así su posterior aprobación por las Cortes franquistas.

Tras su entrada en vigor, se procedió a la convocatoria de elecciones para el 15 de junio de 1977. Para garantizar unas verdaderas elecciones democráticas tras 40 años de dictadura, era necesario establecer unas condiciones mínimas que asegurasen el correcto desarrollo del proceso electoral. Con ese fin, el Gobierno procedió a la aprobación –no sin fuerte oposición– de numerosas disposiciones: la legalización de los partidos políticos, el reconocimiento de las libertades de expresión y opinión, el derecho de huelga y de asociación, etc. Una vez constituidas las nuevas Cortes bicamerales, y a pesar de la ausencia de su definición como constituyentes, su actividad de orientó hacia la labor de redactar una Constitución.

Si se analizan las teorías más ortodoxas sobre cómo debería llevarse a cabo un proceso constituyente, y se comparan con la elaboración de la Constitución española, se advertirá cierta disparidad. Cabría preguntarse si dichas diferencias desvirtúan nuestro singular recorrido constituyente, o si, por el contrario, son los hechos que lo dotan de su valor y legitimidad.

B. Problemas constitucionales

Cuando se habla de un proceso constituyente es necesario hacer referencia tanto a su autor como al procedimiento seguido para elaborar la Constitución. Por lo que respecta a su autor, hablamos del poder constituyente, que desde la Revolución francesa es caracterizado como *originario, soberano e ilimitado*. Aquellos llamados a elaborar una nueva Constitución no pueden quedar sometidos a ningún mandato o norma superior, ya que son ellos los que van a elaborar la norma suprema del nuevo ordenamiento. Dicho de otra manera, la autoridad que está llamada a crear “las reglas del juego” del nuevo régimen —lo que supone el ejercicio del mayor poder político imaginable—, no puede quedar condicionada por las normas del sistema precedente, carece de lógica que se doblegue a las instrucciones de un poder anterior sobre cómo y hasta dónde puede actuar. El poder constituyente todo lo puede. En el caso español, el poder constituyente adquiere su condición, de cierta forma, de la Ley para la Reforma Política, esto es, de una norma de carácter fundamental aprobada según la legalidad del régimen anterior que, además, pretendía instrumentar su posible actuación presentándola como una reforma.

- Cabe cuestionar si técnicamente es correcto romper la legitimidad de un sistema —en este caso el ordenamiento dictatorial— sin recurrir a un poder constituyente “originario”, es decir, si esa operación se puede realizar mediante un poder de “reforma” jurídicamente establecido en una norma y no por un poder expresamente convocado como constituyente.

La caracterización del poder constituyente como originario, soberano e ilimitado no expresa nada sobre los sujetos concretos que deben ejercerlo. De esta manera, podría llevarse a cabo por la sola voluntad de un monarca, por una potencia extranjera tras un conflicto bélico, o por la facción vencedora de una guerra civil o revolución. Por ello, para que el fruto de su ejercicio pueda ser considerado como una auténtica Constitución *democrática*, el poder constituyente debe recaer, de alguna manera, en el pueblo. Es decir, debe establecerse algún procedimiento que permita la participación de aquellos que están llamados a regirse bajo la nueva Constitución. Dicha participación puede llevarse a cabo de diversas formas, las más comunes suelen ser la convocatoria de una convención constituyente cuyos miembros sean designados siguiendo algún procedimiento democrático, y la posterior ratificación de la obra constitucional en referéndum. La Ley para la Reforma Política cumplía con dichas exigencias teóricas al combinar ambos procedimientos, no obstante, las elecciones generales de junio del 77 se celebraron bajo la vigencia de la legalidad franquista, y se le concedía al Rey, un órgano no elegido democráticamente, un poder enorme de influir y condicionar el procedimiento constituyente.

- La situación política y los desmesurados poderes reservados al titular de la Corona —elección directa de un número de senadores, nombramiento del presidente de las Cortes y la facultad someter cualquier decisión a referéndum—, podrían restar legitimidad democrática al proceso constituyente.

C. Fuentes

Normativa

Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política.

D. Solución

El poder de crear una Constitución es la facultad de crear un ordenamiento de la nada. Al menos, eso es lo que se desprende de la teoría y del ideal del poder constituyente como un poder originario, soberano e ilimitado, o lo que es lo mismo, un poder que se fundamenta en sí mismo. No obstante, lo que ocurre es que en la realidad no se da esa situación de vacío absoluto de legalidad, la página sobre la que se pretende reescribir pocas veces está en blanco. Por ello, las Constituciones son instituidas sobre las ruinas de un sistema anterior que ha colapsado, ya sea por una revolución, una guerra perdida o una situación de crisis de similar magnitud. No es posible separar el proceso constituyente de su momento histórico. Se trata de un acontecimiento que tiene lugar en un espacio y tiempo concreto por lo que su desarrollo se ve condicionado por diversos factores, entre los que destacan el clima social y la correlación de fuerzas políticas existentes.

Por esa razón, cada proceso constituyente es único, y los modelos doctrinales que tratan de sintetizar las características que éste debe tener, no pueden dejar de verse como lo que son; un ideal teórico. Consecuentemente, cada proceso debe analizarse teniendo en cuenta su contexto histórico y con la mirada puesta en la fortuna que ha corrido la concreta obra constitucional. Por ello, la solución a los problemas planteados sobre el proceso constituyente español únicamente puede buscarse teniendo en cuenta la singular situación política en la que se encontraba nuestro país durante la Transición.

Sobre que el poder constituyente se presente como un poder de reforma constitucional y no como un poder originario:

Como se ha adelantado en el planteamiento, la aprobación de la Ley para la Reforma Política significó optar por la segunda de las opciones

que se abrían tras la muerte del dictador: la *reforma* para la sustitución. El Gobierno Suárez la consideró como la única verdaderamente viable ya que las otras dos opciones habrían significado la marginación de un gran porcentaje de la población que podría, por ello, considerarla ilegítima. El continuismo sería rechazado por la oposición democrática, y por la mayor parte de la población que albergaba esperanzas de libertad. La opción por la ruptura, en cambio, no sería aceptada por los sectores más conservadores de la sociedad, entre los que se encontraban los poderes fácticos del régimen —parte de la élite política y del Ejército—, cuya capacidad de hacer naufragar cualquier opción mediante el uso de la fuerza, era una potencial amenaza.

En ese contexto, la Ley necesariamente debía hallar un equilibrio que facilitase la mayor legitimidad posible al futuro proceso constituyente y su obra. Cumpliendo el procedimiento legislativo del régimen, recababa la legitimidad de las Leyes Fundamentales vigentes, válidas para un sector de la población. La legitimidad democrática, en cambio, se deriva de un Parlamento representativo, elegido por sufragio universal en elecciones libres.

Que las Cortes no hubiesen sido convocadas expresamente como constituyentes no implica que del tenor literal de la Ley no pueda entenderse efectivamente efectuada dicha habilitación. Formalmente, fue planteada como una mera ley de reforma del franquismo, materialmente, sin embargo, fue concebida como una auténtica convocatoria de Cortes constituyentes. La habilitación que se hacía al Gobierno o a las Cortes para la tramitación de una reforma constitucional no quedaba condicionada materialmente, únicamente se establecía el procedimiento que debería seguirse para que las nuevas instituciones democráticas iniciasen la transición hacia un nuevo régimen mediante la redacción, desde cero, de una nueva Constitución. La norma actuaba así como un “puente” entre la legalidad precedente y la instauración de un nuevo sistema.

Puede decirse así que la Constitución de 1978 supone, en todos sus sentidos, una ruptura con respecto al ordenamiento jurídico precedente. Una ruptura que, sin embargo, y debido al complejo contexto histórico, fue enmascarada bajo una apariencia reformista. La ambigüedad de dicha fórmula fue considerada necesaria, y a tenor de sus resultados, verdaderamente acertada. La formulación intencionadamente paradójica de nuestro proceso, no le restó legitimidad a un poder constituyente que, si bien nace de una norma previa, se constituye completamente soberano e ilimitado, como muestra la promulgación de la Constitución y, con ella, el régimen democrático que venimos disfrutando desde entonces.

Sobre que el proceso constituyente no cumpliera con los requisitos democráticos:

Para legitimar democráticamente el proceso constituyente no bastaba sólo con el diseño de algún mecanismo refrendario que hiciera efectiva dicha participación popular, sino que, además, era preciso establecer las condiciones necesarias para que dicha participación se efectuara de manera libre y garantista. La Ley para la Reforma Política diseñaba unas nuevas Cortes representativas y establecía las bases de la futura norma electoral. Durante los meses que siguieron a la aprobación de la Ley y la celebración de las elecciones generales el 15 de junio de 1977, el Gobierno Suárez irá reconociendo los derechos de participación política imprescindibles en un sistema democrático, y, sin los cuales, no sería posible llevar a cabo unas elecciones legítimas. Con ese fin se reconocerán, entre otros, el derecho de huelga (Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo), el derecho de asociación sindical (Ley 19/1977, de 1 de abril), así como la tan ansiada libertad de expresión y opinión (Real Decreto-Ley 24/1977, de 1 de abril).

Sin embargo, el paso fundamental, a la vez que el más arriesgado, fue la progresiva legalización de los partidos políticos, sobre todo del partido comunista, cuya aceptación en la contienda electoral despertaba una total animadversión entre los sectores más conservadores del *bunker* ideológico del régimen, quienes, recordemos, seguían ostentando puestos clave en las instituciones. Así, desde una posición de equilibrio, y con la amenaza constante a una posible insurrección militar, el presidente Suárez llevó a cabo las reformas que facilitarían las condiciones necesarias para la celebración de unas elecciones democráticas libres, a las que concurrirían todas las fuerzas políticas.

Fue necesario, además, elaborar una legislación electoral, que, respetando las bases establecidas en la Ley para la Reforma Política, regulase las elecciones que iban a tener lugar. Con ese objetivo se aprobó el Real Decreto-Ley 20/1977, de 18 de marzo, en el que se establecieron las bases de un sistema electoral que ha perdurado hasta nuestros días, y que, entre otros, reconocía el sufragio universal, configuraba la provincia como circunscripción electoral, y establecía la fórmula D'Hondt para la atribución de los escaños.

Por lo que respecta a las amplias facultades reconocidas al rey, es imprescindible entenderlas, nuevamente, en su contexto. Desde la perspectiva de la técnica jurídica no cabe duda de que se trata de unos poderes desmesurados y conflictivos. La facultad excepcional de soslayar los órganos del Estado y someter la aprobación de una disposición directamente al pueblo, podría acarrear un conflicto constitucional de legitimidad que enfrentase a las Cortes, democráticamente elegidas, con la Corona, órgano no representativo. No obstante, el monarca únicamente hizo uso de esa facultad cuando some-

tió a referéndum el proyecto de Constitución y no por su propia voluntad, sino cumpliendo lo dispuesto por la Ley para la Reforma Política, que así lo prescribía. En lo concerniente a la facultad de designar a una parte de los senadores, aunque discutible desde el punto de vista democrático, no puede entenderse sino como una medida política destinada a aplacar a la élite franquista que temía por su futuro en las nuevas Cámaras de planta representativa y que vería en los senadores regios una oportunidad de continuidad. Esa esperanza se vio frustrada cuando el rey nombró a 41 senadores entre diversas personalidades cercanas al Gobierno. A su vez, el hecho de que el rey designase al presidente de las Cortes tranquilizaría a los sectores reaccionarios del régimen más temerosos de la voluntad popular. En aquel momento, se consideró imprescindible encontrar una fórmula que permitiera la transición pacífica de la dictadura a la democracia.

Por último, cabe señalar que el artículo 3 de la Ley para la Reforma Política, confería la posibilidad de llevar a cabo la reforma constitucional bien al Gobierno, bien al Congreso de los Diputados. No se puede negar que la elección de que el proceso constituyente lo llevaran a cabo las Cortes amplía su legitimidad democrática pues, frente a la alternativa monocolor del Gobierno de UCD, en la elaboración de la Carta Magna participaron casi todas las fuerzas políticas que consiguieron representación en las Cortes, aunando un consenso que iría de derecha a izquierda, y que se refleja a lo largo del articulado del texto constitucional.

Podemos concluir afirmando que el éxito o el fracaso de la Constitución será la magnitud que homologue la actuación de un poder constituyente que, a primera vista, podría parecer alejado del modelo doctrinal ideal. Un modelo que, por otra parte, establece unos estándares que difícilmente son observables en toda su extensión pues deben tenerse en cuenta las características políticas y el contexto histórico en el que tiene lugar el concreto proceso constituyente. En nuestro caso, facilitado por una Ley más calificable de decisión política fundamental que de rigurosa norma jurídica.

E. Bibliografía

- ALZAGA-VILLAAMIL, Óscar (2016): *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Marcial Pons, Madrid, pp. 28-48.
- ARAGÓN REYES, Manuel (dir.) y AGUADO RENEDO, César (codir.) (2011): *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo I. Constitución, Estado Constitucional, Partidos y elecciones y fuentes del Derecho*, Civitas, Madrid, pp. 24-28.

- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.) (2011): *Manual de Derecho Constitucional*, vol. I, Tecnos, Madrid, pp. 47-59.
- CASTELLÀ ANDREU, Josep Maria (ed.) (2014): *Derecho Constitucional Básico*, Huygens Editorial, Barcelona, pp. 57-62.
- LUCAS VERDÚ, Pablo (1976): *La octava Ley Fundamental. Crítica jurídico-política de la reforma Suárez*, Tecnos, Madrid.
- (1978): “La singularidad del proceso constituyente español”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 1, pp. 9-28.
- PACE, Alessandro (1997): “La instauración de una nueva Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 97, pp. 9-44.
- PREUSS, Ulrich K. (1993): “Constitutional Powermaking for the New Polity: Some Deliberations on the Relations between Constituent Power and the Constitution”, *Cardozo Law Review*, vol. 14, pp. 639-660.
- TORRES DEL MORAL, Antonio (1988): *Principios de Derecho Constitucional español*, Átomo ediciones, Madrid, pp. 1-20.

Los tratados internacionales y el control previo de constitucionalidad

Ignacio Álvarez Arcá
Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Málaga

I. PLANTEAMIENTO

En el año 2026 varios Estados, entre los que se encuentra España, deciden convocar una conferencia internacional con el fin de celebrar un tratado internacional para la regulación de los contenidos digitales y la prevención de la desinformación. El mal uso de plataformas digitales y redes sociales, muchas veces instigados por sus propietarios, ha generado durante la década anterior interferencias en los procesos electorales de diversos Estados. Al tratarse de actores no estatales con una alta capacidad de influencia en las relaciones internacionales, los Estados afectados y aquellos preocupados por las futuras injerencias han negociado un texto donde han establecido, entre otras cuestiones, estándares mínimos para la moderación de contenidos en plataformas digitales.

El texto negociado y firmado por los Estados, considerado así como auténtico, establece disposiciones clave como: la obligación para las plataformas de eliminar en un plazo máximo de 24 horas cualquier contenido catalogado como desinformación o discurso de odio; la creación de un organismo internacional con facultades para identificar y bloquear contenidos considerados peligrosos sin necesidad de autorización judicial previa y sin posibilidad de recurso; y la imposición de sanciones económicas a las plataformas que no cumplan con las órdenes de retirada, igualmente sin posibilidad de recurso. Algunos miembros del Gobierno han mostrado dudas en el Consejo de Ministros respecto de la constitucionalidad de estos preceptos; en particular en su relación con el artículo 20 –que protege la libertad de expresión– y el artículo 24 –que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva–.

Antes de prestar su consentimiento para verse obligado por el tratado conforme a los cauces previstos por la Constitución, desde el Gobierno de la nación se remite una solicitud a la Abogacía del Estado para que elabore un informe interno con el procedimiento a seguir para determinar la constitucionalidad de las disposiciones del tratado que el Gobierno se dispone a ratificar, así como de la naturaleza y efectos de este procedimiento. En tanto que miembro de esta institución, elabore el informe conforme a Derecho.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Este caso pretende dar respuesta a la consulta del Gobierno de España sobre el procedimiento que ha de seguirse para controlar la constitucionalidad de las disposiciones de un tratado internacional que aún no ha sido ratificado. Ello implica que todavía no se han generado obligaciones internacionales para España. Por tanto, asumiendo el rol de la Abogacía del Estado, hay que responder a la consulta planteada por el Gobierno.

B. Problemas constitucionales

Este supuesto plantea varios problemas constitucionales, aunque en dimensiones diferenciadas. La cuestión puede abordarse desde un punto de vista sustantivo, además del procedimental. En el primero de los casos habría de analizarse la cuestión de fondo; es decir, si las obligaciones que establece el tratado son compatibles con los artículos 20 y 24 de la Constitución. En cualquier caso, para responder al requerimiento del Gobierno habrá de desarrollarse el procedimiento establecido en el artículo 95 de la Constitución.

C. Fuentes

Normativa

Artículo 95 de la Constitución española.

Artículo 78 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional.

Artículo 19 de la Ley Orgánica 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

Artículos 26, 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Jurisprudencia

Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio de 1992.

Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004.

Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2007, de 15 de febrero de 2007.

D. Solución

El Título III del Capítulo III de la Constitución Española está dedicado a los tratados internacionales. El legislador constituyente destinó cuatro artículos –del artículo 93 al artículo 96, ambos incluidos– a la relación entre el ordenamiento jurídico internacional y el interno. En consecuencia, en ellos encontramos tanto los requisitos establecidos por nuestro ordenamiento jurídico para ratificar un tratado, como los procedimientos para su publicación y denuncia. Entre estos artículos, el artículo 95 resulta imprescindible para la resolución de este supuesto práctico en tanto que establece:

“1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.”

Su interpretación revela una cuestión de suma relevancia en lo que respecta a la prelación de fuentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Queda claro tras su lectura que el legislador constituyente afirma la supremacía de la Constitución frente al resto de las fuentes, incluido el Derecho internacional; de ahí que exija la previa revisión constitucional antes de celebrar un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución. No obstante, para poder determinar si existe o no esa contradicción crea una vía de recurso al Tribunal Constitucional.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional otorga legitimidad para plantear el requerimiento al Gobierno o a cualquiera de las Cámaras. Igualmente, exige que el texto del tratado esté “definitivamente fijado”, pero que “no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado”. Tras ello, el Tribunal Constitucional dispondrá de un mes para emitir su declaración; un plazo que sólo podrá extenderse hasta un máximo de treinta días cuando el Tribunal solicite cualquier tipo de aclaraciones, ampliaciones o precisiones sobre la información planteada (art. 78 LOTC).

El control previo de constitucionalidad tiene una gran relevancia en la relación entre el ordenamiento jurídico nacional y el internacional. Así pues, no se trata sólo de salvaguardar la supremacía de la Constitución frente al resto de

las fuentes, sino de garantizar el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados proclama el principio de *pacta sunt servanda* en su artículo 26. Por tanto, en lo que respecta a la relación con los ordenamientos jurídicos internos, el artículo 27 de la Convención establece: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. La única excepción que se plantea a este respecto en el cuerpo del texto de la Convención es la contenida en el artículo 46, que reconoce como un vicio el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación manifiesta de su Derecho interno y afecte a una norma de importancia fundamental. En consecuencia, si el Estado ratifica un tratado no podrá excusar el cumplimiento de sus obligaciones amparándose en la contradicción entre las disposiciones de éste y de su Constitución, pues incurriría en responsabilidad internacional. Así lo recordó el Tribunal Constitucional en la Declaración 1/2004, de 12 de diciembre de 2004:

“Se dijo entonces [en referencia a la Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio de 1992], en efecto, que con el procedimiento establecido en el art. 95.2 de la Constitución se confía a este Tribunal un doble cometido, pues al general o común, consistente en la defensa jurisdiccional de la Constitución, se suma el de garantizar la seguridad y estabilidad de los compromisos internacionales que España pueda contraer. Si se prefiere, al cometido jurisdiccional propio de este Tribunal se le añade, en virtud de su ejercicio preventivo, una dimensión cautelar al servicio de la salvaguardia de la responsabilidad internacional del Estado.”.

Si no se realizara el control previo de constitucionalidad y la incompatibilidad se observara con posterioridad, las normas contenidas en el tratado contrarias a la Constitución serían expulsadas del ordenamiento jurídico interno, pero seguirían vinculando al Estado en el ámbito internacional salvo que España denunciara el tratado por los cauces previstos en el propio instrumento o, en su defecto, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

El Tribunal Constitucional únicamente se ha pronunciado en dos ocasiones para ejercer el control previo de constitucionalidad de tratados internacionales. La primera ocasión tuvo lugar en el año 1992, cuando se pronunció sobre la constitucionalidad del Tratado de la Unión Europea y cuya Declaración conllevó la modificación del artículo 13.2 de la Constitución. En una segunda ocasión el Tribunal se pronunció sobre la compatibilidad entre la Constitución y el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, de 2004.

En este caso se aprecia que se puede producir una colisión entre las disposiciones del tratado firmado, aunque no ratificado, y la Constitución española. Desde un punto de vista sustantivo, y una vez aclarado que el Gobierno está facultado para solicitar al Tribunal Constitucional una declaración de compatibilidad, parece evidente que la creación de un organismo internacional que pueda identificar y bloquear contenido en redes y plataformas digitales calificado como peligroso sin contar con una autorización judicial y sin posibilidad de recurso no sólo constituye una merma de la libertad de expresión, sino también del derecho a la tutela judicial efectiva. En la práctica supondría la creación de un órgano censor cuyas funciones, tal y como están establecidas en el tratado, son incompatibles con los artículos 20 y 24 de la Constitución española.

Así pues, sólo queda determinar cuál es la naturaleza y los efectos del pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Esta cuestión fue objeto de desarrollo por parte del propio Tribunal en su Declaración 1/1992, de 1 de julio de 1992. En ella afirmó que el Tribunal, una vez ejerce el control previo de constitucionalidad a petición del Gobierno o de cualquiera de las Cámaras, pasa a convertirse en un “cuerpo consultivo” (FJ 1). Ello, sin embargo, no obsta para que, en caso de que declare la incompatibilidad entre las disposiciones del tratado y de la Constitución, la resolución posea los efectos materiales de cosa juzgada (FJ 1 *in fine*). En consecuencia, tras el análisis de las disposiciones del tratado, durante el que desarrolla un “enjuiciamiento material de su contenido a la luz de las disposiciones constitucionales” (STC 38/2007, de 15 de febrero de 2007; FJ 3), el Tribunal podrá apreciar la incompatibilidad del tratado con la Constitución. En tal caso, “si la duda de constitucionalidad se llega a confirmar, el Tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional” (FJ 1).

En definitiva, en el contenido del informe que se solicita se debería instar al Gobierno a plantear el control previo de constitucionalidad al Tribunal Constitucional para que éste se pronuncie mediante una declaración respecto de la compatibilidad entre las disposiciones del tratado y la Constitución. Si el Tribunal considerara que ambos instrumentos normativos son compatibles, recomendaría la ratificación del tratado. De lo contrario, al estar obligados a no ratificar el tratado, la única solución viable es la previa reforma constitucional, tal y como establece el artículo 95.1 de la Constitución. En tal caso habría de tenerse en cuenta que la reforma deberá seguir el procedimiento establecido en el artículo 168 de la Constitución por tratarse los artículos 20 y 24 de derechos fundamentales recogidos en la Sección primera del Capítulo II de la Constitución.

Fuentes del Derecho de la Unión Europea y control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Andrés Vilas Villamarín

Investigador predoctoral Uvigo en Derecho Constitucional

Universidade de Vigo

I. PLANTEAMIENTO

El 5 de febrero de 2025, la Comisión presentó al Consejo un proyecto de revisión de los Tratados con el objetivo de iniciar los trámites para aprobar un nuevo “texto constitucional” para la Unión Europea (UE) y profundizar en las bases de la integración europea.

El 7 de marzo tuvo lugar la primera de las reuniones de la Convención convocada para examinar la reforma. La Convención propuso una auténtica refundación jurídica de la UE, mediante la inclusión del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), el Tratado de la Unión Europea (TUE) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) en un único Tratado constitucional, denominado “Tratado por el que se establece una Constitución para la Unión Europea”.

La convención propuso la redacción del artículo 2 del nuevo Tratado constitucional (en lo sucesivo, precepto controvertido) en los siguientes términos: *“La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a esta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”*.

El 26 de mayo, el Presidente del Consejo convocó una Conferencia de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros con el fin de aprobar el Tratado por el que se establecía la “Constitución europea”. Antes de autorizar la firma del Tratado a través de un Acuerdo del Consejo de Ministros, el Gobierno de España solicitó del Consejo de Estado (CdE), de

conformidad con el artículo 22.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, un examen detallado del Tratado desde la perspectiva de su compatibilidad con la Constitución española (CE).

Usted, como miembro de la Comisión Permanente del CdE, debe elaborar los argumentos jurídicos que respalden su dictamen sobre la compatibilidad del nuevo Tratado con la CE.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso práctico tiene como objetivo analizar la solicitud formulada por el Gobierno en relación con el encaje constitucional del precepto controvertido en el ordenamiento español. El instrumento sometido a consulta es un Tratado internacional cuya entrada en vigor requiere, al amparo del artículo 48 del TUE, el depósito de los instrumentos de ratificación de todos los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales (artículo 93 CE).

El supuesto plantea un examen detallado del nuevo Tratado desde la perspectiva de su compatibilidad con la CE, con el fin de determinar si: a) es posible autorizar su ratificación; y, en su caso, b) es conveniente hacer uso de la facultad prevista en el artículo 95.2 de la CE.

B. Problemas constitucionales

El primer problema se refiere a la compatibilidad del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea (DUE), reconocido explícitamente en el precepto controvertido, con el artículo 9.1 de la CE, que establece la supremacía y superioridad jerárquica de la Norma fundamental. El segundo problema consiste en analizar si existe algún mecanismo para conservar la soberanía del pueblo español y la supremacía constitucional, de conformidad con los artículos 1.2 y 9.1 CE, frente a una dinámica o desarrollo posterior del Derecho europeo que resultase incompatible con la Norma fundamental, sin que los hipotéticos excesos fueran remediados por los cauces previstos en el Tratado.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 1.2, 9.1, 10, 93 a 96, 161, 163 y 167 a 168 de la Constitución española
Artículos 2 a 7, 48 y 50 del Tratado de la Unión Europea

Artículos 2 a 6, 251 a 281 y 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Artículos 51 a 54 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Declaración núm. 17, relativa a la primacía, aneja al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007

Artículos 27.2 c) y 78 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas

Jurisprudencia

Declaración 1/1992, de 1 de julio, del Tribunal Constitucional

Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 64/1991, de 22 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 28/1991, de 14 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 130/1995, de 11 de septiembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 58/2004, de 19 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia de 5 de febrero de 1963, del Tribunal de Justicia, caso *Vand Gend en Loos*

Sentencia de 15 de julio de 1964, del Tribunal de Justicia, caso *Costa/ENEL*

Sentencia de 9 de marzo de 1978, del Tribunal de Justicia, caso *Simmenthal*

Sentencia de 23 de abril de 1986, del Tribunal de Justicia, caso *Les Verts/Parlamento*

Sentencia de 14 de diciembre de 1971, del Tribunal de Justicia, caso *Politi*

Sentencia de 13 de julio de 1972 del Tribunal de Justicia, caso *Comisión/Italia*

D. Solución

El precepto controvertido del nuevo Tratado proclama formalmente el principio jurisprudencial de primacía del ordenamiento supranacional europeo, reconocido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en la sentencia 15 de julio de 1964, caso *Costa/ENEL*, y reiterado en decisiones posteriores (sentencias de 13 de julio de 1972, caso

Comisión/Italia; de 14 de diciembre de 197, caso *Politi*; y de 9 de marzo de 1978, caso *Simenthal*, entre otras). Esta cláusula implica que cualquier norma del DUE, ya sea primaria o derivada, prevalece sobre las normas de Derecho interno, sin importar su rango, incluso el constitucional. Opera contra cualquier fuente, ya sea anterior o posterior al DUE y respecto tanto de los órganos jurisdiccionales como del resto de los órganos del Estado.

De entrada, el reconocimiento explícito de este principio representa un punto de fricción en las relaciones entre el Derecho Constitucional y el sistema de fuentes del DUE. No obstante, el Tribunal Constitucional (TC), en sus declaraciones 1/1992, de 1 de julio, y 1/2004, de 13 de diciembre, adoptadas a solicitud del Gobierno conforme al artículo 95.2 de la CE, afirma que la supremacía (artículo 9.1 CE) y la primacía se desenvuelven en órdenes diferenciados. La primera se sustenta en el carácter jerárquico superior de la CE, que es fuente de validez de las normas inferiores, con la consecuencia de la invalidez de estas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquella. La segunda, en cambio, no se basa necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre los ámbitos de aplicación de diferentes normas, que en principio son válidas, pero en la que una o algunas de ellas tienen la capacidad de desplazar a las otras (DTC 1/1992, de 1 de julio, FJ 1).

El poder de integración supranacional que implica la modificación de un Tratado europeo expresa un poder constituido que no suprime la supremacía constitucional. El instrumento que se pretende ratificar no es un verdadero texto constitucional, sino más bien un Tratado internacional que requiere la expresión del consentimiento de los Estados soberanos. Esta modificación no conlleva una reforma tácita de la Constitución, ni una alteración de la relación jerárquica de inferioridad de los Tratados frente a la Constitución. Por consiguiente, la propia CE debe prever algún mecanismo *ad hoc* que permita su propio desplazamiento o inaplicación frente al DUE, dando así entrada a los ordenamientos supranacionales y al principio de primacía de estos.

En este sentido, el fundamento constitucional de la incorporación de España al proceso de integración se encuentra en el artículo 93, cuya primera frase dispone que “mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”. El constituyente introdujo esta cláusula como un medio idóneo para facilitar la integración de España a las Comunidades europeas, mediante la cual se transfiere parte de la soberanía a favor de un poder supranacional. A partir de ese momento, la Unión adquiere competencias propias, independientes de los Estados miembros, que le permiten desarrollar la actividad que previamente

realizaban los poderes internos constituidos (legislativo, ejecutivo y judicial). Asimismo, las instituciones europeas adoptan actos que, por sus efectos, son equivalentes a los actos de soberanía estatal. La Constitución deja de ser el marco de validez de las normas europeas, cediendo este papel al propio Tratado, cuya celebración y ratificación formaliza la cesión soberana del ejercicio de competencias derivadas de aquella.

Con todo, la incorporación expresa del principio de primacía no alteraría de manera sustancial la situación creada en España tras la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de Autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, y las reformas subsiguientes de los Tratados. La adhesión ibérica implicó la asimilación e incorporación en el ordenamiento interno del acervo de la Unión, cuyo contenido incluye, entre otros, los principios generales del DUE, esto es, las reglas no escritas desarrolladas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que vertebran el ordenamiento europeo (SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 1; y 130/1995, de 11 de septiembre FJ 4, entre otras).

Aunque el principio de primacía no está explícitamente incluido en los Tratados, la declaración núm. 17 aneja al Tratado de Lisboa (2009) confirma que es “inherente a la naturaleza específica” de la UE. Una hipotética juridificación del principio de primacía no sería más que la culminación de un proceso de constitucionalización de los Tratados iniciado por el TJCE, a través del reconocimiento de la obligación que impone a los Estados dejar de aplicar sus disposiciones legales y constitucionales cuando entren en contradicción con las normas europeas (caso *Costa/ENEL*).

Esta construcción jurisprudencial se complementaría con el desarrollo del principio de efecto directo por la sentencia de 5 de febrero de 1963, caso *Van Gend en Loos*, que habilita a los ciudadanos y empresas a reclamar el respeto de las normas del DUE ante los jueces ordinarios sin esperar la adaptación del Derecho nacional al europeo.

La integración en una institución política de carácter supranacional implica aceptar las consecuencias materiales inherentes a la aplicabilidad de su ordenamiento. La UE, a pesar de ser un sistema de integración en formación, se erige así en una auténtica “comunidad de Derecho” en la que ni los Estados miembros ni las instituciones europeas pueden eludir el control de la conformidad de sus actos con la “carta constitucional fundamental” que constituyen los Tratados (caso *Les Verts/Parlamento*). El Tribunal de Justicia añade, en la sentencia de 9 de marzo de 1978, caso *Simmenthal*, que resultaría incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del DUE toda disposición

interna o práctica (legislativa, administrativa o judicial) que tuviera por efecto constituir un obstáculo a la plena eficacia de las normas europeas.

El proceso de integración rompe con la indivisibilidad y exclusividad de la soberanía nacional. La vía iniciada por el Plan Schuman (1950) –integración económica–, que comenzó con la unificación de la industria europea del carbón y del acero (1952) y se complementó con los Tratados de Roma (1958), transformó la visión clásica del Estado en *pro* de una agrupación o fusión paulatina de carácter supranacional. La UE se sitúa así a medio camino entre el Derecho Internacional y el Constitucional, y ostenta además una doble legitimidad democrática e intergubernamental¹. En este contexto, el ordenamiento europeo coexiste con los ordenamientos nacionales, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen. (i) La eficacia del primero depende de la cooperación y fuerza coercitiva de los segundos (*conditio sine qua non* del proceso de integración). Asimismo, (ii) la primacía de DUE no se afirma como superioridad jerárquica sobre el Derecho nacional, sino como una “exigencia existencial” de su propio sistema, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y su aplicación uniforme en todos los Estados (caso *Costa/ENEL*).

El segundo problema se refiere a una hipotética colisión entre el DUE y la CE. Desde una perspectiva formal, la cesión del artículo 93 CE tiene como límite el principio de atribución de competencias, reconocido en el artículo 5.2 del TUE. La primacía opera respecto de esas atribuciones cedidas por voluntad soberana del Estado. Por consiguiente, las instituciones europeas no tienen una competencia general, sino únicamente pueden adoptar aquellas medidas necesarias para alcanzar los objetivos marcados en los tratados, en función de las facultades de actuación que derivan de sus disposiciones.

En contraposición, los Estados no pierden la titularidad de las competencias. Su ejercicio es, en todo caso, recuperable a través del procedimiento de “retirada voluntaria” previsto en el artículo 50 del TUE. Este procedimiento constituye la salvaguarda de la soberanía del pueblo español (artículo 1.2 CE) frente a la primacía del DUE, que queda supeditada a la voluntad supre-

1 El Tratado de Lisboa (2009), aunque retoma la línea reformista de Maastricht, Niza y Ámsterdam, incorpora parte del contenido del enfoque constitucional del proyecto europeo de 2004. Por un lado, otorga personalidad jurídica a la UE (artículo 47 TUE), a consecuencia de la fusión de los Tratados y la eliminación de la estructura de pilares de 1992. Por otro lado, refuerza la naturaleza no solo económica (agrupación de los mercados nacionales), sino también política de la organización, mediante la inclusión de una serie de disposiciones de contenido institucional, el reconocimiento de eficacia vinculante de la CDFUE (artículo 6.1 TUE) o la ampliación del estatus de ciudadanía europea (artículo 20 TFUE).

ma de los Estados miembros; una voluntad soberana manifestada tanto en la renuncia inicial como en una hipotética recuperación del ejercicio de las atribuciones, tal y como ocurrió con la salida del Reino Unido iniciada en 2017 (“*Brexit*”).

Desde una perspectiva sustantiva, el TC establece una serie de “límites de intangibilidad” a la cesión de competencias previstos implícitamente en el artículo 93 de la CE y vinculados a las facultades soberanas del Estado (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 3). Estas limitaciones materiales se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, las estructuras constitucionales básicas y el sistema de valores, principios y derechos consagrados en la Constitución. Es una garantía existencial de los Estados integrados en la UE que protege su identidad nacional, de conformidad con el artículo 4.2 del TUE.

En todo caso, resulta improbable una colisión que ponga en riesgo la propia existencia del Estado social y democrático de Derecho. La primacía del DUE opera respecto de un ordenamiento que se construye sobre los valores comunes de las constituciones estatales, y que forman parte del acervo de la UE como tradiciones constitucionales comunes. Las competencias cuyo ejercicio se transfiere a la Unión no podrían, sin quiebra del propio Tratado, servir de fundamento para la producción de normas europeas cuyo contenido fuera contrario a dichos valores, principios o derechos fundamentales.

No obstante, en caso de que se detecte una contradicción entre la Constitución y el DUE antes de autorizar la celebración del Tratado, la Carta Magna prevé un mecanismo de control previo de constitucionalidad en el artículo 95.2 de la CE. Si el Tratado contiene estipulaciones contrarias a la Norma fundamental, será necesario proceder a la revisión constitucional (artículos 167 y 168 CE), como ocurrió con la ratificación del Tratado de Maastricht (1992), que exigió la reforma del artículo 13.2 CE para reconocer el derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos europeos en elecciones municipales.

Tras la ratificación, también existen mecanismos internos destinados a salvaguardar la soberanía nacional y la supremacía constitucional, a salvo, en todo caso, el procedimiento previsto en el artículo 50 del TUE (vía externa). En el improbable supuesto de que la ulterior dinámica del DUE llegase a resultar inconciliable con la Norma fundamental, se podría acudir al procedimiento constitucional regulado en los artículos 27.2 c) y 78 de la LOTC. Aunque esta posibilidad implicaría una eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma derivada de los compromisos internacionales asumidos por el Estado, lo que a su vez podría comprometer la política exterior.

En conclusión, la redacción del precepto controvertido no colisiona con la consideración de la Carta Magna como norma suprema de ordenamiento, no siendo necesario hacer uso de la facultad prevista en el artículo 95.2 de la CE. El precepto controvertido, que conlleva la aplicación preferente de las normas del ordenamiento europeo frente a nacional en el marco del DUE, no añade nada nuevo al proceso de integración europea y, si acaso, la simplifica y reordena en términos que hacen más preciso el alcance del ejercicio de competencias cedidas (DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 3).

Relación entre el Derecho de la Unión Europea y el derecho interno (primacía y efecto directo)

María Carro Pitarch
Investigadora posdoctoral (ACIF 2021)
Universidad de Valencia

I. PLANTEAMIENTO

El Consejo y el Parlamento Europeo adoptaron la Directiva (UE) 2021/3054, de 12 de marzo de 2020, por la que se fijan normas específicas para los vehículos a motor de transporte de mercancías. El plazo de transposición de esta directiva era de un año, hasta el 12 de marzo de 2021.

Carlos, dueño de una empresa de muebles de León (Muebles, S.L.), transporta sus mercancías a varios puntos del territorio de la Unión Europea (UE) mediante una empresa distribuidora alicantina (Hermanos Martínez, S.L.).

Con la nueva Directiva, para los viajes de más de 1.000 km se exige que los vehículos dispongan de unas características concretas. Las ruedas han de cumplir con los requisitos establecidos en el Anexo de la Directiva, conforme al peso de las mercancías habituales que transportan. Dado que los muebles de la empresa de Carlos son bastante pesados, los camiones que los transportan deberían llevar las ruedas tipo XYZ.

Hermanos Martínez S.L., que ofrece sus servicios en todo el territorio de la UE, no ha cambiado la flota de camiones de los que dispone a fecha de 12 de marzo de 2021, y sus camiones no cuentan con las ruedas requeridas por el Derecho de la UE, ya que hay un reglamento español que no exige ese tipo de ruedas para transportes de mercancías como los suyos (Decreto 52/2005, de 17 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los vehículos a motor), sino las MSD.

El día 15 de abril de 2021, un cargamento de Muebles S.L. parte de León a Berlín, pero no llega a tiempo debido a que los camiones de Hermanos Mar-

tínez S.L. no pasan una de las inspecciones que les realizan por no cumplir con la normativa europea.

Como abogado de la empresa Muebles S.L., perjudicada por el reparto tardío de sus mercancías, se plantea exigir responsabilidades a la empresa distribuidora. Para ello, primeramente, debe considerar cuál era la normativa aplicable a los vehículos de Hermanos Martínez, S.L. con el fin de dirimir si la empresa ha actuado conforme a lo exigido por Derecho o no en los siguientes tres casos:

- **Caso 1.** Si la Directiva se hubiese transpuesto en España mediante la Ley 15/2021, de 10 de marzo de 2021, de medidas específicas para los vehículos a motor de transporte de mercancías.
- **Caso 2.** Si la Directiva no se hubiese transpuesto en España a fecha de 15 de abril de 2021.
- **Caso 3.** Si en lugar de tratarse de una Directiva, la nueva norma se incluyese en el Reglamento (UE) 2021/1054, de 12 de marzo de 2020, relativo a las normas específicas para los vehículos a motor de transporte de mercancías.

*El Derecho europeo derivado y nacional utilizados han sido inventados para este caso práctico y no se corresponden con la realidad.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Una empresa española distribuidora de mercancías en el territorio de la UE se plantea cuál es el tipo de ruedas que su flota de camiones debe utilizar conforme a la normativa española (Real Decreto 52/2005, de 17 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los vehículos a motor) y la europea (Directiva (UE) 2021/3054, de 12 de marzo de 2020, por la que se fijan normas específicas para los vehículos a motor de transporte de mercancías).

B. Problemas constitucionales

En el presente caso se produce una confrontación entre dos normas, una interna de rango reglamentario y una directiva europea. Para su resolución deben ser tenidas en cuenta dos cuestiones fundamentales en la aplicación del Derecho de la Unión Europea: la primacía y el efecto directo de sus disposiciones.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 93 y 96 de la Constitución española

Artículo 288.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de julio de 1964, *Costa c. ENEL*, 6/64, (Noción de primacía).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 1978, *Simmmenthal*, (Noción de primacía).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, (Noción de efecto directo).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de octubre de 1973, *Fratelli Variola*, 34/73, (Efecto directo de los reglamentos).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 1974, *Walrave*, 36/74, (Efecto directo vertical).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 8 de abril de 1976, *Defrenne*, 43/75, (Efecto directo horizontal).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, 41/74, (Efecto directo vertical de las directivas).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de abril de 1979, *Ratti*, 148/78, (Efecto directo vertical de las directivas).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de enero de 1982, *Ursula Becker v Finanzamt Münster-Innenstadt*, 8/81, (Requisitos del efecto directo vertical de las directivas).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 1986, *Marshall I*, 152/84, (Exclusión del efecto directo horizontal de las directivas).

D. Solución

1. Consideraciones previas sobre la primacía del Derecho de la UE

Para resolver los tres casos planteados es necesario considerar previamente que, en ningún caso, la norma de derecho interno de carácter reglamentario (Real Decreto 52/2005, de 17 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los vehículos a motor) se ubicará por encima del Derecho de la Unión

Europea (DUE) en el sistema de fuentes conforme al principio de primacía, el cual implica que, ante un eventual conflicto entre el Derecho de la UE y el derecho nacional, el DUE prevalecerá.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE) señaló en *Costa c. ENEL* que la Comunidad Económica Europea (actual Unión Europea) goza de un “ordenamiento jurídico propio” (párrafo 10) y consagra su primacía sobre los de los Estados miembros al establecer la “imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento” (párrafo 12).

En virtud del artículo 93 de la Constitución Española (CE), la Ley Orgánica 10/1985 de 2 de agosto, autorizó la adhesión de España a las entonces Comunidades Europeas. En consecuencia, la recepción del Derecho originario europeo sigue el procedimiento contemplado en el artículo 96 CE, por el que los “Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”. De forma análoga, el Derecho derivado de la UE forma parte del ordenamiento interno desde su publicación, no en el Boletín Oficial del Estado, sino en el Diario Oficial de la Unión Europea.

2. Nociones básicas sobre el efecto directo de las disposiciones de Derecho de la UE

El Derecho de la UE, originario y derivado, puede tener efecto directo, es decir, puede producir por sí mismo todos sus efectos en los ordenamientos jurídicos nacionales desde su entrada en vigor, sin necesidad de ninguna acción por parte de los EEMM. El efecto directo es la capacidad de las disposiciones del DUE de conferir derechos a individuos que pueden ser invocados ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

Este efecto directo fue consagrado en la archiconocida sentencia *Van Gend en Loos*, por la que se establece que los Tratados pueden producir efectos directos inmediatos y los particulares pueden hacerse valer de los derechos otorgados por los mismos ante los órganos jurisdiccionales nacionales, que deben protegerlos.

El efecto directo de las disposiciones del Derecho originario de la UE es invocable en las relaciones con el Estado en su sentido más amplio (efecto directo vertical -*Walrave*-) y en las relaciones entre particulares (efecto directo horizontal -*Defrenne*-).

En el enunciado no se hace referencia alguna al Derecho originario por lo que pasaríamos a estudiar el efecto directo del Derecho derivado para resolver los tres supuestos planteados.

3. *Caso 1. ¿Qué normativa es aplicable a los vehículos de Hermanos Martínez, S.L. si la Directiva (UE) 2021/3054, de 12 de marzo de 2020 se hubiese transpuesto en España mediante la Ley 15/2021, de 10 de marzo de 2021, de medidas específicas para los vehículos a motor de transporte de mercancías?*

En primer lugar, Hermanos Martínez, S.L. se plantea cuál es la normativa aplicable a sus vehículos en el caso de que se hubiese transpuesto en España la Directiva (UE) 2021/3054 mediante la Ley 15/2021.

Las directivas, por su naturaleza, generan obligaciones de resultado, no de medios. El artículo 288 del TFUE señala que “[l]a directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.

Las directivas otorgan un plazo para que los EEMM transpongan las mismas a su derecho interno desde su adopción (T₀). Únicamente desde que haya expirado el plazo máximo (T₁) para transponerla sin haberlo hecho, o habiéndolo hecho de manera incompleta o incorrecta, podremos hablar del posible efecto directo de las disposiciones de la directiva.

No Efecto Directo	Efecto Directo (si se cumplen el resto de requisitos)
Plazo transposición	
T ₀ : Adopción	T ₁ : Plazo máximo de transposición
12/03/2020	12/03/2021

En el caso planteado, la Directiva se adopta el 12 de marzo de 2020 (T₀) y los Estados tienen de tiempo para transponerla hasta el 12 de marzo de 2021 (T₁). España, mediante la Ley 15/2021, de 10 de marzo de 2021, de medidas específicas para los vehículos a motor de transporte de mercancías ha cumplido con dicho plazo de transposición. En consecuencia, la normativa aplicable a Hermanos Martínez es la Ley 15/2021, que dejaría sin efectos el Real Decreto 52/2005, siempre y cuando no se haya transpuesto de forma incorrecta. Por lo tanto, los camiones de Hermanos Martínez utilizados en el transporte deberían llevar las ruedas tipo XYZ.

4. *Caso 2. ¿Qué normativa es aplicable a los vehículos de Hermanos Martínez, S.L. si la Directiva (UE) 2021/3054, de 12 de marzo de 2020, no se hubiese transpuesto en España a fecha de 15 de abril de 2021?*

En segundo lugar, se plantea la posibilidad de que España no hubiese cumplido con su obligación de transposición en el tiempo establecido. En ese caso, las disposiciones de la Directiva (UE) 2021/3054 serían directamente aplicables una vez transcurrido dicho plazo máximo.

Desde pronto, el Tribunal de Justicia de la entonces Comunidad Europea (hoy, TJUE), consideró que sería incompatible con el efecto obligatorio atribuido a las directivas por el actual artículo 288 TFUE el excluir la posibilidad de que los justiciables pudiesen invocar las obligaciones prescritas por la misma impuestas a un Estado miembro, ya que debilitaría su efecto útil (*Van Duyn*, párrafo 12).

Para que una disposición del DUE produzca efecto directo y, en especial, las directivas, se requiere que ésta cumpla con tres condiciones o requisitos: (1) ser suficientemente precisa; (2) incondicional; y (3) no depender de ninguna medida de implementación (*Ursula Becker v Finanzamt Münster-Innenstadt*, párrafo 25).

Aplicada la teoría al caso, observamos cómo la obligación de tener un tipo de ruedas especial es suficientemente precisa, incondicional y no depende de ninguna medida nacional de implementación.

Asimismo, en el segundo caso planteado, la Directiva no se ha transpuesto en España a fecha de 15 de abril de 2021, más de un mes más tarde del plazo máximo. Por lo tanto, los camiones de Hermanos Martínez utilizados en el transporte deberían llevar las ruedas tipo XYZ, conforme lo dispuesto en la Directiva.

El objetivo de considerar el efecto directo de estas disposiciones es permitir que un individuo pueda invocar las mismas contra el Estado, de modo que el Estado no pueda beneficiarse por incumplir con su obligación de implementar el DUE. Es decir, a partir de ese plazo, podríamos hablar del efecto directo vertical de las disposiciones de la directiva.

Sin embargo, el TJUE no ha considerado (de forma general) que pueda haber efecto directo horizontal de dichas disposiciones, o lo que es lo mismo, un individuo no puede invocarlas contra otro individuo ante los órganos jurisdiccionales nacionales. La lógica que subyace al razonamiento del TJUE es que no sería justo obligar a un individuo a conocer el DUE cuando su Estado no lo ha implementado de forma correcta (*Marshall I*, párrafo 48).

Por lo tanto, en el caso presentado, Hermanos Martínez, S.L. incumple con lo prescrito por la Directiva respecto a las características que sus vehículos deben tener. Sin embargo, Muebles, S.L. (el perjudicado por el retraso en la entrega) no podría solicitar responsabilidad a Hermanos Martínez, S.L. por actuar conforme a la legislación nacional y no conforme al DUE; pero sí podría invocar la Directiva contra España por los perjuicios que le ha ocasionado su falta de implementación en plazo de la Directiva.

5. *Caso 3. ¿Qué normativa es aplicable a los vehículos de Hermanos Martínez, S.L. si, en lugar de tratarse de una Directiva, la nueva norma se incluyese en el Reglamento (UE) 2021/1054, de 12 de marzo de 2020, relativo a las normas específicas para los vehículos a motor de transporte de mercancías?*

En el último supuesto planteado, se propone que las normas específicas para los vehículos a motor se encuentren en un Reglamento de la UE en vez de una Directiva. En ese caso, las disposiciones de este serían aplicables directamente a los vehículos de Hermanos Martínez desde la entrada en vigor del Reglamento.

El artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que el reglamento “tendrá un alcance general” y “[s]erá obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”.

El TJUE, en el caso *Fratelli Variola*, señala que el reglamento “en razón de su propia naturaleza y de su función en el sistema de fuentes del Derecho comunitario [hoy, Derecho de la UE], produce efectos inmediatos y puede, como tal, conferir a los particulares derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la obligación de proteger” (párrafo 8).

En el caso propuesto, y conforme a lo explicado, las disposiciones de ese Reglamento tendrían efecto directo, lo que implicaría que Hermanos Martínez, S. L. estaría obligado a utilizar las ruedas tipo XYZ en los camiones que superen las medidas establecidas en el mismo, sin necesitar de ninguna disposición de derecho español que lo desarrolle.

Es decir, desde la entrada en vigor del Reglamento UE en la fecha que el mismo establezca o, en su defecto, a los veinte días de su publicación, existiría la obligación para las empresas dueñas de este tipo de vehículos a motor de utilizar en sus medios de transporte las partes adecuadas conforme al Reglamento.

Ley orgánica y ley ordinaria¹

Penélope Oliva Boza²

Contratada predoctoral en formación (FPI)

Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. PLANTEAMIENTO

Cuando la Constitución de 1978 (CE) entró en vigor el 29 de diciembre de ese mismo año reconoció en su artículo 20.1 d) el derecho a comunicar y recibir libremente “información veraz por cualquier medio de difusión”, remitiéndose expresamente a una ley para la regulación del derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de dichas libertades. Sin embargo, el legislador, incumpliendo parcialmente el mandato constitucional que prevé de modo imperativo su regulación por ley, únicamente procedió a regular el derecho a la cláusula de conciencia, pero no al secreto profesional.

Después de más de cuarenta años sin desarrollo legislativo, el Gobierno ha cedido a las presiones de los sindicatos de periodistas, anunciando la regulación del secreto profesional. El objetivo que se propone la ley es doble. De un lado, busca proteger a los profesionales de la información, que no podrán ser perseguidos por negarse a revelar la identidad de sus fuentes. De otro, pretende regular aquellos supuestos en los que los periodistas dejarán de estar amparados por el secreto profesional.

- 1 Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “La génesis de nuevos derechos fundamentales en el constitucionalismo global (IUSGENESIS)”, financiado por el Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020, Convocatoria 2021, Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía ProyExcel_00457) y por la Agencia Española de Investigación (PID2021-126875OB-100R-FEDER).
- 2 Contratada predoctoral en formación del departamento de Derecho Político de la UNED (Ayuda PRE2022-103623, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por el FSE+ en el marco del proyecto de investigación PID2021-124531NB-I00 “El Estado de Partidos: raíces intelectuales, rupturas y respuestas jurídicas en el marco europeo”).

Tras llegar a un acuerdo con la Federación de Asociaciones de Periodistas de España (FAPE) y llegado el momento de tramitar el proyecto, se le plantea la duda de si ha de hacerse mediante ley orgánica o ley ordinaria. Además, el Gobierno pretende incluir varios preceptos (artículos 8 a 13) destinados a establecer cómo deben proceder los periodistas para incluir en sus artículos las manifestaciones vertidas por terceros, sin que el medio de comunicación de que se trate las asuma como propias. Entre los requisitos que se establecen, destaca especialmente la necesidad de indicar el nombre del sujeto y realizar la exacta transcripción de lo dicho, sin incluir comentarios personales o juicios de valor.

El Gobierno se dirige a usted en calidad de asesor jurídico planteándole las siguientes cuestiones: A la hora de tramitar el proyecto de regulación del derecho al secreto profesional, ¿debe hacerlo mediante ley orgánica o mediante ley ordinaria? ¿Qué diferencia(s) existe(n) en el procedimiento legislativo que se debe seguir para la aprobación de cada una de ellas? Una vez determinado el tipo de fuente, le plantea si es posible incluir los artículos 8 a 13 en el proyecto. ¿Con qué rango? De responderse afirmativamente, ¿qué sucedería si posteriormente se aprueba la Ley 7/2024, de 3 de marzo, que suprime los artículos 8 y 9 y da una nueva redacción a los artículos 12 y 13, de modo que deja de ser suficiente la identificación del tercero que emite originariamente las manifestaciones transmitidas, sino que además debe incluirse el medio y la fecha en que se emitieron?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Ante la ausencia de desarrollo legislativo del derecho al secreto profesional, el Gobierno ha llegado a un acuerdo con el sector periodístico y se ha comprometido a presentar un proyecto de ley que lo regule. El objetivo principal que se propone a través de la nueva ley es proteger la identidad de las fuentes y regular los supuestos en que los periodistas no están amparados por el secreto profesional. Al mismo tiempo, quiere aprovechar para incluir en el proyecto una serie de preceptos que establezcan cómo deben proceder los periodistas para incluir en sus artículos manifestaciones realizadas por terceros, sin que el medio de comunicación en cuestión las asuma como propias (artículos 8 a 13 del proyecto). Así, se plantea, de un lado, si debe hacer uso de ley orgánica o de ley ordinaria. De otro, una vez despejada esta incógnita, si

es posible incluir en el proyecto los preceptos destinados a regular el modo de inclusión de manifestaciones realizadas por terceros.

B. Problemas constitucionales

Teniendo en cuenta el supuesto de hecho descrito, se observan tres problemas principales desde el punto de vista constitucional. En primer lugar, determinar qué consideración recibe el derecho al secreto profesional, para así saber si se trata de materia reservada a ley orgánica o, por el contrario, si puede regularse a través de ley ordinaria. En segundo lugar, una vez que conozcamos si debe hacerse uso de ley orgánica u ordinaria, indicar si existe posibilidad de incluir esa otra materia que, sin llegar a ser secreto profesional, está íntimamente relacionada con él. Y, finalmente, de ser así, precisar el rango con que dicha materia debería ser incluida en el proyecto.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 20.1 d), 75.3, 81, 86, 87.3 de la Constitución española

Artículo 28.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC)

Jurisprudencia

Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 6/1982, de 22 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 137/1986, de 6 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 224/1993, de 1 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 127/1994, de 5 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 213/1996, de 19 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 124/2003, de 19 de junio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 24/2019, de 25 de febrero, del Tribunal Constitucional

D. Solución

Como se ha tenido ocasión de comprobar cuando se planteó el supuesto, se han formulado un total de cinco cuestiones interrelacionadas. A continuación, vamos a ir resolviendo cada una de ellas en el mismo orden en que fue-

ron formuladas, comenzando por la primera y más importante: la utilización de ley orgánica u ordinaria.

En efecto, la clave para dar respuesta a esta pregunta consiste en determinar si nos encontramos ante materia reservada a ley orgánica o no. La reserva material implica que las leyes orgánicas solo pueden regular determinadas materias y solo esas, impidiendo que la ley ordinaria regule las materias reservadas a aquella (SSTC 5/1981, FJ 21 o 124/2003, FJ 11). Las materias reservadas a ley orgánica están expresamente establecidas en el artículo 81.1 CE: las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. En consecuencia, el Gobierno deberá tramitar el proyecto como ley orgánica únicamente si estamos ante alguna de las materias identificadas en el artículo 81.1 CE.

Por ello, debemos preguntarnos cuál es la naturaleza del derecho al secreto profesional. Recientemente, el TC tuvo oportunidad de recordar en la STC 24/2019, de 25 de febrero, que el secreto profesional opera “como una garantía al servicio del derecho a la información, mediante la que se ensanchan las posibilidades informativas de la sociedad, dándose a conocer hechos y realidades que, sin ella, no verían la luz” (FJ 6). En otras palabras, el derecho al secreto profesional vendría a formar parte de la libertad de información, derecho fundamental reconocido en el artículo 20.1 d) CE. Así, en la medida en que el Gobierno va a desarrollar un derecho fundamental, el proyecto debe adoptar la correspondiente forma de ley orgánica (*ex* artículo 81.1 CE).

En lo que al procedimiento se refiere, la principal diferencia en relación con la ley ordinaria radica en que las leyes orgánicas necesitan para su aprobación mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto (artículo 81.2 CE). Así, mientras que las leyes orgánicas requieren de un procedimiento legislativo reforzado en favor del Pleno del Congreso de los Diputados, que ha de expresar su voluntad mediante mayoría cualificada; el procedimiento de aprobación de leyes ordinarias solo exige mayoría simple. Asimismo, puede observarse cómo algunos preceptos constitucionales introducen adicionalmente otras limitaciones procedimentales. En este sentido, no cabe en materia de ley orgánica delegación legislativa a las Comisiones (artículo 75.3 CE), la iniciativa legislativa popular (artículo 87.3 CE) ni su aprobación por decreto-ley (artículo 86 CE).

Una vez conocida la modalidad legislativa que debe emplear el Gobierno, así como sus peculiaridades, corresponde abordar los interrogantes relativos a los artículos 8 a 13 que pretende incluir en el proyecto. Para ello, es preciso

apuntar una serie de extremos sobre la relación existente entre ley orgánica y ley ordinaria.

En primer lugar, huelga recordar que el artículo 28.2 LOTC dispone que el TC podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 CE los preceptos de una ley que no hayan sido aprobados con el carácter de orgánica “en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido”. En segundo lugar, el TC ha establecido desde fecha temprana (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 21, apartado A) y ha reiterado posteriormente (SSTC 224/1993, FJ 2, 127/1994, FJ 3, o 213/1996, FJ 2) que la relación entra una y otra modalidad de ley viene dada por las materias que se reservan a las leyes orgánicas en el artículo 81.1 CE, afirmando que “las leyes orgánicas y ordinarias no se sitúan, propiamente, en distintos planos jerárquicos” (STC 137/1986, FJ 3). Asimismo, el TC ha señalado que, al igual que la reserva de ley orgánica impide a la ley ordinaria regular materias reservadas a aquella, también sería “disconforme con la Constitución la Ley orgánica que invadiera materias reservadas a la Ley ordinaria” (STC 5/1981, FJ 21, apartado A).

No obstante, conviene hacer una serie de matizaciones a las anteriores afirmaciones. Así, siendo cierto que la cobertura de ley orgánica debe utilizarse exclusivamente para las materias que le hayan sido expresamente reservadas, también lo es que dicha ley orgánica puede extenderse y regular ciertos aspectos que, sin constituir la materia reservada en sentido estricto, están íntimamente relacionados con ella (STC 224/1993, FJ 2). Lo que sucede es que el carácter orgánico se conserva únicamente para lo que sea materia reservada propiamente dicha; en este caso, para lo que sea desarrollo “directo” del derecho fundamental (STC 6/1982, FJ 6), 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” (SSTC 6/1982, FJ 6 o 127/1994, FJ 3). Así, “la reserva de Ley orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva por el hecho de estar incluida en una Ley orgánica haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación (artículo 81.2 de la CE), pues tal efecto puede y aún debe ser excluido por la misma Ley Orgánica o por Sentencia del Tribunal Constitucional que declaren cuáles de los preceptos de aquélla no participan de tal naturaleza” (STC 5/1981, FJ 21, apartado A).

Consecuentemente, y dando respuesta a las preguntas formuladas, el Gobierno sí que puede incluir en el proyecto de ley orgánica los preceptos 8

a 13 destinados a establecer cómo deben proceder los periodistas para incluir en sus artículos las manifestaciones vertidas por terceros, pero al tratarse de materia conexa y no de desarrollo del derecho en sentido estricto, dichos preceptos no tendrán que gozar necesariamente de la fuerza inherente a las leyes orgánicas. Así, el efecto de congelación de rango puede ser suprimido por el propio Gobierno, quien al tramitar el proyecto podría incluir directamente una disposición adicional en la que se estableciera que los artículos 8 a 13 no tienen carácter de ley orgánica (“La presente Ley tiene el carácter de Ley Orgánica, a excepción de los siguientes preceptos: artículos 8, 9, 10, 11, 12 y 13”), o bien puede ocurrir que posteriormente la disposición sea sometida a control por el TC y sea él quien declare que dichos artículos regulan solo materia conexa y que, por consiguiente, tienen rango de ley ordinaria (y no de ley orgánica).

De este modo, no habría impedimento alguno para que posteriormente se aprobase una ley ordinaria, la Ley 7/2024, de 3 de marzo, que suprimiese los artículos 8 y 9 y diese una nueva redacción a los artículos 12 y 13. El artículo 81.2 CE, que exige mayoría absoluta del Congreso para la modificación o derogación de leyes orgánicas, no se vería vulnerado en la medida en que los artículos 8 a 13 quedan excluidos de tal consideración. El propio TC así lo ha establecido al expresar que “la normación de las materias ajenas a las reservas no goza definitivamente de la fuerza pasiva inherente a dicha clase de leyes aunque se incluya en ellas” (STC 224/1993, FJ 2).

En suma, se debe indicar al Gobierno que:

- Corresponde hacer uso de ley orgánica.
- El proyecto que presente, en la medida en que ha adoptado forma de ley orgánica, requerirá para su aprobación mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto (artículo 81.2 CE).
- Puede incluir los artículos 8 a 13 en el proyecto, pero serán considerados materia conexa.
- Al recibir la consideración de materia conexa van a gozar, en principio, del efecto de congelación de rango. No obstante, el propio Gobierno puede incluir una disposición adicional en el proyecto en la que los prive de cobertura orgánica, o bien puede que sea el TC el que posteriormente declare dicha exclusión.
- De ser así, es posible que más adelante se apruebe una ley ordinaria que los modifique o los derogue (Ley 7/2024, de 3 de marzo) a pesar de estar incluidos en una ley orgánica.

Relación Ley-Reglamento

Nuria María Garrido Cuenca
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

La “Asociación Española de Juego Digital” interpone recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo contra el Real Decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego, aduciendo como motivos de impugnación: 1º) infracción del procedimiento de elaboración de reglamentos (artículo 26 de la Ley del Gobierno y artículos 127 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo Común); 2º) vulneración del principio de reserva de ley (artículo 53.1 de la Constitución española –en adelante, CE– en relación con los artículos 1.1, 38 y 20 CE); 3º) vulneración del principio de proporcionalidad en relación con el derecho a la libertad de empresa (artículo 38 CE).

El Reglamento se dicta a partir de la habilitación contenida en el artículo 7 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, entendiendo que se trata de una remisión en blanco o *in totum* al reglamento, contraria al artículo 53.1 CE y a la jurisprudencia que lo ha interpretado, puesto que la libertad de empresa (artículo 38 CE) está sujeta a reserva de ley. Este precepto prohíbe en su apartado 1 toda actividad de publicidad, patrocinio o promoción de los juegos de envite, suerte o azar y la publicidad o promoción de los operadores de juego “cuando se carezca de la correspondiente autorización para la realización de publicidad contenida en el título habilitante”. Estableciendo en su párrafo 2 que: “Reglamentariamente se establecerán las condiciones que se incluirán en los respectivos títulos habilitantes de la autorización de la actividad publicitaria y sus límites y, en particular, respecto a [...]”. Terminando el listado de supuestos con una previsión abierta a “cualesquiera otros que se establezcan reglamentariamente”.

La recurrente entiende que el establecimiento de las condiciones y limitaciones materiales en las que puede desenvolverse la publicidad, y la deter-

minación de lo que es proporcionado y no lo es debe hacerse mediante Ley, y que la entrada del reglamento en este ámbito sólo puede aceptarse como un reglamento de ejecución plenamente subordinado a la Ley y cuyo ámbito de regulación debe agotarse en el desarrollo de aspectos meramente accesorios. Además, algunos preceptos (artículos 12, 13, 15 y 18 a 25) establecen límites y prohibiciones a la actividad publicitaria y promocional del sector del juego sin la suficiente cobertura legal, resultando una reglamentación independiente de las condiciones de la actividad de publicidad que incurre en *ultra vires*. En tanto la Ley no proporcionaba criterios claros en el desarrollo reglamentario se ha producido una deslegalización de la materia reservada a la ley, transfiriendo la facultad de establecer reglas limitativas de la publicidad al titular de la potestad reglamentaria.

El Abogado del Estado se opone al recurso, especialmente por lo que respecta a la vulneración del principio de reserva de ley, entendiendo que la libertad de empresa no es un derecho absoluto y el juego es una actividad empresarial que requiere una fuerte regulación del Estado que puede establecer límites por razones de orden público, seguridad o salud pública y que razones imperiosas de interés general como la protección de los consumidores (especialmente de los más vulnerables, como los menores de edad o los ludópatas) pueden justificar estas restricciones. Entiende que el artículo 7 citado no supone una “total abdicación del legislador”, puesto que existen límites claros (ámbitos materiales de las restricciones o nivel de responsabilidad de los actores en las actividades publicitarias) y una evidente proporcionalidad en la identificación de la finalidad tuitiva de la normativa.

Aplicando las reglas generales sobre las relaciones entre Ley y Reglamento, se le solicita que plantee un borrador de sentencia sobre la cobertura legal y proporcionalidad de las prohibiciones y limitaciones a la actividad promocional y publicitaria establecidas en el Reglamento cuestionado y, en particular, sobre las siguientes:

1. La limitación del patrocinio y esponsorización de instalaciones deportivas, nombres de equipos, competiciones deportivas o equipaciones y, en particular, las que sean objeto de apuestas, tampoco mediante publicidad estática. El fin es evitar la asimilación o identificación del juego de apuestas, suerte o azar con el deporte.
2. Prohibición general de actividades de promoción para captar nuevos clientes y prohibición de publicidad directa a la cartera de clientes.
3. Limitación de la aparición en las comunicaciones comerciales de personas o personajes de relevancia o notoriedad pública, sean reales o de ficción.

4. Limitación de comunicaciones comerciales a una franja horaria nocturna entre la 1 y las 5 de la madrugada con el objetivo de tutela y especial protección de los menores.

5. Prohibición generalizada para la difusión de comunicaciones comerciales a través de servicios de la sociedad de la información, redes sociales o plataformas de intercambio de videos.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En este caso se pretende que el alumno analice los problemas principales que plantea la relación entre la ley y el desarrollo reglamentario, reflexionando sobre cómo juegan en el supuesto concreto el principio de jerarquía, la reserva de ley en el caso de los derechos a la libertad de empresa y publicidad como parte de esta (artículo 38 CE) y el derecho a la libertad de expresión e información (artículo 20 CE), los límites de la norma reglamentaria como complemento de la ley, y las posibilidades de deslegalización en supuestos donde está implicado un derecho constitucional. Desde estas premisas básicas, se propone un análisis sobre la cobertura legal y el test de proporcionalidad de las limitaciones o prohibiciones establecidas en este polémico Reglamento del juego respecto a los derechos implicados, partiendo de la doctrina constitucional y jurisprudencial que permite restricciones para salvaguardar otros bienes o intereses especialmente protegidos, como ocurre en el caso con la necesaria protección de los menores y adolescentes, colectivo especialmente vulnerable dadas las cifras alarmantemente ascendentes de adicción al juego en este sector en los últimos años.

B. Problemas constitucionales

Se plantea el juego de los principios de jerarquía normativa y reserva de ley en el desarrollo reglamentario de un derecho constitucional, analizando la posición subordinada del reglamento a la ley y la extensión y límites como norma complementaria o de desarrollo de una ley previa.

C. Fuentes

Normativa

Artículo 20, 38, 53.1 y 97 de la Constitución española

Ley 34/1988, de 11 de noviembre General de Publicidad

Artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno

Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, modificada por Ley 23/2022, de 2 de noviembre

Artículos 127-133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

Real Decreto 958/2020, de 3 de diciembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego

Jurisprudencia

Sentencias 83/1984, de 24 de julio, y 169/2023, de 22 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 27 de abril de 2004 (rec. 2795/2000), de 30 de junio de 2009 (rec. 8815/2004), 527/2024, de 2 de abril, 1068/2024, de 17 de junio, 1234/2024, de 9 de julio, 1265/2024, de 15 de julio, 1351/2024, de 18 de julio, y 1361/2024, de 18 de julio.

Sentencias de 8 de septiembre de 2009 (asunto 42/2007), 3 de junio de 2010 (asuntos C-203/08 y 258/08), y 8 de septiembre de 2010 (asuntos C-46/08 y C-316/07) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

D. Solución

La potestad reglamentaria es el poder conferido a los distintos órganos del Poder Ejecutivo (Gobierno y Administración, estatal, autonómico o local) para dictar disposiciones normativas de rango inferior a la ley (artículos 97 y 137 CE). Por tanto, el reglamento es una disposición administrativa de carácter general (que adopta distintos nombres o formas jurídicas dependiendo del titular de la potestad, territorial o no: Real Decreto, Decreto, Orden, Ordenanza, Bando, reglamento orgánico municipal, Circular) aprobada por el Gobierno o la Administración en ejercicio de la potestad reglamentaria y subordinada jerárquicamente a las leyes o normas con fuerza de ley, de rango inferior a la ley y controlable directamente por los tribunales de justicia.

La justificación para dictar reglamentos trae causa de la propia Constitución: en el artículo 97 al establecer que el Gobierno “ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”; y en el artículo 9.3 que consagra el principio de jerarquía normativa. En una sociedad tan compleja y tecnificada como la actual el Reglamento ha adquirido una importancia cuantitativa y cualitativa enorme, al resultar más idóneo para

adaptarse a las circunstancias por la mayor facilidad en su tramitación y su mejor disposición desde el punto de vista técnico. De modo que en el binomio ley-reglamento, la primera se ocupa de establecer los principios básicos del sistema normativo, estableciendo los grandes asuntos que necesitan además de cierta estabilidad y permanencia, y la norma reglamentaria desarrolla, sirve de complemento o colabora con aquella en la regulación más detallada y específica que requiere la proliferación incesante de normativas (motorización legislativa) cada vez más complejas y mudables.

Sin embargo, esta pareja de hecho y de derecho plantea no pocos problemas en sus relaciones, que se vertebran mediante tres técnicas: el punto de partida que es el principio de jerarquía y primacía de la ley, el principio de reserva de ley y la delimitación de los espacios que corresponden al reglamento (desarrollo, complemento, colaboración, autonomía) y deslegalización. El caso práctico planea sobre estas tres cuestiones, como acierta a señalar la STS 527/2024, de 2 de abril, que resuelve cómo juegan estos principios entre la ley que regula el juego y el reglamento al que esta misma remitía para el desarrollo de la publicidad y promoción de todas las actividades relacionadas con él.

A) *El principio de jerarquía normativa*: como principio vertebrador del ordenamiento incluido entre las garantías del artículo 9.3 explica la absoluta primacía de la ley sobre el reglamento, definido como norma inferior subordinada a la ley superior. Ello implica que ningún reglamento puede establecer disposiciones contrarias a la ley previa o que estas puedan subsistir tras una ley que las contradiga. A diferencia de otros ordenamientos, no existe en nuestro Derecho un ámbito reservado al reglamento, pudiendo la ley operar en cualquier ámbito, específicamente reservado o no. La infracción de este principio conlleva la invalidez del reglamento, como señala el artículo 47.2 de la Ley 39/2015: “*serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior*”. La reforzada sanción de nulidad absoluta es aplicable en los casos de reglamentos que contraríen o vulneren una ley o que no respeten los límites de la reserva legal, como se solicita por la entidad recurrente en nuestro caso y así se resuelve por el Tribunal Supremo declarando la nulidad parcial del Real Decreto impugnado.

B) *El principio de reserva de ley*: es la plasmación esencial de la primacía de la ley y la posición subordinada del reglamento. Se manifiesta clásicamente en dos tipos: formal y material.

a) La reserva formal supone que el legislador puede regular cualquier materia, lo que supondría “congelar su rango” y limitar el reglamento al com-

plemento o desarrollo de algunos aspectos de aquella, en el marco que la ley le fije. Del mismo modo puede el legislador decidir en cualquier momento derogar esta regulación, dejando de nuevo el espacio para su potencial regulación reglamentaria. Salvo que la materia esté sometida a una reserva de ley en sentido material.

b) La reserva material significa que existen determinadas materias que la Constitución (o los Estatutos de autonomía) han decidido que solo pueden regularse por ley, de modo que el reglamento no puede regularlas autónomamente exista o no ley previa. Aunque no existe propiamente en la CE un precepto que recoja de modo expreso esta reserva, así se deduce de su texto, manifestándose en tres bloques de materias: 1) las materias reservadas del artículo 81.1 (leyes orgánicas del propio precepto) y “*las demás previstas en la CE*” (*ad ex.* Estado de alarma, excepción y sitio, Defensor del Pueblo, abdicaciones y renunciaciones de la Corona...); 2) los preceptos que remiten a la ley la regulación de una materia (composición del Congreso o del Gobierno, derecho de sufragio, estatuto de los funcionarios públicos...); 3) la reserva de ley que genéricamente establece el artículo 53.1 CE: “*Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades*”. Por tanto, puede decirse que la reserva de ley puede tener distintas intensidades y que no siempre ni debe ni tiene que regular agotadoramente la materia, entrando entonces el reglamento a desempeñar una función de colaboración o desarrollo en la que habrá que estar a cada caso concreto, pero siempre que exista esa habilitación de ley objeto de reserva. En este ámbito, según una consolidada doctrina constitucional, el reglamento no debe innovar el ordenamiento, sino limitarse a ser el complemento indispensable de la ley. Como ya señaló tempranamente la STC 83/1984, de 24 de julio, el principio de reserva de ley: “*no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, que supondría una degradación de la reserva formulada por la CE en favor del legislador*”. Este es el ámbito común donde se desenvuelve el denominado “reglamento ejecutivo” o “*secundum legem*”, generado en virtud de una remisión legal, con la función de desarrollar y ejecutar la ley, estableciendo detalles y complementándola, pero sin contradecirla, suplantarla o innovarla.

c) La deslegalización: que implica que es la propia ley la que permite que una parte o la totalidad de la materia pueda ser objeto de regulación reglamentaria. Sin embargo, esta técnica no puede darse en el campo de la reserva de ley, especialmente en relación con leyes que remiten al reglamento

(a veces mediante remisiones “en blanco”) –tema especialmente sensible en materia de potestad sancionadora-. De hecho, en nuestro caso, el Tribunal Supremo planteó una cuestión de inconstitucionalidad sobre este artículo 7 de la Ley del juego, entendiendo que la cláusula genérica y abierta que permitía establecer limitaciones y prohibiciones, “*en cualesquiera otras materias que se establezcan reglamentariamente*”, suponía “*una verdadera deslegalización de la materia reservada a la ley, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad de establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria en una materia –la libertad de empresa– reservada a la ley*”. Antes de la resolución por el Tribunal Constitucional, se añadió un nuevo artículo 7.bis a la anterior ley corrigiendo este y algunos otros déficits en el reglamento, lo que dejó sin objeto la cuestión de inconstitucionalidad planteada (STC 169/2023, de 22 de noviembre).

En el caso que analizamos, y apoyándonos en la STS que lo resuelve, el derecho a la actividad empresarial de la actividad del juego, y la publicidad como parte de ella, son derechos constitucionales no absolutos, que pueden estar sometidos a límites, prohibiciones y condiciones para la protección de intereses superiores, como la protección de los menores, los derechos de los consumidores o lucha contra el fraude. Por lo que aquellos “*deben tener cobertura legal suficiente, sin que puedan regularse por normas reglamentarias independientes y desvinculadas de los criterios fijados por el legislador*”. Por tanto: “*La reserva de ley no excluye la posible colaboración normativa del reglamento, aunque no puede considerarse suficiente una mera remisión en blanco, sino que debe contener los criterios generales o directrices sobre los que fundar las limitaciones que pueden establecerse a la libertad de empresa o las finalidades que la norma reglamentaria deber cumplir en uso de la habilitación...que han de estar derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado (entre otras SSTC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6; 109/2003, de 5 de junio, FJ 15, o 112/2066, de 5 de abril, FJ 8)*” (FJ 4º).

La STS que resuelve el caso, en aplicación de la jurisprudencia constitucional y europea, realiza el test de proporcionalidad exigible para la legalidad de las distintas limitaciones establecidas en el reglamento impugnado desde la base de que aquellas: “*han de ser proporcionales, lo que exige sean idóneas para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos por la norma y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar tales objetivos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos*” (FJ 4º *in fine*). Dando respuesta concreta a cada una de las actividades sujetas a limitación o prohibición aplicando estos parámetros

relativos al juego de la reserva de ley, la función meramente de desarrollo o colaboración reglamentaria y su proporcionalidad. Así, se corrobora la legalidad de las medidas tendentes a la limitación de patrocinio y esponsorización (*desarrollo legal y proporcionada para evitar que menores, jóvenes y colectivos vulnerables asocien juegos de azar con el deporte*), promoción en franjas horarias limitadas (*ya previsto en otras normas legales, como la Ley General de Comunicación Audiovisual, por lo que tiene cobertura legal y responde al objetivo de tutela y protección social de los menores*), comunicaciones comerciales (*el reglamento reproduce y completa lo previsto en otras normas legales*), o la inclusión en estas de un mensaje sobre los efectos dañinos del juego (que considera *concreción técnica necesaria y más detallada permitida por la ley*). Por el contrario, se anulan por falta de cobertura legal o exceso *ultra vires* respecto de la remisión operada por la Ley del juego: la limitación de la publicidad comercial para captar nuevos clientes (sin que se haya demostrado tampoco su proporcionalidad con los objetivos perseguidos); la limitación de la aparición en comunicaciones comerciales de personas de relevancia o notoriedad pública; y las prohibiciones generalizadas para la difusión de comunicaciones comerciales que afectan a los operadores de juego en línea a través de servicios de la sociedad de la información (no siendo proporcional limitar la publicidad con alcance general ante la eventualidad de su utilización por menores).

En fin, debemos hacer una sucinta mención a la discusión sobre la cabida en nuestro ordenamiento de los llamados “reglamentos independientes”, que trae a colación la distinción entre la vinculación positiva o negativa a la ley de la potestad reglamentaria. Esto es, si el reglamento solamente puede ser una norma complementaria de la ley o si este puede regular cualquier materia económica o social que no esté afectada por la reserva de ley material o formal. Aunque ni la doctrina ni la jurisprudencia dan una respuesta general y contundente a esta cuestión, es cierto que hay algunos ámbitos típicos donde es indiscutible la legalidad del reglamento independiente, como la organización administrativa, el ámbito doméstico de la Administración, y con los límites del artículo 128.2 de la Ley 39/2015, las actividades de fomento y servicio público. Precisamente han respondido a esta cuestión, en un asunto material referido también al juego, las recientes SSTS 1068, 1234, 1265, 1351, 1361 de 2024: por respeto al principio de la autonomía local y su competencia urbanística (artículo 25.2.a de la Ley de Bases de Régimen Local), el Alto Tribunal ha reconocido que el planeamiento urbanístico (normas reglamentarias) puede incluir determinaciones sobre el uso del suelo urbano en relación con los locales de juego y apuestas, si bien con estos límites, a los que ya nos hemos referido: si afectan a la libertad de empresa, deben estar justificadas

por necesidades imperiosas de interés general; deben ser proporcionales, esto es, no imponer una restricción absoluta a la apertura de estos locales; y ser respetuosas con la legislación del sector.

En nuestro caso, la alegación de la asociación recurrente entendiéndolo que varios preceptos del Reglamento impugnado eran nulos al establecer una reglamentación independiente en punto a las condiciones o limitaciones materiales o aspectos intrínsecos a la actividad de publicidad sin la necesaria cobertura legal, es analizada para cada uno de los supuestos en entredicho por el Tribunal Supremo tal como se acaba de analizar, partiendo de esta premisa: *“las limitaciones y prohibiciones (en materia de publicidad y promoción del juego), en cuanto inciden en el ejercicio de una actividad empresarial lícita (artículo 38 CE), deben tener cobertura legal suficiente, sin que puedan regularse por normas reglamentarias independientes y desvinculadas de los criterios y límites fijados por el legislador”*.

Para terminar, debemos señalar que esta es una sentencia histórica en el sector del juego, muy comentada y que todavía tiene varios flancos por resolver, sobre todo en cuanto a los procedimientos sancionadores ya resueltos en base a un reglamento que es parcialmente nulo, o las sanciones que todavía no sean definitivas por estar pendientes de recursos administrativos o judiciales, que también deberían de ser anuladas sobre la base de que se dictaron en ejecución de unos preceptos nulos. Además, el Gobierno ha impulsado una modificación del Real Decreto para declarar la vigencia de los artículos anulados con la nueva cobertura legal que le brinda el actual artículo 7.bis de la Ley del Juego y de la que antes carecían.

En fin, habrá que estar atentos a la suerte que corra en su tramitación parlamentaria el recientemente aprobado proyecto de ley de protección de los menores en el ámbito digital donde, entre otras cuestiones, se establece la obligatoriedad de que todos los dispositivos móviles incorporen de fábrica controles parentales que podrán incidir también en materia de publicidad.

Decreto-ley

Mar Sánchez Montell

Investigadora predoctoral - FPU

Universitat de València

I. PLANTEAMIENTO

La Sra. Carmen García se encontraba comiendo en su casa el 7 de mayo de 2022 cuando recibió una llamada del Sr. Pedro Martínez. Ambos se conocen porque llevan a sus hijas al mismo colegio. El Sr. Martínez informó a la Sra. García, que no tiene WhatsApp, de que por el grupo de la AMPA se había dicho que se suspendían las clases presenciales en la escuela porque “el Gobierno había dictado una ley a tal efecto”.

Dos días antes de la llamada, el día 5 de mayo, se anunciaba a través de los informativos que había llegado a España un virus causado por la picadura de una mosca verde que afectaba a las vías respiratorias de las personas menores de 12 años. La epidemia se estaba propagando rápidamente por el país, entrando en una crisis sanitaria sin precedentes que, aunque no paralizaba la vida pública, hacía recomendable detener la actividad escolar.

Carmen es madre soltera y se dedica al transporte de mercancías. No puede dejar a su hija Teresa con ningún familiar ni amigo durante su horario laboral, por eso necesita que Teresa asista al colegio, y duda sobre la veracidad de la información que le ha transmitido Pedro.

La Sra. García está convencida de que el Gobierno no puede dictar normas con rango de ley porque se acuerda de que en la asignatura de Historia, durante sus años de instituto, estudió que existía una separación de poderes en el Estado y que esa función legislativa correspondía únicamente al Parlamento. Además, duda acerca de si el estado en el que se encuentra el país actualmente es relevante para adoptar esas medidas excepcionales.

La señora Carmen se dirige a usted como abogado para que le resuelva las siguientes dudas: ¿puede el Gobierno aprobar normas con rango de ley a pesar de no ser el representante primario de la voluntad popular? En caso afirmativo, ¿bajo qué requisitos? ¿Cuáles serían las condiciones a tener en cuenta para una aprobación ajustada a Derecho?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso práctico busca dar respuesta, en primer lugar, a la cuestión referida a la potestad del Ejecutivo de dictar normas con rango de ley. En segundo lugar, se plantea el análisis de las características de esta clase de normas emanadas del Gobierno, en caso de existir, para finalmente determinar si en el supuesto propuesto la medida dictada se ajustaría a Derecho. En definitiva, se trata de resolver jurídicamente la consulta formulada por la señora García acerca de la idoneidad de una disposición gubernativa que declara la suspensión de la actividad escolar de su hija a causa de una epidemia que afecta a menores de 12 años.

B. Problemas constitucionales

Como problemas constitucionales surgen el análisis del concepto constitucional de decreto-ley contemplado en el artículo 86 de la Constitución española (de ahora en adelante, CE) y los límites que se exigen a este tipo de normas con rango de ley emanadas del Gobierno a través de sus notas definitorias (sintéticamente: presupuesto habilitante, limitaciones materiales y carácter provisional).

C. Fuentes

Normativa

Artículos 82 y 86 de la Constitución española

Artículo 4.c) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio

Artículos 5.1 c) y 24.1 a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno

Jurisprudencia

Sentencia 29/1982, de 31 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 6/1983, de 4 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia III/1983, de 2 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 60/1986, de 20 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 182/1997, de 28 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia II/2002, de 17 de enero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 137/2003, de 3 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 14/2020, de 28 de enero, del Tribunal Constitucional

D. Solución

Respecto de la primera cuestión planteada, es necesario apuntar que existen normas con rango de ley que no tienen su origen inmediato en el Parlamento. Este es el caso, en primer lugar, de aquellas normas que, a pesar de emanar del Ejecutivo, tienen dicho rango porque así lo establecen de manera expresa las Cortes Generales, que delegan en el Gobierno para que éste apruebe normas jurídicas con tal rango; esto es lo que denominamos legislación delegada o decretos legislativos. La segunda posibilidad del Gobierno para dictar normas con rango de ley también viene estipulada en la Constitución para un supuesto determinado; se trata de la legislación de urgencia o decreto-ley.

El primer supuesto planteado, la legislación delegada, se consagra en el artículo 82 CE, y permite al Ejecutivo aprobar normas con rango de ley previa habilitación específica de las Cortes Generales (a diferencia de lo que sucede con la potestad reglamentaria, de la que el Gobierno dispone de modo genérico y en origen). Respecto del segundo supuesto planteado, la legislación de urgencia, cabe destacar que no se requiere una habilitación parlamentaria previa y expresa. En estos casos se otorga la potestad al Ejecutivo por razones de urgencia, llevando a cabo el Congreso de los Diputados un control *a posteriori* en el que puede convalidar o derogar la norma, sin perjuicio de que las Cortes puedan tramitarla como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. Esta cuestión queda regulada en el artículo 86 CE.

Por tanto, respondiendo a la pregunta de si es posible que el Gobierno pueda dictar normas con rango de ley, la respuesta debe ser afirmativa en base a la habilitación constitucional que se establece en los artículos 82 y 86 CE, así como por aquello que se deriva de los artículos 5.1 c) y 24.1 a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Pasemos a analizar ahora la segunda cuestión relativa a los requisitos que necesariamente debe seguir la ley dictada por el Gobierno para considerarse ajustada a Derecho. Nos centraremos en este caso en el estudio de la figura del decreto-ley en tanto que se trata de una situación epidémica que afecta

a una parte de la población y que podría justificar la adopción de medidas urgentes para paliar los efectos que se pudieran derivar del mantenimiento de la actividad escolar. Además, descartamos que se pueda hacer uso de la figura del decreto-legislativo en tanto que no existe una habilitación expresa de las Cortes Generales al Gobierno para dictar normas con rango de ley que desarrollen esta materia (a partir de unas bases o directrices determinadas por la Asamblea) o bien refundan en un solo texto disposiciones legislativas vigentes con la finalidad de contribuir a su armonía, supuesto que no encaja con la problemática planteada en el caso práctico.

Podemos considerar que el decreto-ley se configura a partir de tres importantes notas derivadas de la redacción del artículo 86.1 CE, que a su vez articula los límites de esta figura normativa y que es indispensable examinar para dar respuesta a nuestro caso: el presupuesto habilitante (la extraordinaria y urgente necesidad), las limitaciones materiales impuestas (también entendidas como las materias que quedan excluidas de su regulación) y, por último, el carácter de disposición provisional.

Deteniéndonos en el primer elemento, la CE, en su artículo 86.1, solamente permite al Gobierno dictar decretos-leyes en “caso de extraordinaria y urgente necesidad”. La apreciación de esta circunstancia resulta conflictiva, aunque el Tribunal Constitucional (de ahora en adelante, TC) ha reconocido que existe un “razonable margen de discrecionalidad” en manos de los órganos políticos para determinarlo, aunque no excluye el control en “supuestos de uso abusivo o arbitrario” (STC 29/1982, FJ 3; STC 60/1986, FJ 3). Ahora bien, este control del TC hace referencia a un control externo “en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario” (STC 182/1997, FJ 3).

No obstante, este presupuesto habilitante del decreto-ley no debe confundirse con aquellas situaciones previstas para el caso de peligro grave del sistema constitucional o para el orden público del artículo 116 CE, sino que se ha de entender “como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes” (STC 6/1983, FJ 5). Por ello, ha de verse como un instrumento adecuado y pertinente para la consecución de un fin justificador de la urgencia (STC 11/2002, FJ 4; STC 137/2003, FJ 3). Además, apunta el TC en el FJ 2 de la STC 14/2020 que debe existir una “conexión de sentido” entre la situación que se defina y las medidas que se adopten por el decreto-ley.

Visto este primer punto, podemos avanzar en la resolución del caso de la Sra. García y determinar que efectivamente la aparición del virus en España sería una situación difícil o imposible de prever que necesita de una acción normativa inmediata. Asimismo, se puede considerar que la paralización de la actividad de las escuelas es una medida con conexión a la situación definida por cuanto se trata de un virus que se propaga entre menores en edad escolar.

Pasando a analizar el segundo elemento que hemos apuntado anteriormente, podemos comprobar que en la Constitución se determinan una serie de materias que quedan excluidas del campo del decreto-ley y, por tanto, queda así delimitado negativamente su ámbito de regulación. La regulación por decreto-ley no podrá afectar al “ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general” (artículo 86.1 CE). Esta cláusula restrictiva debe ser entendida “de modo tal que ni reduzca a la nada el Decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución (...) ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I” (STC III/1983, FJ 8).

El artículo 27 CE reconoce el derecho a la educación. Este derecho se encuentra ubicado en el Título I, capítulo segundo, sección primera “de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”. Por tanto, se trata de una materia que quedaría excluida del ámbito de regulación permitido por la Constitución al decreto-ley, incluso aunque esta pretendida disposición legislativa cumpliera también con el tercero de los elementos: su carácter provisional.

Así, finalmente, para resolver nuestro caso concreto y poder aclararle a la Sra. García sus dudas, hemos de concluir que no se podrían suspender las clases de su hija a través del instrumento normativo del decreto-ley en tanto que, aun cumpliendo el condicionante del presupuesto habilitante (esto es, la “extraordinaria y urgente necesidad”) y teniendo un carácter provisional, nos encontramos ante una de las materias excluidas de regulación por decreto-ley *ex* artículo 86.1 CE. En este contexto podría ser de interés valorar una hipotética aplicación de las previsiones del artículo 116 CE, así como de su norma de desarrollo, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, particularmente lo dispuesto en su artículo 4.c), si bien en el supuesto planteado el virus solamente afecta a menores de 12 años y no implica una paralización de la vida pública que suponga una situación peligrosa para el sistema constitucional ni para el orden público.

Decreto Legislativo

Magdalena González Jiménez

Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

El artículo 3.d) de la Ley 24/2024, de 1 de febrero, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar textos refundidos en virtud de lo establecido en el artículo 82 y siguientes de la Constitución española, autoriza al Gobierno para aprobar, en el plazo de doce meses a partir de su entrada en vigor (3 de febrero), un texto refundido en el que se integren, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, todas las normas con rango de ley, y carácter de legislación básica, que configuran las bases del régimen estatutario de los empleados públicos.

El Gobierno materializó ese mandato de refundición mediante la aprobación del correspondiente Real Decreto Legislativo, publicado en el BOE el 7 de enero de 2025 y con entrada en vigor, con carácter general, al día siguiente.

En un análisis detenido del mismo, se observa, en primer lugar, que en el artículo 37, entre las materias objeto de negociación colectiva, se omite toda referencia previa a los criterios generales de acción social.

Y, sin embargo, se incluye en el artículo 89.1 d) el derecho de las funcionarias de carrera para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a solicitar excedencia no sólo por violencia de género, sino también por “violencia sexual”, con entrada en vigor, en este caso, diferida al 1 de marzo de 2025. Una regulación legal que, afectando indiscutiblemente al ámbito material en cuestión, no estaba todavía aprobada cuando el Gobierno recibió la autorización de las Cortes Generales, al introducirse por la disposición final décima de la Ley 2/2024, de 1 de agosto. Con la particularidad, además, de que cuando el Gobierno finalmente

materializó ese mandato de refundición mediante la aprobación del Real Decreto Legislativo, la norma tampoco estaba propiamente vigente, pues se había establecido respecto de la misma una dilatada *vacatio legis* hasta el 1 de marzo de 2025.

A la vista de lo anterior, responda fundadamente a las siguientes cuestiones: ¿Con qué tipo de ley se corresponde la ley de delegación? ¿Se han respetado los límites de la delegación legislativa? ¿A quién correspondería el control jurisdiccional de un eventual exceso en la delegación legislativa?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso práctico busca dar respuesta a si existió o no extralimitación del Gobierno, al incorporar o dejar de incorporar determinado articulado con ocasión de la autorización por las Cortes Generales, en el artículo 3.d) de la Ley 24/2024, de 1 de febrero, para aprobar, en el plazo de doce meses a partir de su entrada en vigor, un texto refundido en el que se integren, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, todas las normas con rango de ley, y carácter de legislación básica, que configuran las bases del régimen estatutario de los empleados públicos. Y cómo se articularía, en su caso, su control jurisdiccional.

B. Problemas constitucionales

Se plantean como problemas constitucionales los límites de los textos refundidos con respecto a la ley de delegación y las posibilidades de control jurisdiccional en caso de extralimitación.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 82 a 85, 161.1.a) y 163 de la Constitución española

Artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

Artículo 27.2.b) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

Artículo 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Jurisprudencia

Sentencia 51/1982, de 19 de julio, del Tribunal Constitucional

Auto 69/1983, de 17 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 47/1984, de 4 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 13/1992, de 6 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 51/2004, de 5 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 166/2007, de 4 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia de 28 de marzo de 2012, del Tribunal Supremo, Sala 3, Sección 6 (Rec. 387/2010)

Sentencia de 3 de octubre de 1997, del Tribunal Supremo, Sala 3, Sección 2 (Rec. 923/1993)

D. Solución

El artículo 82.2 de la Constitución establece que la delegación legislativa deberá otorgarse “por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales un uno solo”.

Y el apartado 5 del mismo artículo, que la delegación legislativa para refundir puede adoptar dos formas diferentes con dos objetivos también diversos: la mera formulación de un texto único y la formulación de un texto único incluyendo la regularización, aclaración y armonización de los textos refundidos. Esta segunda modalidad supone una ampliación de la potestad delegada en el Gobierno, pues ya no estaríamos ante la mera sistematización de diversos textos legales, en los que solo se depuran errores e incorrecciones o repeticiones innecesarias, sino que se permitirá la explicitación de normas adicionales y complementarias a las que son objeto de la refundición siempre que sea preciso para colmar lagunas y eliminar discordancias o antinomias que pudieran detectarse en la regulación precedente, al objeto de alcanzar un texto coherente y sistemático (SSTC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 16 y 166/2007, de 4 de julio, FJ 8). Esta última ha sido, con diferencia, la modalidad más habitual empleada, como en nuestro caso práctico.

Con respecto al mencionado artículo 37 del Real Decreto Legislativo, no se han respetado los límites de la delegación legislativa, pues el Gobierno no estaba autorizado para suprimir ni derogar el régimen jurídico vigente hasta entonces. Como señala el FJ 3 de la STS, Sala 3, Sección 2, de 3 de octubre de 1997 (Rec. 923/1993), estamos ante un texto refundido “que por su propia naturaleza se redacta en virtud de una autorización legal que permite sólo regularizar, aclarar y armonizar los diferentes textos legales que se refunden,

pero no hacer innovación alguna, ya sea en más, creando una norma nueva, es decir legislando por su cuenta, ya sea en menos, es decir derogando algún precepto anterior”.

No existe extralimitación, sin embargo, por el añadido “violencia sexual” en el artículo 89.1 d). Podemos afirmar que la autorización de refundición de determinados cuerpos legales o materias no se limita, *salvo que se diga otra cosa en la Ley de delegación*, a aquellas normas que estén vigentes en el momento de autorizarse la delegación. Compartimos, así, las razones referidas en el FJ 8 de la STS, Sala 3, Sección 6, de 28 de marzo de 2012 (Rec. 387/2010): “En primer lugar, porque esta interpretación responde a la lógica de la legislación delegada en el caso de los textos refundidos (...), reunir en un único texto legal las previsiones contenidas en varios textos legales mediante la verificación de aquello que permanece en el ordenamiento jurídico, por el juego del principio derogatorio de la ley posterior o de los principios de relación entre leyes por razón de su especialidad o generalidad. (...) Ese objetivo unificador, que es nuclear en la refundición y que se justifica por razones de seguridad jurídica (...), debe iluminar la tarea del Ejecutivo y orientar su actividad técnica, operando como principio informador y criterio interpretativo”. Descendiendo ya a nuestro caso concreto, de no haberse incorporado el añadido referido, se hubiese contradicho abiertamente esa lógica, pues se hubiesen mantenido “incoherencias y sobre todo fragmentación normativa, precisamente aquello que se trata de evitar con el apoderamiento del Gobierno para refundir”.

En segundo lugar, porque dicha limitación no aparece recogida en la Constitución. En su artículo 82.3 se establecen las condiciones de toda delegación legislativa en favor del Gobierno: carácter expreso, plazo determinado, materia concreta y prohibición de subdelegación, sin referencia a la necesidad de vigencia de los textos a refundir en el momento de dictarse la delegación.

“Además, el plazo para refundir, en ocasiones muy dilatado, unido a la vigencia de la potestad del Gobierno durante todo el tiempo conferido por las Cortes abunda en la misma idea (...) y ampara la refundición de todas aquellas normas que pertenecen a aquellos cuerpos legales o materias cuya refundición se ha autorizado siempre que (...) estén positivizadas en el ordenamiento jurídico, cuando la potestad se ejerce y concreta con la aprobación del Decreto Legislativo. Ello es así porque en los textos refundidos, a diferencia de los textos articulados, el Gobierno no innova el ordenamiento jurídico, limitándose a ordenar y armonizar en un único texto legal aquello que las Cortes han aprobado o autorizado, (...) sin que pueda entenderse que caigan fuera de la autorización delegante las leyes que, perteneciendo a la materia y ámbito normativo determinado por la autorización, han introducido en ellos

alteraciones. Solución contraria a la indicada conduce además al absurdo, pues si la extensión de la potestad refundidora –lo que puede ser refundido– se agota al momento de la autorización –a lo vigente en ese momento– el Gobierno estaría obligado a incluir en el Texto Refundido que finalmente apruebe normas que pudieran haber sido derogadas con posterioridad, lo que no tiene ningún sentido (...).

Singular atención merece además en este caso una posible apreciación de *ultra vires* por falta de vigencia formal del añadido (“violencia sexual”) también en el momento de aprobarse la refundición. Siguiendo la argumentación del Tribunal Supremo en el FJ 9 de la misma sentencia: “Del artículo 2.1 del Código Civil se desprende que la vigencia de las normas, su eficacia, se hace depender del transcurso del plazo de *vacatio legis* (“las leyes entrarán en vigor a los veinte días de completa publicación...”) no de su publicación. Sin embargo, este mandato relativo a la vigencia de la norma, a la plena aplicación de lo ordenado por ella, no significa que con anterioridad la norma no exista o que no sea válida e integrada en el ordenamiento jurídico en momentos anteriores a su entrada en vigor. (...)”. “Así, en el momento de la refundición la norma existía, gozaba de positividad y validez y estaba incorporada plenamente a nuestro ordenamiento jurídico, perteneciendo a uno de los cuerpos legislativos (...) que el legislador había autorizado refundir al Gobierno, de suerte que la obligación de éste era incorporarla en esos mismos términos de validez con eficacia demorada al Texto Refundido, como así hizo”, por lo que no cabe apreciar exceso de delegación.

Por su parte, el artículo 82.6 de la Constitución establece que “sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control”. El precepto permite, pues, dos tipos de control, el jurisdiccional y el parlamentario.

Respecto al *control jurisdiccional*, ninguna duda hay sobre la competencia del Tribunal Constitucional para controlar la constitucionalidad de un decreto legislativo. Como norma, en principio, con rango legal que es (artículo 82.1 de la Constitución), su validez puede ser impugnada ante el mismo [artículos 161.1.a) y 163 de la Constitución y 27.2.b) de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional], a través de un recurso de inconstitucionalidad o de una cuestión de inconstitucionalidad.

Pero la mención constitucional a “la competencia propia de los Tribunales” (en plural), suscitó el debate sobre el control que podrían ejercer los tribunales ordinarios. Según el Tribunal Constitucional, cuando, como en nuestro caso práctico, se advierta exceso en el ejercicio de la facultad delegada, es decir, que

el decreto legislativo sobrepasa los límites de la ley de delegación (defecto *ultra vires*), el órgano judicial, si no tiene dudas al respecto, podrá inaplicarlo o, si no estuviera tan convencido, elevar al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad (SSTC 51/1982, 47/1984, 51/2004 y 166/2007). Y ello porque, un decreto legislativo, si es correcto, tiene fuerza de ley, pero cuando la delegación se exceda en todo o parte, se tratará, en todo o parte, de un decreto sin más, con valor reglamentario. Y las normas reglamentarias sí que pueden ser enjuiciadas directamente por los tribunales ordinarios. Así, en cumplimiento del artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre la inaplicación de los reglamentos ilegales, cualquier juez o tribunal, de cualquier orden jurisdiccional, puede y debe dejar de aplicar al caso las normas de un decreto legislativo que estime contrarias a la facultad delegada (*ultra vires*).

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre los decretos legislativos *ultra vires* ha sido incorporada, también, a la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción-Contencioso Administrativo, cuyo artículo 1.1 reconoce la competencia de los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con los decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación, pudiendo anular, con eficacia *erga omnes*, las normas de un decreto legislativo que consideren extralimitadas con respecto a la correspondiente ley de delegación.

E. Bibliografía

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio (2020): “El Decreto Legislativo en la encrucijada”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 34.
- DÍEZ PICAZO, Luis María (2023): *Ordenamiento constitucional español*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- LÓPEZ ULLA, Juan Manuel (2018): “Artículos 82 a 85”, en PÉREZ TREMPES, Pablo y SAIZ ARNAIZ, Alejandro (dirs.), *Comentario a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- VÍRGALA FORURIA, Eduardo (2018): “La delegación legislativa. Los Decretos Legislativos”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel y CASAS BAAMONDE, María Emilia (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XL Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid.

Interpretación constitucional

Mar Sánchez Montell

Investigadora predoctoral – FPU

Universitat de València

I. PLANTEAMIENTO

El Parlamento, con mayoría del Partido por el futuro inclusivo y el cambio (PAFIC), modifica en el año 2024 el Código Civil (CC) a través de la Ley 19/2024, de 2 de noviembre, en materia de derecho a contraer matrimonio, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 22 de noviembre de 2024. La ley consta de un artículo único con varios apartados. La modificación principal determina que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”, y afecta a otros preceptos del CC, fundamentalmente desde el punto de vista terminológico.

Posteriormente, cincuenta diputados del Partido por la familia y la tradición (PAFAT) interponen un recurso de inconstitucionalidad por considerar que esa previsión normativa resultaría contraria al artículo 32 de la Constitución española (CE), que dispone que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

Se plantea entonces la necesidad de analizar el contenido y alcance de la norma parámetro de control (esto es, del artículo 32 CE) para verificar si la norma objeto de control (es decir, la Ley 19/2024) se ajusta a los mismos. Para ello, deberá interpretarse la institución matrimonial contenida en la Constitución, debiendo determinar el Tribunal Constitucional si la modificación introducida resulta contraria o no a la garantía institucional del matrimonio incorporada en la norma suprema.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso práctico busca poner de manifiesto la importancia de la interpretación en la resolución de problemas jurídicos, y más concretamente en el Derecho Constitucional, debido a las particularidades que presenta una constitución respecto de otro tipo de normas jurídicas.

Así pues, se plantean dudas sobre la constitucionalidad de una norma con rango de ley. En el presente supuesto, para determinar si la Ley 19/2024, que introduce modificaciones en el CC, se ajusta efectivamente a las previsiones constitucionales, debe realizarse un proceso de interpretación de la institución del matrimonio, analizando su significado y su dimensión. Una vez establecidos el contenido y alcance del instituto, debe compararse con la previsión normativa al efecto de pronunciarse sobre su constitucionalidad.

B. Problemas constitucionales

Como problemas constitucionales surgen la dificultad de resolver cómo se entiende un precepto de la Constitución y la necesidad de establecer pautas para que los órganos de control de constitucionalidad (en este caso, el TC) puedan realizar su tarea hermenéutica.

C. Fuentes

Normativa

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio

Jurisprudencia

Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, del Tribunal Constitucional
Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, del Tribunal Constitucional

D. Solución

1. Sobre la importancia de la interpretación constitucional

Es innegable que una constitución, como cualquier otro texto, puede ser objeto de interpretación. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que existen determinadas particularidades en la norma constitucional que no se dan

(o, al menos, no con la misma frecuencia e intensidad) en el resto de los preceptos jurídicos.

Nos estamos refiriendo, principalmente, a las cuestiones lingüística (presencia de formulaciones abiertas, con conceptos abstractos e indeterminados); normativa (con un contenido que expresa una gran cantidad de valores y principios frente a las reglas) y jerárquica (en relación con el lugar preeminente que ocupa una constitución en el sistema, no existiendo además normas superiores a las que acogernos para poder derivar una posible interpretación).

2. Sobre los criterios interpretativos

Desde que Savigny formulase una serie de criterios interpretativos por primera vez, éstos han sido asumidos y empleados por los órganos encargados de interpretar las constituciones. De forma sintética, podemos enunciar los siguientes:

— Interpretación de acuerdo con el tenor literal, también conocida como gramatical. Debe ser el primer criterio a tener en cuenta y consiste en conocer el sentido propio de las palabras que componen un determinado precepto.

— Interpretación sistemática, que atiende al lugar que ocupa una disposición en el sistema donde se inserta. Podemos decir que tendría una doble consideración, en sentido interno (dentro del propio texto constitucional y del ordenamiento jurídico español, siguiendo un principio de unidad y coherencia) y externo (en relación con el derecho supranacional e internacional).

— Interpretación histórica, en relación con los antecedentes de la norma, que no puede separarse fácilmente de una particular faceta de la historia ni de los sucesos singulares que en un determinado lugar han ido aconteciendo y que son determinantes en la redacción de preceptos normativos.

— Interpretación conforme al objetivo o fin que se perseguía con la creación de una norma, también denominada teleológica, que se basa en la finalidad o espíritu de una disposición normativa.

Asimismo, resulta necesario realizar aquí una advertencia sobre la insuficiencia de estos clásicos métodos interpretativos. En este sentido, surgen otras corrientes de interpretación constitucional que se utilizan por los intérpretes cuando deben aclarar el sentido de una previsión del texto.

— Interpretación evolutiva, dinámica o *living constitution*, que entiende la constitución como un árbol vivo, sobre la idea que la norma debe ir adaptándose a la realidad que regula, sin que exista una interpretación fija, sino a la luz de las circunstancias y de la vida cultural, política o económica de una

determinada sociedad. Se podría incluir aquí la conocida como interpretación sociológica, por la relevancia del contexto social a la hora de interpretar una norma.

— Interpretación originalista o auténtica, que se basa en la importancia del texto constitucional en la tarea hermenéutica, de manera que se sustenta siempre en el respeto al significado del texto (y en ese sentido se podría enmarcar en las corrientes textualistas) o en las intenciones del constituyente.

Finalmente, debemos señalar que la CE no contiene entre su articulado ninguna referencia a los criterios interpretativos, sino que en el ordenamiento español podría atenderse a lo dispuesto en una norma infraconstitucional, concretamente el artículo 3.1 del CC (“las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”).

3. Aplicación de la interpretación al caso concreto

El artículo 32.1 CE determina que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, estableciendo en el apartado segundo del mismo artículo 32, que será el legislador a través de la ley quien regule “las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

El matrimonio, en la jurisprudencia constitucional, se ha configurado en un doble sentido: como garantía institucional y, simultáneamente, como derecho constitucional (STC 184/1990, de 15 de noviembre; FJ3). Así, se debe dar respuesta a si la Ley supone un menoscabo en la garantía institucional del matrimonio y, por otro lado, si la introducción de la modificación del CC tiene implicaciones que no estarían amparadas por la CE sobre el ejercicio del derecho al matrimonio.

Respecto de la primera cuestión planteada, la duda de constitucionalidad supondría resolver si la regulación de la Ley 19/2024, que modifica el CC, hace del matrimonio una institución irreconocible y desnaturalizada, o si por el contrario el legislador está actuando dentro del margen constitucionalmente permitido.

La normativa sobre el matrimonio en el presente supuesto permite que parejas del mismo sexo accedan a esta figura jurídica. Esta vía, además, equipara totalmente las uniones matrimoniales de personas homosexuales y heterosexuales. Por lo tanto, es evidente que la regulación jurídica del matrimonio

ha experimentado cambios tanto antes como después de esta reforma, siendo tarea del TC evaluar si dicha transformación vulnera o no la garantía institucional del matrimonio.

Basándonos en una interpretación literal, parece que la referencia expresa al “hombre y la mujer” permitiría deducir una limitación constitucional al matrimonio entre parejas homosexuales. No obstante, de una interpretación estricta del texto solo se deriva la identificación de los titulares del derecho a contraer matrimonio. En ese sentido, quedarse en el plano de la literalidad no terminaría de resolver la cuestión.

Según se desprendería de una interpretación sistemática en sentido interno, teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico español en su conjunto y especialmente la jurisdicción civil, el matrimonio formado por personas del mismo sexo no desdibuja la institución matrimonial contenida en la Constitución. Por ejemplo, no se alteraría el régimen económico matrimonial, ni el derecho sucesorio, ni el régimen tributario o de Seguridad Social, ni otro tipo de aspectos derivados del matrimonio. Asimismo, dentro del propio texto constitucional se integra el artículo 9.2, sobre promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de individuos sea real y efectiva; la garantía de la dignidad personal incluida en el artículo 10 CE; así como la cláusula de igualdad del artículo 14 CE, en línea con la discriminación que podría suponer un precepto por razón de la orientación sexual de una persona.

Si hablamos de una interpretación sistemática externa, debemos referirnos ineludiblemente a la regla hermenéutica contenida en el artículo 10.2 CE (“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”). Sin embargo, cabe recordar que el derecho al matrimonio es un derecho constitucional, pero no se considera fundamental, por lo que esta interpretación conforme no aplicaría tan directamente.

En todo caso, si acudimos al derecho comparado, podemos observar que la equiparación del matrimonio entre parejas homosexuales y heterosexuales se ha ido consolidando en distintos ordenamientos jurídicos, aunque el instrumento escogido para hacer efectiva esta igualdad de derechos no haya sido siempre idéntica entre países (podría darse, por ejemplo, a través de una ley; de la jurisprudencia; o con la introducción de una reforma del texto constitucional que incorporase expresamente el derecho al matrimonio de las personas homosexuales).

Analizando los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se puede extraer que no hay un consenso europeo sobre la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo, y que correspondería entonces a cada Estado la posibilidad de regular (o no) el matrimonio homosexual, sin que el artículo 12 CEDH establezca un particular estatuto matrimonial. En el seno de la Unión Europea, nada aclara tampoco el contenido del artículo 9 CDFUE.

Siguiendo una interpretación originalista, y tomando en consideración el momento de desarrollo de los debates constituyentes, se desprende que cuando se redacta el artículo 32 CE en 1978 el matrimonio se entendía de forma mayoritaria en la sociedad entre personas de distinto sexo. Así, realmente el constituyente estaba preocupado por cuestiones como la separación matrimonio-familia, la igualdad entre los cónyuges y la constitucionalización de las separaciones y disoluciones matrimoniales. Es decir, el problema no era la constitucionalización o no de los matrimonios homosexuales, aunque parece evidente que no suponía la voluntad de extenderles el ejercicio del derecho a las uniones del mismo sexo.

Una interpretación evolutiva, construida sobre una determinada cultura jurídica que bebe de una realidad social relevante, contribuiría a incorporar la aceptación del matrimonio homosexual al plano jurídico-constitucional. En ese sentido, se entiende que la norma fundamental debe dar respuesta a los fenómenos sociales contemporáneos. Por ello, la institución del matrimonio seguiría siendo perfectamente reconocible por nuestra sociedad si los cónyuges son del mismo sexo, ya que esa posibilidad se encuentra integrada en nuestra cultura jurídica y existe una aceptación social del matrimonio entre personas homosexuales.

El recurso de inconstitucionalidad

Yolanda López Nieto

Profesora Universitaria en Formación (FPU 22/02062) en

Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

El Parlamento de la Comunidad de Madrid publicó una Ley autonómica en la que se contenía un precepto, el artículo 4, que prohibía a los alumnos acudir a clase portando cualquier símbolo religioso, especificando que las alumnas no podían ir a los centros de enseñanza portando el *hiyab* o el burka. Esta norma fue aprobada el día 2 de octubre de 2016 y publicada al día siguiente en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (BOCM).

La Ley fue objeto de cinco recursos de inconstitucionalidad:

- En primer lugar, 30 senadores del Grupo Parlamentario Socialista presentaron un recurso el día 6 de octubre de 2016, a pesar de que la Ley todavía no había entrado en vigor pues establecía una *vacatio legis* de seis meses, bajo el argumento de que ese precepto infringía el derecho fundamental a la libertad religiosa contenido en el artículo 16 de la Constitución Española (CE).
- En segundo lugar, el Gobierno autonómico de Castilla-La Mancha presentó un recurso de inconstitucionalidad el día 11 de enero de 2017 bajo el mismo argumento que los senadores socialistas.
- En tercer lugar, el Gobierno central interpuso el recurso al día siguiente de su publicación argumentando, además, que infringía la competencia del Estado en materia de educación. Por tanto, solicitó al Tribunal Constitucional que suspendiera la aplicación de la Ley.

- En cuarto lugar, la Unión de Comunidades Islámicas de España presentó otro recurso ante el TC, el mismo día que el Gobierno central, alegando de igual manera la vulneración del artículo 16 CE.
- Y, por último, el Defensor del Pueblo presentó el suyo propio el 2 de noviembre de 2016, bajo el argumento también de la vulneración al derecho del artículo 16 CE.

¿Son todos los recursos válidos? ¿Qué ocurriría con los efectos suspensivos que solicita el Gobierno?

En caso de que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional el precepto autonómico, ¿qué efectos tiene la sentencia?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En este caso se nos presenta una Ley autonómica contra la que se han presentado cinco recursos de inconstitucionalidad diferentes alegando la vulneración del artículo 16 CE en cuanto protege la libertad religiosa, y, además, que la Ley afecta al ámbito de las competencias del Estado en materia de educación. Estos recursos de inconstitucionalidad son presentados por 30 senadores socialistas el 6 de octubre de 2016; por el Gobierno autonómico castellanomanchego el 11 de enero de 2017; por el Gobierno central el 3 de octubre de 2016; la Unión de Comunidades Islámicas de España también el 3 de octubre; y, por último, el Defensor del Pueblo el 2 de noviembre de 2016.

B. Problemas constitucionales

El problema que encontramos en este supuesto es la validez de los recursos de inconstitucionalidad antes expuestos, pues han sido interpuestos por diferentes sujetos y en distintos días. Además, se nos plantea una cuestión acerca de los efectos suspensivos del recurso planteado por el Gobierno central y otra sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional (TC).

C. Fuentes

Normativa

Artículos 159 a 165 de la Constitución española

Artículos 31 a 34 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC)

Jurisprudencia

Sentencia 45/1989, de 20 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 95/1998, de 1 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 138/2005, de 26 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 14/2019, de 31 de enero, del Tribunal Constitucional

D. Solución

Debemos partir de que la finalidad del recurso de inconstitucionalidad es, en definitiva, la expulsión del ordenamiento jurídico de aquellas normas que resulten contrarias a la Constitución. Para ello, a través de este recurso no se pretende satisfacer una pretensión subjetiva, sino que se realiza un control en abstracto de la norma enjuiciada y si resulta compatible o no con el texto constitucional.

Bien, comenzando por la primera de las cuestiones, pasaremos a analizar los sujetos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad. Siguiendo el artículo 162.1 CE y el artículo 32.1 LOTC los legitimados son: el presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados y 50 Senadores, así como los órganos colegiados ejecutivos autonómicos o las Asambleas autonómicas, previo acuerdo de las mismas. Consecuentemente, bajo la luz de estos preceptos, el recurso interpuesto por los 30 senadores socialistas ya no es válido, puesto que el texto constitucional y la LOTC requieren un mínimo de 50 senadores. Ni tampoco sería válido el recurso de la Unión de Comunidades Islámicas de España, ya que no se reconoce legitimación a grupos sociales. Sí son válidos, en principio, los interpuestos por el Gobierno central, el Gobierno castellanomanchego y el Defensor del Pueblo. Cabe añadir que precisamente se prevé la vía del Defensor del Pueblo para aquellos grupos sociales o políticos que no tengan acceso al TC para presentar recurso de inconstitucionalidad, como ocurre con la Unión de Comunidades Islámicas de España.

En lo que se refiere a los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas, como se ha dicho, aparecen reconocidos como sujetos legitimados en el artículo 162.1 CE. Sin embargo, el artículo 32.2 LOTC limita esta competencia “contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía”. Por tanto, un

Gobierno autonómico no puede presentar un recurso contra la Ley de otra comunidad autónoma, como ocurre en este caso, toda vez que no tiene fuerza de Ley del Estado. Consecuentemente, este recurso tampoco resulta válido.

Una vez estudiados los sujetos legitimados, para continuar con el análisis de la validez de los recursos de inconstitucionalidad planteados debemos acudir al procedimiento establecido para ello. Comenzando por el plazo de interposición, este es de tres meses desde la publicación oficial de la norma, siguiendo el artículo 33.1 LOTC. Para las normas autonómicas, como ocurre en este caso, se cuenta el plazo desde la publicación en el boletín correspondiente a cada comunidad autónoma, aunque luego se publique en el BOE (STC 14/2019, de 31 de enero, FJ2). Consecuentemente, aunque el recurso interpuesto por el Gobierno castellanomanchego hubiera sido un sujeto legitimado para interponer el recurso, se encuentra igualmente fuera de plazo puesto que han pasado más de tres meses desde la publicación de la norma. Todos los demás han sido presentados dentro de plazo, a pesar de que la norma no haya entrado en vigor, pues el plazo se cuenta a partir de la publicación y no de la entrada en vigor como se desprende del precepto antes mencionado.

Por tanto, resultan válidos los recursos de inconstitucionalidad del Gobierno central y del Defensor del Pueblo. Cabe añadir que como el Gobierno plantea también un conflicto de competencias, el plazo inicial de tres meses que se acaba de explicar puede ampliarse a nueve meses, siguiendo el artículo 33.2 LOTC, si se constituye una Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y, en este caso, la Comunidad de Madrid para adoptar un acuerdo sobre la iniciación de negociaciones para poder resolver las discrepancias sin necesidad de presentar el recurso de inconstitucionalidad. Este acuerdo debe presentarse ante el TC antes de los tres meses siguientes a la publicación de la norma, plazo inicial de interposición del recurso, para que se pueda proceder a la ampliación del plazo. Esta vía se constituye para favorecer la resolución del conflicto evitando la interposición de un recurso.

Siguiendo con el recurso interpuesto por el Gobierno, se nos plantean los efectos suspensivos del precepto impugnado. Como regla general, presentar un recurso de inconstitucionalidad no supone la suspensión de efectos de la norma. Sin embargo, cuando el sujeto que presenta el recurso es el Gobierno central cuenta con un privilegio procesal proveniente del artículo 161.2 CE si la norma impugnada es autonómica, y es que entonces sí puede solicitar que se suspendan los efectos. Ante esto, en un máximo de 5 meses el TC debe ratificar o levantar dicha suspensión.

Bien, una vez admitidos a trámite los recursos y dar traslado al Congreso, Senado, Gobierno y, en este caso, también a la Asamblea Legislativa y al Ejecutivo autonómico correspondiente, el TC decidirá sobre la constitucionalidad o no del precepto impugnado en la Sentencia. Por tanto, llegamos a la última de las cuestiones planteadas acerca de los efectos de las sentencias del TC, concretamente los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad. Para ello, debemos acudir al artículo 164 CE y los artículos 38 y siguientes de la LOTC.

En primer lugar, los artículos 164 CE y 38.1 LOTC exigen la publicación de las sentencias en el BOE, incluidos los votos particulares en su caso. En segundo lugar, el efecto de cosa juzgada, consagrado en los mismos preceptos, implica que no se puede interponer recurso contra la sentencia emitida por el TC –cosa juzgada formal–, los jueces deben resolver las cuestiones similares respetando la decisión adoptada por él –cosa juzgada material de efecto positivo–, así como no puede volver a abrirse un nuevo procedimiento sobre el mismo asunto –cosa juzgada material de efecto negativo–.

En segundo lugar, las sentencias tienen efecto *erga omnes*, lo que implica que, salvo aquellas sentencias que reconocen derechos subjetivos, tienen efectos frente a todos, particulares y poderes públicos, no solamente frente a las partes que han intervenido en el proceso. Esto se produce independientemente de si es estimatoria o desestimatoria de la constitucionalidad de la norma enjuiciada. Ahora bien, cuando se establece la inconstitucionalidad de la norma debemos atender al artículo 39.1 LOTC, que expone que se declara la nulidad de los preceptos impugnados y, en su caso, también la de los preceptos de la misma norma que deban extenderse por conexión o consecuencia. Esta nulidad tiene efectos *ex tunc*, esto es, los efectos se despliegan hacia atrás, la norma no solo sale fuera del ordenamiento, sino que se considera que nunca ha formado parte de él. La propia LOTC pone límites a este efecto, pues en su artículo 40 establece que esto no implica que se puedan revisar procedimientos en los que se haya aplicado la norma inconstitucional y ya haya recaído una sentencia con fuerza de cosa juzgada, salvo que haya originado una sanción penal o administrativa que sería menor o que no se hubiese aplicado tras la nulidad de la norma. Este efecto se ha ido modulando con la casuística, pues podemos encontrar sentencias en las que hay declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad (STC 138/2005, de 26 de mayo), limitación temporal de la declaración de inconstitucionalidad (STC 45/1989, de 20 de febrero) o, entre otras, sentencias que a pesar de declarar la inconstitucionalidad de la norma la mantiene vigente hasta que se dicte otra norma que la reemplace (STC 95/1998, de 1 de octubre).

Por último, en la línea de lo ya explicado, se establece la vinculación de la decisión a todos los poderes públicos (artículo 38.1 LOTC), que atañe especialmente a los tribunales ordinarios, tanto del fallo como de la fundamentación expuesta por el TC.

Así, en conclusión, atendiendo a los sujetos legitimados y a los requisitos de interposición del recurso de inconstitucionalidad, los únicos recursos válidos serían los interpuestos por el Gobierno central y el Defensor del Pueblo. Además, si el TC en el caso que nos ocupa declara la inconstitucionalidad del artículo 4 de la Ley autonómica, esta declaración tendría, tras la publicación en el BOE de la sentencia, efectos de cosa juzgada, efectos *erga omnes* y vinculación de los poderes públicos. Además, se anularía el precepto con efectos *ex tunc* con las particularidades explicadas.

La cuestión de inconstitucionalidad

Aspectos procesales

Gabriel Caro Herrero

Personal contratado posdoctoral en Derecho Procesal

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO¹

Mediante escrito registrado en el tribunal el 7 de octubre de 2020, el letrado de la administración de justicia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera remitió testimonio del auto de 28 de septiembre de 2020, por el que el referido juzgado planteó cuestión de inconstitucionalidad en relación con el inciso primero del artículo 92.7 del Código Civil (en adelante, CC).

Previamente, el 11 de marzo de 2019 doña María había presentado una demanda de divorcio contra don José, que fue turnada al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Jerez de la Frontera (divorcio contencioso 531-2019), en la que se solicitaba la custodia exclusiva de los dos hijos menores del matrimonio y, subsidiariamente, la custodia compartida.

En su contestación de la demanda el señor José solicitó la custodia compartida.

Por auto de 24 de septiembre de 2019, el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Jerez de la Frontera, tras apreciar la existencia de indicios de varios delitos –de maltrato (artículo 153.1 del Código penal, en adelante, CP), amenazas (artículo 169.2 CP), acoso (artículo 172 ter CP) y contra la libertad sexual (artículo 179 CP), así como una situación objetiva de riesgo– dictó una orden de protección a favor de la señora María, acordando como medidas cautelares penales la prohibición de aproximación del señor José, y la de comunicarse con ella por

1 Este supuesto de hecho viene recogido en la Sentencia 98/2022, de 12 de julio, del Tribunal Constitucional.

cualquier medio. También se atribuyó la custodia de los hijos menores a la madre y se estableció el régimen de visitas del padre, con entregas y recogidas a través del punto de encuentro familiar. De la lectura del auto se deduce que a doña María también se le atribuyó la condición de investigada.

En el acto de la vista del juicio de divorcio ambas partes manifestaron que, en relación con las medidas a adoptar respecto de sus hijos menores, habían llegado al acuerdo de solicitar la guardia compartida por periodos semanales. El Ministerio Fiscal informó desfavorablemente al considerar que, en un caso como este, el artículo 92.7 CC impedía el ejercicio conjunto de la custodia.

Por providencia de 15 de julio de 2020, el órgano judicial acordó dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de plantear una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 92.7 CC.

En esta providencia el juzgado puso de manifiesto a las partes que el referido precepto podía resultar contrario a los artículos 10.1, 18.1, 39.1, 39.2 y 39.4 CE, todos ellos en relación con el artículo 10.2 de la Constitución española (en adelante, CE).

Por auto de 28 de septiembre de 2020, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez de la Frontera acordó plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso primero del artículo 92.7 CC, al considerar que podía lesionar los artículos 39.2 y 4 CE por vulnerar el principio que exige actuar atendiendo al interés superior del menor; el principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE); el derecho a la vida familiar (artículos 10.1 y 39.1 CE), y el derecho a la vida privada (artículo 10.1 CE en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: CEDH).

En el auto de planteamiento, apartado 11 del fundamento de Derecho primero, se indica que “Las medidas de protección acordadas por auto de 24 de septiembre de 2019 siguen vigentes”.

El órgano judicial que plantea la cuestión sostiene que los antecedentes parlamentarios de esta norma no permiten interpretarla en el sentido de considerarla inaplicable cuando se estime que el interés superior del menor exige que la custodia se ejerza de forma conjunta. El inciso cuestionado establece una prohibición taxativa, que no permite excepciones ni matizaciones. Por todo ello, defiende que “si es el legislador quien ha determinado con carácter general cuál es el interés de los menores ante un supuesto de hecho definido en la ley, no puede el juez prescindir de aquella determinación legal incluso en el caso de que se considere que la ponderación efectuada por el legislador

le impide resolver del modo más favorable al menor directamente concernido en ese asunto” y por esta razón considera que no puede inaplicar este precepto aunque considere que en el caso que está enjuiciado la custodia compartida pueda ser mejor para el menor.

El juzgado que plantea la cuestión considera que el inciso primero del artículo 92.7 CC es inconstitucional porque vulnera el principio de protección del interés superior del menor que consagra el artículo 39 CE en sus apartados, 1, 2 y 4, y supone una injerencia desproporcionada en la vida familiar, que es contraria al artículo 10.1 CE en relación con el artículo 8 CEDH; en la vida privada, que infringe el principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE) y artículo 8 CEDH y en el derecho a la intimidad personal y familiar. Junto a ello se invoca el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño que dispone que “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” y el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que recoge este mismo principio. Se cita jurisprudencia del TEDH de la que el órgano deduce que el artículo 8 CEDH preserva las relaciones entre los progenitores y los hijos con la mayor amplitud posible, por lo que solo pueden ser limitadas cuando lo aconseje el interés superior del menor en atención a las circunstancias concurrentes.

El órgano judicial que plantea la cuestión analiza a continuación si las limitaciones que impone el artículo 92.7 CC de manera automática al principio de protección del menor que se deriva del artículo 39.2 y 4 CE; al principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE); a la protección de la familia que garantiza el artículo 39.1 CE, en relación con el derecho a la vida familiar y privada (artículo 8 CEDH) persiguen una finalidad legítima y si son razonables y proporcionadas. De este modo, el artículo 92.7 CC, al no establecer ninguna excepción a la prohibición de la guardia conjunta en los casos de violencia familiar, podría no estar atendiendo al interés superior del menor, pues, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, pudiera ser que el interés superior del menor exigiera otorgar la guardia conjunta a los progenitores, que es, a su entender, lo que ocurre en el caso del que trae causa la presente cuestión.

Con los datos indicados en el supuesto de hecho se pide una disertación, como un breve informe, sobre los siguientes parámetros procesales y constitucionales:

- Determinar si hubiera resultado obligatorio para el juzgado de primera instancia plantear la cuestión de inconstitucionalidad si lo hubiera solicitado alguna de las partes personadas.
- Averiguar si hubiera sido posible, una vez planteada la cuestión de inconstitucionalidad, que el proceso civil hubiera continuado paralelamente hasta alcanzarse sentencia firme, discurriendo en las sucesivas instancias si hubiera sido necesario, aunque el Tribunal Constitucional no hubiera resuelto.
- Analizar si la cuestión de inconstitucionalidad se encuentra correctamente planteada por el juzgado de primera instancia y si, el Tribunal Constitucional, debió admitirla a trámite.
- En el caso de que la cuestión hubiera sido admitida a trámite, y el Tribunal Constitucional hubiera estimado que la redacción del artículo 97.2 CC fuera inconstitucional, determinar si el resto de los procesos civiles de familia sustanciados en España se habrían visto afectados por la declaración de inconstitucionalidad del artículo 97.2 CC, toda vez que hubiera resultado necesario aplicarlo para resolver el fondo.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En el presente supuesto práctico, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Jerez planteó cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 92.7 del Código Civil, que prohíbe automáticamente la custodia compartida en casos de violencia familiar. Argumenta que esta prohibición vulnera el interés superior del menor (art. 39 CE), el libre desarrollo de la personalidad y la vida privada y familiar (art. 10.1 CE y art. 8 CEDH). Además, considera que al no permitir excepciones ni valorar las circunstancias concretas, el precepto puede resultar desproporcionado, impidiendo adoptar decisiones que favorezcan al menor.

B. Problemas constitucionales

Los problemas jurídico-constitucionales del caso giran en torno a la obligatoriedad del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por parte del juzgado si las partes lo solicitan, según el artículo 35.2 LOTC. También aparece el posible efecto suspensivo de ese planteamiento, en tanto se discute

si el proceso civil puede continuar hasta sentencia firme mientras el Tribunal Constitucional resuelve. Además, se ha de analizar si la cuestión fue correctamente planteada, considerando la suficiencia argumentativa y los requisitos del artículo 35.1 LOTC, así como el impacto general de una eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo 92.7 CC en procesos civiles similares.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 161 y 164 de la Constitución española

Artículos 35-41 de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional

Artículo 5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

Jurisprudencia

Sentencia 98/2022, de 12 de julio, del Tribunal Constitucional (principal)

Sentencia 140/2024, de 6 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 126/2022, de 11 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 83/2015, de 30 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 1/2016, de 18 de enero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 77/2018, de 5 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 44/2019, de 27 de marzo, del Tribunal Constitucional

D. Solución

Antes de dar respuesta a las cuestiones de fondo del caso práctico, hemos de tener en cuenta que una cuestión de inconstitucionalidad puede definirse como aquel mecanismo de naturaleza incidental que sirve para enjuiciar la constitucionalidad de una determinada norma, aplicable para la resolución del fondo de un litigio, a fin de garantizar la supremacía de la Constitución.

A diferencia de otros mecanismos de control de constitucionalidad, la cuestión es siempre promovida en el seno de un proceso judicial, de oficio o a instancia de parte, por Jueces y Tribunales, cuando consideren que una norma con rango de ley aplicable al proceso del que conocen y de cuya validez dependa la decisión que hayan de adoptar en el mismo pueda ser contraria a la Constitución. Según el artículo 5.3. LOPJ, además, procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad siempre y cuando por vía

interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

El órgano judicial ha de plantear la cuestión una vez concluso el proceso y dentro del plazo para dictar sentencia o la resolución judicial que proceda.

A partir de la anterior definición, podemos entrar a dar respuesta a la primera de las cuestiones que se someten a informe. Debemos remitirnos al artículo 35.1 LOTC, en que se dispone lo siguiente: “Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”. Del contenido del precepto, podemos extraer con facilidad que el Juez o Tribunal está obligado a plantear cuestión de constitucional cuando considere que esta es inconstitucional, es decir, cuando asume o estima que la norma es contraria al texto de la Carta Magna. La solicitud de las partes personadas a tal efecto no es vinculante.

Una vez planteada la cuestión de inconstitucionalidad, a través de auto, con la remisión de las actuaciones al Tribunal Constitucional, se genera un efecto suspensivo de las actuaciones (artículo 35.3 LOTC), de tal forma que el juzgado de primera instancia no podría dictar sentencia ni, por tanto, ser recurrida en sucesivas instancias. Esta suspensión se extiende hasta que el más alto tribunal se pronuncie sobre la cuestión de inconstitucionalidad. Hay que recordar que el artículo 35.2 LOTC es preciso al determinar que el Juez o Tribunal no debe resolver el fondo si considera que la norma de que se trate es inconstitucional, de ahí que se indique que el órgano sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese.

Sin embargo, esta cuestión de inconstitucionalidad adolece de un fallo que obliga a su inadmisión. La cuestión de inconstitucionalidad no puede utilizarse para que los órganos judiciales discutan, en abstracto, la adecuación al texto constitucional de aquellas normas que estimen oportuno, por la razón que sea. Sólo se puede proceder a enjuiciar la constitucionalidad de una norma a través de este mecanismo si es de aplicación imprescindible para la resolución del fondo del litigio.

Todo auto que eleve una cuestión de inconstitucionalidad debe contener lo que se conoce como un juicio de aplicabilidad de la norma para la resolución del litigio. Dicho planteamiento debe servir para revelar que no se pretende reclamar al Tribunal Constitucional que realice un juicio de constitucionalidad que vaya más allá de una norma necesaria para resolver el

proceso pendiente. El Tribunal Constitucional ha vetado que se pueda utilizar la cuestión de inconstitucionalidad para provocar un control abstracto de constitucionalidad de preceptos legales desligados de las circunstancias del caso concreto, (por todas, STC 83/2015, de 30 de abril, FJ 3).

El artículo 97.2 CC, para la resolución de este caso concreto, no resulta de esencial e inexcusable aplicación. El relato de los antecedentes de hecho revela que al momento justo anterior de dictar sentencia (es decir, al elevar la cuestión de inconstitucionalidad) subsisten medidas de protección penal (orden de protección en favor de la madre, doña María) a tenor del artículo 544 ter LECRIM y que impiden la comunicación y acercamiento entre progenitores, dos elementos necesarios para poder acordar la custodia compartida (entre otras muchas, SSTs 23/2017, de 17 de enero, FJ 8, y 729/2021, de 27 de octubre, FJ 7).

Con independencia del contenido del artículo 97.2 CC, y su criticado automatismo en el auto que elevó la cuestión, la guarda y custodia compartida no podría haberse acordado, por la existencia de medidas de protección vigentes. Por tanto, para este supuesto de hecho concreto, el artículo 97.2 CC no resulta relevante ni decisivo en su aplicación para la resolución del fondo del litigio. De hecho, el órgano judicial no incluye argumentación alguna en relación con la existencia y efectos de las referidas medidas cautelares de carácter penal.

Aunque para este supuesto la cuestión de inconstitucionalidad quedó inadmitida, si nos planteamos la hipótesis de que hubiera sido admitida y estimada, debemos valorar el posible alcance de sus efectos más allá de este litigio.

La sentencia estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad declarará tal circunstancia y también la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia (artículo 39.1 LOTC). Esta declaración supera el efecto meramente relativo, *inter partes*, para tomar un efecto general, *erga omnes*. Así pues, el artículo 38.1 LOTC dispone que las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el BOE.

Eso sí, ese efecto *erga omnes* no afecta, con carácter general, a procesos ya terminados por sentencia firme, puesto que el artículo 41 LOTC dispone que las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una norma no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada.

E. Bibliografía

- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa (2017): *Lecciones de derecho constitucional*, Tecnos, Madrid.
- GARCÍA COUSO, Susana (1998): *El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- GIMENO SENDRA, Vicente (2015): *Introducción al Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid.
- LÓPEZ ULLA, Juan Manuel (2000): *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español*, Marcial Pons, Barcelona.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2025): *La cuestión de inconstitucionalidad* (contenido divulgativo). Disponible *online* en: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/Paginas/021-Cuestion-de-inconstitucionalidad.aspx>.

El conflicto en defensa de la autonomía local

“Un alcalde desesperado por pintar de rosa su
alcantarillado”

Ana Torrecillas Martínez

Profesora de Derecho Constitucional

Universidad de Extremadura

“El Estado es ya demasiado
grande para las cosas pequeñas y
demasiado pequeño para las cosas
grandes” – Luigi Ferrajoli

I. PLANTEAMIENTO

El 20 de septiembre de 2020 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) la *Ley 69/2020, de 13 de septiembre, sobre el color de las alcantarillas en España*. De acuerdo con el articulado de la mentada disposición de ámbito nacional, los municipios españoles disponían de 30 días (desde su publicación en el BOE hasta su entrada en vigor) para pintar todas las alcantarillas de sus localidades de color rosa. La ley controvertida fue recibida por los ayuntamientos con cierta perplejidad por distintos motivos. En primer lugar, la mayor parte de los municipios españoles no disponían de personal suficiente para volcarse únicamente en la labor de pintar sus alcantarillas de color rosa. El 80% de los municipios en España disponían (y disponen) de muy poco personal a su servicio, y no podían paralizar el resto de servicios municipales (recaudación de impuestos, alumbrado público, cementerios, limpieza viaria, recogida de residuos, abastecimiento domiciliario de agua, etc.) con el fin de atender la petición de la ley estatal, o causarían un gran malestar ciudadano.

Y, en segundo lugar, sus alcaldías y concejalías estaban convencidas de que la competencia en materia de alcantarillado era suya (y no del Estado), pues así se establecía en el artículo 26 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local* (en adelante, LRBRL). Por lo tanto, la competencia para gestionar de forma autónoma su propio alcantarillado les pertenecía a los propios municipios, tal y como se entiende tras la lectura conjunta del artículo 26 LRBRL y de los artículos 137 y 140 de la Constitución española de 1978 (CE), y no al Estado.

Al día siguiente de la entrada en vigor de la ley, el alcalde de Villamalea, convencido de que se estaba vulnerando la autonomía local constitucionalmente garantizada (artículos 137 y 140 CE) de los municipios españoles, decide encabezar la interposición de un conflicto en defensa de la autonomía local. El día 12 de octubre contacta contigo para que le prestes asesoramiento sobre los pasos a seguir para el planteamiento del mentado conflicto.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso práctico busca dar respuesta al planteamiento de un conflicto en defensa de la autonomía local frente a una norma del Estado con rango de ley, concretamente la *Ley 69/2020, de 13 de septiembre, sobre el color de las alcantarillas en España*, eventualmente vulneradora de la autonomía local de los municipios españoles. La interposición del conflicto trae causa en la entrada en vigor de la mentada disposición con rango de ley, que obliga en un plazo de 30 días desde su publicación en el BOE a que todos los municipios españoles pinten sus alcantarillas de color rosa. El alcalde de Villamalea, como principal promotor del conflicto, solicita asesoramiento para su tramitación en sede del Tribunal Constitucional.

B. Problemas constitucionales

El principal problema constitucional que surge en este supuesto es la ausente delimitación constitucional del concepto de autonomía local en la Constitución española. El artículo 137 CE determina que las tres escalas de gobierno que componen la estructura territorial básica del Estado (escala central, autonómica y local, dentro de la cual se incluyen diputaciones provinciales y municipios) gozarán de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Mientras que la Constitución sí delimita aquellas materias en las

cuales las Comunidades Autónomas y el Estado serán competentes para desplegar una gestión autónoma de sus respectivos intereses (artículos 148 y 149 CE), no lo hace respecto de las entidades locales (artículos 140 y 141 CE). Los artículos 140 y 141 CE se limitan a enunciar que el gobierno y administración de municipios y provincias corresponde a los ayuntamientos y diputaciones, respectivamente. Por tanto, existe una gran incertidumbre sobre qué son exactamente los intereses locales y, por tanto, sobre qué es la autonomía local, adscrita a la gestión de éstos. Esto provocará, asimismo, que se creen incertidumbres en la tramitación del conflicto en defensa de la autonomía local, pues el objeto que trata de proteger este conflicto es incierto y puede desnaturalizarse con bastante facilidad en función de los intereses en juego.

La norma que más se acerca a una delimitación competencial del régimen local para con las entidades locales es la LRBRL, de la cual, indirectamente, puede inferirse qué concepto maneja nuestro legislador sobre los asuntos de interés local cuando enuncia las competencias de municipios y provincias en sus artículos 25 a 28. Ahora bien, la LRBRL es una ley ordinaria, y no sirve como un parámetro de constitucionalidad (como sí lo es la Constitución y los Estatutos de Autonomía, formantes del “bloque de la constitucionalidad”) en sede de la justicia constitucional.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 137, 140 y 141 de la Constitución española

Artículos 75 *bis*-75 *quinquies* de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

Artículos 25-28 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local

Carta Europea de Autonomía Local. Hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985

Jurisprudencia

Sentencia 240/2006, de 20 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 47/2008, de 11 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 121/2012, de 5 de junio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 142/2013, de 11 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 37/2014, de 11 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 95/2014, de 12 de junio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 132/2014, de 22 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 92/2015, de 14 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 27/2016, de 18 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 152/2016, de 22 de septiembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 65/2017, de 25 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 107/2017, de 21 de septiembre, del Tribunal Constitucional

D. Solución

El conflicto en defensa de la autonomía local no está contemplado en la Constitución española de 1978. Su introducción al ordenamiento jurídico español se produjo en fechas posteriores a la entrada en vigor del texto constitucional, concretamente en 1999 a través de una reforma introducida en la *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional* (en adelante, LOTC). En 1985, España firmó la Carta Europea de la Autonomía Local (en adelante, CEAL), un Tratado Internacional proveniente del Consejo de Europa, cuyo artículo 11 establece que “las Entidades locales deben disponer de una vía de recurso jurisdiccional a fin de asegurar el libre ejercicio de sus competencias y el respeto a los principios de autonomía local consagrados en la Constitución o en la legislación interna”. Como consecuencia de la suscripción del mentado tratado y, dado que en España no existía previa firma de la CEAL un recurso cuyo objeto protegiese la autonomía de las entidades locales, se creó el conflicto en defensa de la autonomía local y se introdujo en la LOTC.

El conflicto en defensa de la autonomía local se encuentra regulado en los artículos 75 *bis* a 75 *quiquies* LOTC. El artículo 75 *bis* LOTC delimita las normas frente a las cuales puede interponerse un conflicto en defensa de la autonomía local. Por un lado, las normas del Estado con rango de ley y, por el otro, las disposiciones con rango de ley de las Comunidades Autónomas. Siempre y cuando, y en cualquiera de ambos supuestos, la norma controvertida lesione la autonomía local constitucionalmente garantizada. Este extremo no presentaría ningún inconveniente en el supuesto que aquí se presenta, pues se está planteando un conflicto frente a una disposición normativa del Estado con rango de ley que es presumiblemente vulneradora de la autonomía de los municipios españoles. Asumimos que la norma es presumiblemente lesiva para con la autonomía de los municipios en España porque impide la gestión autónoma por parte de los ayuntamientos de una competencia tradicional-

mente atribuida a los mismos y jurídicamente establecida de forma expresa en el artículo 26 LRBRL.

En el artículo 75 *ter* LOTC se establecen los requisitos para obtener la legitimación para la interposición de un conflicto en defensa de la autonomía local. En este artículo se enuncian distintas posibilidades en función de si la entidad a la que se ha vulnerado la autonomía es una provincia (75 *ter* LOTC.I.c), un municipio (75 *ter* LOTC.I.b), o una entidad local (bien sea municipio, bien provincia) destinataria única de una medida (75 *ter* LOTC.I.a). Dado que en el supuesto la ley frente a la cual se pretende interponer el conflicto está dirigida a todos los municipios españoles, la opción más ajustada parece ser la establecida en el párrafo 1, b). del artículo 75 *ter* LOTC, destinada a los municipios en sentido amplio. Para obtener los requisitos de legitimación requeridos por la norma necesitaremos que se adhieran al conflicto “un número de municipios que supongan al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente” (artículo 75.I.b. *ter* LOTC).

Puesto que el ámbito territorial de la medida es nacional, habrá de tenerse en cuenta tanto el número total de municipios existentes en España, como sus cifras de población oficial. De este modo, el alcalde de Villamalea deberá tomar en consideración los siguientes datos.

1. Dado que en España existen 8.132 municipios, se requeriría la adhesión de 1.161 municipios más, además de Villamalea, al planteamiento del conflicto para completar un séptimo de los municipios totales en España exigidos por la norma.
2. Ya que a fecha de 2020 España contaba con una población oficial de 47.615.034 habitantes, esos 1.162 municipios deberían ser representativos de, al menos, 7.935.839 habitantes (es decir, un sexto de la población oficial del ámbito territorial de la medida que, en este caso, es nacional).

Es importante tener en cuenta que la mayoría de los municipios españoles (alrededor de un 80%) disponen de menos de 5.000 habitantes. Esto significa que cumplir con ambos requisitos resultará realmente complicado. Si conseguimos el mínimo de municipios requeridos, pero conjuntamente no reúnen las cifras de población exigidas, necesitaremos ir sumando municipios adicionales para ensanchar la cifra de población exigida por la LOTC. De ahí que sea conveniente que los municipios que se adhieran al litisconsorcio sean grandes ciudades, pues las mismas aportarán cifras de población que facilitarán el cumplimiento de las exigencias de legitimación.

El artículo 75 *ter* LOTC continúa en su segundo párrafo estableciendo cómo han de adherirse las entidades locales al planteamiento del conflicto. En el caso que aquí se plantea, los 1.161 municipios (además de Villamalea, como municipio promotor), necesitarán alcanzar el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de su órgano plenario. Esto significa que los municipios habrán de someter a decisión de sus órganos plenarios, presumiblemente compuestos por distintas fuerzas políticas, la adhesión al conflicto. Si el pleno de los ayuntamientos que pretendan adherirse al conflicto no alcanza un acuerdo por mayoría absoluta, el municipio en cuestión no podrá adherirse al conflicto.

El plazo dentro del cual habrán de reunir ambos requisitos (1.162 acuerdos por mayoría absoluta de municipios que representen, al menos, 7.935.839 habitantes) será de tres meses desde la publicación de la ley que pretenda impugnarse. Así se constata tras la lectura del artículo 75 *quater* LOTC. Dentro del plazo de tres meses, habrá que solicitar, con carácter preceptivo, pero no vinculante, un dictamen al Consejo de Estado.

En este caso y, dado que la ley frente a la que se plantea el conflicto fue publicada en el BOE el 20 de septiembre de 2020, el alcalde de Villamalea tendría hasta el día 20 de diciembre para recabar todos los requisitos de legitimación establecidos en la LOTC, y solicitar el dictamen al Consejo de Estado. Es importante recalcar que, previa petición del dictamen es necesario cumplir con las exigencias de legitimación.

Para ello, el párrafo 4 del artículo 75 *ter* LOTC dispone que “las asociaciones de entidades locales podrán asistir a los entes locales legitimados a fin de facilitarles el cumplimiento de los requisitos establecidos en el procedimiento de tramitación del presente conflicto”. Dada la dificultad para contactar con 1.161 municipios adicionales que reúnan más de siete millones de habitantes, la LOTC prevé que puedan ayudar a la labor de reunir todos los requisitos de legitimación otras entidades de naturaleza asociativa. Así, el alcalde de Villamalea podrá contactar con agrupaciones de municipios como mancomunidades o con la Federación Española de Municipios y Provincias (en adelante FEMP), que es la asociación de ámbito estatal con mayor implantación, representativa de más del 95% de los gobiernos locales españoles y con sede en las Comunidades Autónomas. La FEMP sería un recurso excelente para el alcalde de Villamalea, habida cuenta de su constante y estrecha colaboración con los gobiernos locales de toda España. Ésta podría servir para agilizar el contacto entre los equipos de gobierno de todos los municipios en el plazo requerido por la norma.

Una vez recibido el dictamen del Consejo de Estado, el artículo 75 *quater* LOTC determina que los municipios promotores del conflicto podrán plantear, dentro del plazo de un mes, el conflicto en defensa de la autonomía local en sede del Tribunal Constitucional. Para ello, habrán de acreditar documentalmente el cumplimiento de los requisitos exigidos (es decir, haber alcanzado los acuerdos por mayoría absoluta, reunir el número de habitantes necesario, y contar con el dictamen del Consejo de Estado) y motivar jurídicamente su pretensión.

Dado que la LOTC no establece un plazo máximo al Consejo de Estado para pronunciarse en relación con la emisión del dictamen, pongamos que, en el supuesto caso, el Consejo de Estado responde el día 20 de febrero de 2021. Si así fuere, se tendría hasta el 20 de marzo para recabar toda la documentación que quiera aportarse al planteamiento del conflicto y para motivar debidamente por qué la *Ley 69/2020, de 13 de septiembre, sobre el color de las alcantarillas en España* vulnera la autonomía local de los municipios españoles.

El artículo 75 *quinquies* LOTC se encarga de enunciar todas las posibilidades existentes en relación con la culminación del procedimiento. Tres son las cuestiones que deben tenerse en cuenta en el marco de la tramitación del conflicto. En primer lugar, prevé que el conflicto podrá ser inadmitido mediante auto motivado por falta de legitimación u otros requisitos no subsanables, o cuando la controversia que se plantea esté notoriamente infundada. Por tanto, admite la LOTC que el Tribunal Constitucional podrá ser exigente a la hora de solicitar con rigurosidad el cumplimiento de los requisitos de legitimación, cuyo incumplimiento o cumplimiento defectuoso podría poner fin al procedimiento. En segundo lugar y, para el caso de que el conflicto sea admitido a trámite, el Tribunal Constitucional se encargará de dar traslado a los órganos legislativo y ejecutivo del Estado, para que se personen y formulen las alegaciones que crean necesarias en el plazo de 20 días. En tercer lugar y, en el transcurso de la tramitación del conflicto, el Tribunal Constitucional podrá solicitar a las partes cuantas informaciones, aclaraciones o precisiones juzgue necesarias para tomar una decisión.

La sentencia que ponga fin al procedimiento tendrá naturaleza declarativa, pues tal y como establece el artículo 75 *quinquies.5* LOTC, “la sentencia declarará si existe o no vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada, determinando, según proceda, la titularidad o atribución de la competencia controvertida, y resolverá, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones de hecho o de derecho creadas en lesión de la autonomía local”. La naturaleza meramente declarativa de la sentencia que pone fin al procedimiento significa que, como máximo, podrá declarar si la ley impugnada es

lesiva para con la autonomía local o no lo es, sin que ello comporte *per se* la inconstitucionalidad de la medida vulneradora. Lo ratifica el último párrafo del artículo 75. *quinquies* LOTC, que dispone que “la declaración, en su caso, de inconstitucionalidad de la ley que haya dado lugar al conflicto requerirá nueva sentencia si el Pleno decide plantearse la cuestión tras la resolución del conflicto declarando que ha habido vulneración de la autonomía local”. La ley impugnada, aun habiéndose declarado contraria a la Constitución por vulnerar la autonomía local constitucionalmente garantizada en los artículos 137, 140 y 141 CE, tan sólo se declarará inconstitucional si el pleno del Tribunal Constitucional decide autoplantearse una cuestión de inconstitucionalidad y emitir una sentencia cuyo fallo determine, finalmente, la declaración de inconstitucionalidad de la ley controvertida. Detalle, este último, que el alcalde de Villamalea también agradecerá saber, antes de aventurarse hacia una travesía con un final desalentador.

E. Bibliografía

- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco (2004): “Autonomía local y constitución. Dos propuestas para otro viaje por el callejón del gato”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 70, pp. 161-188.
- (2022): “Sin vueltas... No es operativo”, en LÓPEZ CASTILLO, Antonio y ARROYO GIL, Antonio (dirs.): *Garantías y límites de la autonomía local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, pp. 149-160.
- FONT I LLOVET, Tomàs (2022): “La escasa (o nula) operatividad del conflicto en defensa de la autonomía local”, en LÓPEZ CASTILLO, Antonio y ARROYO GIL, Antonio (dirs.): *Garantías y límites de la autonomía local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, pp. 115-147.
- TORRECILLAS MARTÍNEZ, Ana (2024): “El conflicto en defensa de la autonomía local: quimera constitucional”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 118, segundo semestre, pp. 189-224.

El mecanismo de remisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Juan Francisco Barroso Márquez
Profesor Ayudante de Derecho Constitucional
Universidad de Extremadura

I. PLANTEAMIENTO

D. Peiper Company es una de las partes del procedimiento judicial penal que se desarrolla ante el Juzgado de lo Penal N.º 1 de Cáceres. Considera que la norma nacional que resulta aplicable en el caso concreto es contraria a la interpretación que él realiza de una norma de Derecho de la Unión Europea (un Reglamento UE) que también es aplicable al caso.

Por ello, en el marco de dicho procedimiento penal ante el Juzgado de lo Penal N.º 1 de Cáceres le exige, tanto a la Jueza, D.^a Toñi P. Lazy, como al Fiscal asignado a este caso, D. Macareno B. Nario, que planteen una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, para que determine que su interpretación del Reglamento (UE) es la correcta y, por tanto, anule la norma nacional que es contraria a la misma.

D.^a Carme Chacorta, abogada de D. Peiper Company, se harta de intentar, sin éxito, que su cliente comprenda que no es así como funciona el mecanismo de remisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Empeñado en que lleva razón, D. Peiper Company acude a su despacho de abogados para que continúe con el caso, por lo que le toca a usted continuar con la tarea de D.^a Carme y explicarle cuáles son sus errores.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso práctico pretende aclarar al cliente, D. Peiper Company, los errores que existen en sus ideas sobre el funcionamiento del sistema de remisión prejudicial.

Debemos poner atención, sobre la base de los conocimientos teóricos que tengamos sobre el funcionamiento de este cauce procedimental, en cuáles son los errores que detectamos en el supuesto para así desmentirlos con las explicaciones que correspondan.

B. Problemas constitucionales

Los problemas constitucionales que surgen son los siguientes: la legitimación activa para la presentación de las cuestiones prejudiciales; y los efectos y el alcance de las sentencias del Tribunal de Justicia que resuelven las cuestiones prejudiciales.

C. Fuentes

Normativa

Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE)

Jurisprudencia

Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 1990, *Falciola/Comune di Pavia* (C-286/88)

Dictamen 1/09 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de marzo de 2011

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 1982, *CILFIT* (C-283/81)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult Criteria* (C-54/96)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2019, *PI* (C-230/18)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de junio de 2019, *Popławski*, C-573/17)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2020, *Banco Santander* (C-274/14)

D. Solución

El primer elemento que hemos de comprobar para evaluar si es posible (o no) plantear una cuestión prejudicial es la existencia de un vínculo entre el litigio y las disposiciones del Derecho de la Unión Europea cuya interpretación se solicita. El Tribunal de Justicia ha exigido que la interpretación responda a una necesidad objetiva para la decisión que el órgano jurisdiccional remitente deba adoptar (Auto del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 1990, *Falciola/Comune di Pavia*, C-286/88).

En el presente caso vemos que existe una norma nacional que podría entrar en conflicto con la interpretación del Derecho de la Unión Europea. Con independencia de que estemos más o menos de acuerdo con la interpretación que D. Peiper hace del Reglamento (UE), consideramos que existe una duda razonable y, por tanto, que se cumple con este requisito en el asunto.

El segundo elemento al que hemos de atender es la capacidad de las partes en el litigio para exigir que se plantee una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. El artículo 267 TFUE plantea la capacidad de los “órganos jurisdiccionales” nacionales para plantear cuestiones prejudiciales como una facultad (en todo momento utiliza el verbo “poder”), no como una obligación, salvo que se trate de decisiones judiciales no susceptibles de ulterior recurso judicial (en cuyo caso sí utiliza el verbo “deber”).

De manera más concreta, el Tribunal de Justicia determinó que el órgano jurisdiccional nacional únicamente podrá abstenerse de plantear la cuestión prejudicial en aquellos supuestos en los que entienda que no existen dudas sobre la interpretación de la norma de Derecho de la Unión Europea y esté convencido de que los órganos jurisdiccionales del resto de Estados miembros y el Tribunal de Justicia mantendrían la misma postura (Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, *CILFIT*, C-283/81).

Al tratarse de un Juzgado de lo Penal, su resolución sí que sería susceptible de recurso y, como consecuencia, siempre que se cumpla lo establecido en el párrafo anterior, D.^a Toñi podrá abstenerse de plantear la cuestión prejudicial, sin perjuicio de que, si tiene dudas al respecto de la interpretación, podría plantearla. Por lo tanto, pese a que D. Peiper lo exija, le corresponderá a la Jueza decidir si plantea o no la cuestión prejudicial.

Debemos apuntar, además, que aun en el supuesto de que la cuestión prejudicial se plantee en términos erróneos, el Tribunal de Justicia no esta-

ría constreñido por la manera en que la misma ha sido planteada y podrá reformularla (Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2019, *PI*, C-230/18), ya que el objetivo de este mecanismo es garantizar que, en cualesquiera circunstancias, el Derecho de la Unión Europea produzca el mismo efecto entre todos los Estados miembros (Dictamen 1/09 del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2011).

En cuanto a la posibilidad de que el Fiscal pueda plantear la cuestión prejudicial, hallamos aquí el punto más problemático del supuesto.

En un primer momento, el Tribunal de Justicia elaboró los conocidos como *Criterios Dorsch Consult*, de modo que para poder ser considerado un “órgano jurisdiccional” a los efectos del artículo 267 TFUE (y, por ende, estar legitimados para plantear cuestiones prejudiciales) se debían cumplir los siguientes requisitos: el origen legal, la permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, y la independencia (Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult Criteria*, C-54/96).

Durante mucho tiempo, estos criterios han hecho posible que ciertos órganos nacionales que no formaban parte en sentido estricto del poder judicial (los Tribunales Económico-Administrativos en el caso de España) plantearan cuestiones prejudiciales. Sin embargo, hace poco esta jurisprudencia ha sido revocada, negando dicha posibilidad, sobre la base de que la legislación nacional aplicable no garantiza que el Presidente y los vocales del Tribunal Económico-Administrativo Central se encuentren al amparo de presiones externas, directas o indirectas, que puedan hacer dudar de su independencia (Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2020, *Banco Santander*, C-274/14).

En el caso de los fiscales, hemos de tener en cuenta que no son “órganos jurisdiccionales”, ya que no cumplen con los *Criterios Dorsch Consult*, por lo que no podrían plantearla, sin perjuicio de que sí podrían instar a la Jueza a que lo hiciera, siempre que se cumplan ciertos requisitos establecidos en la Instrucción 1/2016, de 7 de enero, sobre la intervención del Fiscal en las cuestiones prejudiciales europeas.

En tercer lugar, hemos de atender a los efectos de la sentencia que se derive de la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia. El Tribunal de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 267 TFUE, podrá pronunciarse “sobre la interpretación de los Tratados” o “sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organis-

mos de la Unión”. Le está vedado, por tanto, interpretar las normas nacionales y, más aún, no tiene la capacidad (ni la competencia) para anularlas, pues únicamente es competente para pronunciarse sobre el Derecho de la Unión Europea.

Aunque teóricamente no puede pronunciarse sobre la compatibilidad entre una norma de Derecho nacional y una norma de Derecho de la Unión Europea, en la práctica sí que encontramos supuestos en los que la interpretación que el Tribunal de Justicia realiza es tan detallada que acaba por determinar (de manera implícita y, a veces, explícita) la incompatibilidad entre estas normas. Para profundizar sobre los tipos de resoluciones que se pueden derivar de la cuestión prejudicial, puede consultarse la obra de Tridimas (2011: 737), que distingue entre *outcome cases*, *guidance cases* y *deference cases*. Sobre la extralimitación (en este sentido) del Tribunal de Justicia, puede consultarse el trabajo de Weiler (1995: 37).

Por lo tanto, si se planteara la cuestión prejudicial y el Tribunal de Justicia la admitiera, podría elaborar una sentencia lo suficientemente precisa como para predeterminar que la jueza nacional considere la incompatibilidad entre la norma nacional y la de Derecho de la Unión Europea. No obstante, incluso en esta situación, la jueza nacional en ningún caso puede anular la norma nacional, sino que por el principio de primacía lo que ocurriría sería la inaplicación de la norma nacional, que consiste en el desplazamiento temporal de la misma para que (mientras España pertenezca a la Unión Europea) se aplique la norma de Derecho de la Unión Europea, tal y como se puede ver en el asunto *Popławski*, que reúne la jurisprudencia consolidada al respecto (Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2019, *Popławski*, C-573/17).

E. Bibliografía

- TRIDIMAS, Takis (2011): “Constitutional review of member state action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, núm. 3-4, pp. 737-756.
- WEILER, Joseph H. (1995): *Europa, fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Derecho autonómico y control previo de los Estatutos de Autonomía

Francisco Javier Romero Caro

Senior Researcher

Institute for Comparative Federalism – Eurac Research

I. PLANTEAMIENTO

Las últimas elecciones a la Asamblea de Madrid depararon un cambio radical en la política madrileña con la rotunda victoria del Partido Chulapo, el cual obtuvo 90 de los 135 escaños. Esta formación política reivindica la idiosincrasia propia de la Comunidad de Madrid (CAM), abogando por un mayor autogobierno que dé expresión a la voluntad nacional del pueblo madrileño. La piedra angular de su proyecto político y elemento central durante la campaña electoral fue la promesa de aprobar un nuevo Estatuto de Autonomía a través del que dar un paso adelante en el autogobierno y establecer una nueva relación con el Estado y el resto de las Comunidades Autónomas.

Siguiendo el mandato de las urnas, el ejecutivo remitió a la Asamblea de Madrid un proyecto de reforma cuyas principales novedades son las siguientes:

- El reconocimiento, en el preámbulo, de la Comunidad de Madrid como nación, al amparo de una resolución aprobada por unanimidad por parte de la Asamblea de Madrid.
- Un catálogo de derechos autonómico entre los que se encuentran el derecho a la libre elección de centro educativo y un mandato a los poderes públicos para que garanticen el acceso a la educación y a la sanidad concertada.
- La introducción de un nuevo modelo competencial que distinga con mayor detalle y claridad las competencias del Estado y de la CAM diferenciando, en el caso de las competencias autonómicas, entre

competencias primarias (exclusivas), secundarias (limitadas a las bases establecidas por el Estado) y terciarias (limitadas a completar las disposiciones legislativas del Estado) de la Comunidad de Madrid.

- La creación del Consejo de Justicia de la Comunidad de Madrid como órgano de gobierno de la Administración de Justicia en la CAM.
- La limitación de la contribución de la Comunidad de Madrid a la solidaridad territorial, quedando esta condicionada al respeto por parte del Estado de la autonomía financiera de la CAM en los tributos que son de su competencia.

Tras una rápida tramitación, el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid fue aprobado en la Asamblea de Madrid con los votos del Partido Chulapo. La oposición se mostró dividida entre la abstención de los partidos con representación en el gobierno central y el rechazo del Centro Democrático Madrileño (CDM), líder de la oposición. Inmediatamente después, el texto fue remitido a las Cortes Generales para su aprobación mediante ley orgánica, descartando el ejecutivo liderado por el Partido Chulapo someter el mismo a referéndum pese a las críticas de la oposición.

Pocos meses antes de la aprobación del proyecto de reforma, se celebraron elecciones generales en las que el Partido Chulapo obtuvo la mayoría de diputados y senadores elegidos por la circunscripción de Madrid. Su apoyo externo a la coalición de partidos que comanda el Gobierno de la Nación lo ha convertido en un socio estratégico de cuyo apoyo depende el ejecutivo central para su supervivencia. Como parte del acuerdo de investidura, el posteriormente elegido Presidente del Gobierno con los votos del Partido Chulapo se comprometió a “respetar el Estatuto que apruebe la Asamblea de Madrid”. Este compromiso cristalizó en la aprobación del texto remitido por la Asamblea de Madrid por mayoría absoluta sin modificaciones por parte del Congreso de los Diputados y del Senado, respectivamente.

Una vez aprobado el proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados y del Senado, este fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG) como paso previo a su publicación en el BOE. Un día después de la publicación de la reforma en el BOCG y dado su profundo desacuerdo con las previsiones del proyecto de reforma del Estatuto de Autonomía de la CAM, el Centro Democrático Madrileño anunció la interposición de un recurso previo de inconstitucionalidad. Dicho recurso

recabó la firma de 51 diputados, entre ellos cuatro del Partido Chulapo, quienes expresaron sus reservas sobre el texto al entender que “no representa al conjunto de la nación madrileña”. Estos diputados fueron expulsados inmediatamente del Partido Chulapo, solicitando esta formación que su firma no sea válida al considerarlos tránsfugas.

En su recurso, el CDM solicita, en primer lugar, la anulación completa del procedimiento de reforma dada la no celebración de un referéndum sobre el proyecto de reforma tal como establece el artículo 152.2 de la Constitución (CE), aspecto que entiende esencial en una sociedad democrática. De igual modo, el recurso presentado por el CDM y su aliados estima que los cinco puntos principales de la reforma son contrarios a la Constitución española y, por tanto, solicita al Tribunal Constitucional (TC) que sean declarados inconstitucionales.

Por su parte, el ejecutivo de la Comunidad de Madrid y el gobierno central, solicitan la inadmisión a trámite del recurso dada la condición de tránsfugas de los cuatro diputados expulsados del Partido Chulapo, no concurriendo los requisitos de legitimación previstos por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) para interponer el recurso. De igual modo, solicitan que se declare la constitucionalidad de las previsiones recurridas al estimar que son perfectamente conformes con la Constitución española y que han sido validadas por amplias mayorías en la Asamblea de Madrid y las Cortes Generales, respectivamente.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En las elecciones autonómicas de la Comunidad de Madrid el Partido Chulapo logró una amplia victoria impulsando una reforma estatutaria que reconoce a la Comunidad como nación, redefine buena parte de sus competencias y limita su obligación de solidaridad fiscal. Tras la aprobación del nuevo Estatuto por la Asamblea y las Cortes Generales, todos los diputados del CDM, principal partido de la oposición, y cuatro del Partido Chulapo, presentaron un recurso de inconstitucionalidad dada la ausencia de referéndum en la tramitación de la aprobación y la eventual colisión del contenido de la reforma con la Constitución, a lo que los Ejecutivos autonómico y central se oponen tanto por causas formales como materiales.

B. Problemas constitucionales

En este caso surgen una serie de problemas constitucionales relativos a la reforma de los Estatutos de Autonomía (EE.AA.). En primer lugar, está el proceso de aprobación de la reforma del Estatuto en la Asamblea de Madrid, con cuestiones como la legitimación, las mayorías y el referéndum. En segundo lugar, encontramos la aprobación de la reforma por parte de las Cortes Generales y la interposición de recurso previo de inconstitucionalidad por parte de una serie de diputados con dudas acerca de su legitimación. Por último, surge la problemática relativa a la constitucionalidad de las cinco previsiones recurridas.

C. Fuentes

Normativa

Constitución española

Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

Jurisprudencia

Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, del Tribunal Constitucional

Sentencia 89/1984, de 28 de septiembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 225/1998, de 25 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 253/2005, de 12 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional

D. Solución

El primer bloque de problemas constitucionales es el referido al proceso de aprobación de la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. Según el supuesto, la iniciativa nace por parte del Ejecutivo de la CAM, el cual remite un proyecto de reforma a la Asamblea de Madrid, la cual lo aprobó con el apoyo de los 90 diputados del Partido Chulapo. El procedimiento seguido en este caso ha sido conforme a la ley pues el artículo 64 del Estatuto de Autonomía de la CAM atribuye la iniciativa de reforma

tanto al Gobierno como a la Asamblea de Madrid, debiendo dicha propuesta aprobarse por una mayoría de dos tercios. Dado que la Asamblea de Madrid se encuentra integrada, tras las últimas elecciones, por 135 diputados, dicha mayoría conlleva el apoyo de, al menos, 90 diputados, la cual es precisamente la cifra alcanzada. Una vez aprobada la reforma por parte de la Asamblea de Madrid, el texto debe ser igualmente aprobado por las Cortes Generales mediante ley orgánica siguiendo el mandato del artículo 147.3 de la Constitución y del ya mencionado artículo 64 del Estatuto de Autonomía de la CAM. En lo relativo al referéndum, las críticas del CDM no tienen fundamento constitucional pues la previsión del artículo 152.2 CE es únicamente aplicable a aquellos Estatutos de Autonomía aprobados siguiendo el procedimiento del artículo 151 (autonomías de vía rápida), no siendo este el caso de la CAM cuyo Estatuto se aprobó siguiendo lo dispuesto en los artículos 143 y 144.a CE. Dado que el Estatuto de Autonomía de la CAM tampoco contempla la posibilidad de realizar un referéndum acerca de su modificación, debe desestimarse la reclamación del CDM en lo relativo al proceso de aprobación de la reforma, el cual se ha ajustado a Derecho.

En un segundo bloque de problemas constitucionales se encuentran aquellos relativos a la tramitación de la reforma en las Cortes Generales. Como se ha mencionado anteriormente, a la luz del artículo 147.3 CE, la reforma del Estatuto debe ser aprobada como ley orgánica por parte de las Cortes Generales como así se ha producido. Una vez aprobada la reforma, resulta de aplicación el artículo 79 de la LOTC, introducido en una reforma aprobada en el año 2015, que vuelve a reintroducir el recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación abolido en 1985. En relación con la legitimación, el artículo 79.3 LOTC remite a los sujetos legitimados para interponer recurso de inconstitucionalidad contra los Estatutos de Autonomía por la Constitución y la LOTC. De acuerdo con el artículo 162.1 CE están legitimados para interponer recurso de inconstitucionalidad, entre otros, 50 diputados. En el caso que nos atañe, el recurso fue interpuesto por 51 diputados, satisfaciéndose el requisito numérico requerido por la CE y por el artículo 32 LOTC. La condición de “tránsfugas” de los 4 exdiputados del Partido Chulapo que deciden apoyar el mismo no tiene relevancia en el supuesto que nos atañe. Estos diputados, aun habiendo pasado al grupo mixto tras romper con la disciplina de partido o ser expulsados del mismo, siguen contando con los mismos derechos que cualquier otro y, por tanto, pueden avalar con su firma la interposición de un recurso de inconstitucionalidad. Otra cuestión que debe ser objeto de análisis son los plazos, pues estos son especialmente breves en el caso del recurso pre-

vio. De acuerdo con el artículo 79.4 LOTC, el plazo para la interposición del recurso es de tres días desde la publicación del texto aprobado en el BOCG, quedando en suspenso con su interposición todos los trámites subsiguientes (sanción y promulgación). Dado que el CDM interpuso su recurso al día siguiente de la publicación de la reforma en el BOCG, los trámites procesales han sido seguidos correctamente. En resumen, el recurso debe ser admitido a trámite al cumplirse los requisitos formales y procesales, debiendo ser rechazada la pretensión del ejecutivo de la Comunidad de Madrid y del gobierno central en lo relativo a esta cuestión.

Por último, queda por resolver la cuestión concerniente al contenido de la reforma estatutaria y su conformidad con la Constitución española y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, órgano que debe pronunciarse en un plazo máximo de 6 meses desde la interposición tal como establece el artículo 79.6 LOTC. En particular, los recurrentes centran su recurso en torno a las cinco cuestiones señaladas en el planteamiento.

1. El reconocimiento de Madrid como nación: a pesar de estar incluida en el preámbulo, la consideración de la Comunidad de Madrid como nación debe entenderse contraria a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, por tanto, declarada inconstitucional. En la STC 31/2010 FJ 7, el Tribunal Constitucional entendió que, a pesar de carecer de valor normativo, el preámbulo sí que tiene valor jurídico pues “constituye un elemento singularmente relevante para la determinación del sentido de la voluntad legislativa, y, por ello, para la adecuada interpretación de la norma legislada”, siendo objeto de enjuiciamiento por parte del TC. A juicio del Tribunal, “carecen de eficacia jurídica interpretativa las referencias del preámbulo del Estatuto de Cataluña a ‘Cataluña como nación’ y a ‘la realidad nacional de Cataluña’”. Por lo tanto, la única nación en sentido jurídico-constitucional es la Nación española, con la que se cualifica expresamente la soberanía, ejercida por el pueblo español como su único titular reconocido (FJ 12). En consecuencia, y en aplicación de la jurisprudencia citada, debe estimarse el recurso del CDM, entendiéndose la consideración de la Comunidad de Madrid como nación carente de eficacia jurídica interpretativa.
2. Catálogo de derechos autonómico: la inclusión de derechos estatutarios o autonómicos en un Estatuto de Autonomía no es una cuestión novedosa pues ya se ha producido con anterioridad. El Tribunal Constitucional afirmó en la STC 89/1984 FJ 4 que el artículo 147.2 CE realiza “la determinación del contenido mínimo de los Estatutos”, pues dichas previsiones resultan imprescindibles, sin que ello sea límite para

que los EE.AA. puedan incluir otras regulaciones. Dicha doctrina fue clarificada en la STC 225/1998 admitiendo que el legislador autonómico regule materias fuera del ámbito fijado por la Constitución. En consecuencia, la STC 247/2007 FJ 12 viene a validar este tipo de regulaciones como una manifestación más del principio dispositivo. Dichos enunciados no pueden ser entendidos como derechos subjetivos, con independencia de su redacción literal, sino que deben entenderse como mandatos a los poderes públicos autonómicos, siendo válidos siempre que guarden relación con alguna de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, incurriendo en inconstitucionalidad en caso contrario (FJ 15). Esta doctrina fue retirada por la STC 31/2010 afirmando que los derechos estatutarios no pueden vincular al Estado ni declarar, desarrollar o regular derechos fundamentales (FJ 17). En el supuesto que nos ocupa, parece claro que tanto la libre elección de centro educativo como la garantía de acceso a la educación y sanidad concertada son materias conectadas con las competencias asumidas por la CAM por lo que su inclusión no presenta problemas de constitucionalidad siempre que estas tres previsiones sean entendidas como meros mandatos al legislador autonómico para que oriente su política, no generando, por tanto, derechos subjetivos. En consecuencia, debe desestimarse la pretensión del CDM.

3. Clarificación del modelo competencial: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la STC 31/2010 FJ 57 ha establecido como límite cualitativo al Estatuto de Autonomía la definición de categorías constitucionales, cuestión que corresponde única y exclusivamente a la Constitución como ya afirmó la STC 76/1983. Entre dichas categorías figuran el concepto, contenido y alcance de las funciones normativas. Dado que “los Estatutos de Autonomía son las normas constitucionalmente habilitadas para la asignación de competencias a las respectivas Comunidades Autónomas en el marco de la Constitución, [estos no pueden] atribuir otras competencias que no sean las que la Constitución permite que sean objeto de atribución estatutaria, sino, ante todo, que la competencia en sí sólo pueda implicar las potestades que la Constitución determine” (STC 32/2020 FJ 57). En consecuencia, la creación de un nuevo sistema de competencias (primarias, secundarias y terciarias) por parte del Estatuto de Autonomía supone contravenir la jurisprudencia constitucional pues el Estatuto de Autonomía no puede invadir una cuestión reservada a la Constitución, tal como sería el alterar el concepto, contenido o alcance de

las funciones normativas sin una habilitación constitucional expresa. Por tanto, procede estimar el recurso del CDM en relación a esta cuestión y anular los artículos concernientes a esta novedosa técnica de distribución competencial.

4. Consejo de Justicia de la CAM: la regulación constitucional del Poder Judicial lo configura como una competencia exclusiva del Estado, no pudiendo existir más órgano de gobierno que el Consejo General del Poder Judicial, cuyo estatuto y funciones quedan expresamente reservados al legislador orgánico tal como establecen las SSTC 253/2005, FJ 5 y 31/2010 FJ 47. Es más, en la STC 31/2010 FJ 47 el TC afirmó que “ningún órgano, salvo el Consejo General del Poder Judicial, puede ejercer la función de gobierno de los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial, exclusivo del Estado, ni otra ley que no sea la Orgánica del Poder Judicial puede determinar la estructura y funciones de aquel Consejo dando cabida [...] a eventuales fórmulas de desconcentración que, no siendo constitucionalmente imprescindibles, han de quedar, en su existencia y configuración, a la libertad de decisión del legislador orgánico”. En consecuencia, la creación del Consejo de Justicia de la Comunidad de Madrid como órgano de gobierno de la Administración de Justicia en la CAM supone una vulneración de los artículos 122.2 CE y 149.1.5 CE, debiendo estimarse el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el CDM.
5. Limitación de la contribución de la CAM a la solidaridad interterritorial: someter la contribución de la Comunidad de Madrid a la solidaridad territorial a una determinada condicionalidad es una cuestión *ultra vires* del legislador autonómico. La determinación del “esfuerzo fiscal que hayan de realizar las Comunidades Autónomas es cuestión que sólo corresponde regular al propio Estado”. En consecuencia “el respeto a las competencias del Estado como garante de la solidaridad interterritorial en el ámbito económico y financiero no permite la imposición estatutaria de condiciones respecto del esfuerzo fiscal comparado de las distintas Comunidades Autónomas” (STC 31/2010 FJ 134). Como resultado, la pretensión por parte de la CAM de limitar su contribución a la solidaridad territorial condicionando la misma al respeto por parte del Estado de la autonomía financiera de la CAM en los tributos que son de su competencia debe entenderse como contraria a la Constitución y, por tanto, debe anularse estimando el recurso del CDM.

En resumen, a la luz de los argumentos anteriormente reseñados, deben estimarse todas las pretensiones del recurso previo de inconstitucionalidad

interpuesto por el CDM en referencia al contenido del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid con excepción de lo relativo a los derechos estatutarios, materia en la que deben estimarse los argumentos del gobierno central y el ejecutivo de la CAM. Por último, cabe reseñar que de acuerdo con el artículo 79.8 LOTC, la tramitación de la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid no podrá continuar hasta que tales preceptos hayan sido suprimidos o modificados por las Cortes Generales, debiendo posponerse la sanción y promulgación de la norma hasta que se produzca dicha circunstancia.

Reparto de competencias

Eva Gomis Jaén

Investigadora predoctoral FPU en Derecho Constitucional
Universitat de València

I. PLANTEAMIENTO

El 29 de noviembre de 1997 entró en vigor la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico (LSE en adelante), haciendo lo propio, pocos días después, la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario.

Unos meses más tarde, con fecha de 27 de febrero de 1998, el Parlamento de Canarias presenta un recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la LSE, a saber: por un lado, el artículo 3.1.a) LSE; por otro, la disposición final primera, apartado 1 de esta misma ley. El primero de ellos –artículo 3.1.a) LSE– dice lo siguiente: “Corresponde a la Administración General del Estado, en los términos establecidos en la presente Ley: a) Ejercer las facultades de planificación eléctrica en los términos establecidos en el artículo siguiente”. Ello supone, para el Parlamento canario recurrente, una alteración inconstitucional del reparto de competencias toda vez que con tal indicación, el legislador estatal estaría atribuyendo en exclusiva la facultad planificadora en el sector eléctrico al Estado, obviando así las competencias autonómicas de desarrollo en materia de instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, estatutariamente establecidas y consonantes con el artículo 149.1.25 de la Constitución.

Por su parte, la disposición final primera, apartado 1, señala que esta ley goza de carácter básico, frente a lo que el Parlamento canario sostiene que, dada la exhaustividad de la regulación de la ley, su declaración formal como básica implica un vaciamiento de las competencias autonómicas de desarrollo legislativo, quedando reducidas al mero desarrollo reglamentario. Por este

motivo no puede aceptarse dicha declaración, que extiende el carácter básico a la totalidad de la ley, y por el contrario se debe determinar, artículo por artículo y desde una perspectiva material, cuáles de ellos son básicos y cuáles no.

Frente a ello, el Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, defiende la constitucionalidad de la ley básica estatal, apuntando que el artículo 3.1.a) LSE no declara una nueva competencia estatal, sino que se limita a recordar la competencia de planificación eléctrica constitucionalmente reconocida. De este modo, el legislador estatal simplemente estaría delimitando su propia competencia en materia de planificación en el sector eléctrico, sin anular por ello la competencia de planificación que corresponda a la Comunidad Autónoma de Canarias.

Por lo que se refiere a la disposición final primera, apartado 1 LSE, esto es, a la declaración del carácter básico de la ley, el representante del Presidente del Gobierno opone que nos hallamos ante un supuesto típico de ejercicio de competencias básicas para la ordenación de un sector económico que requiere de una gestión única y que, sin embargo, no prescinde de las especialidades autonómicas. Y no sólo encaja en el supuesto de ley básica, siendo, por tanto, respetuosa en todo punto con el reparto de competencias constitucionalmente establecido, sino que es la Ley del sector eléctrico canario, la que adolece de inconstitucionalidad en la medida en que contradice lo que dictan las bases. En consecuencia, el Presidente del Gobierno interpone, además, un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 2.3 de la Ley del Parlamento de Canarias 11/1997, de 2 de diciembre, que contempla una definición de “auto-productor” contraria a la establecida en normativa básica.

Usted es magistrado del Tribunal Constitucional y debe resolver este conflicto de competencias. ¿Qué solución aportaría?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El caso que aquí se nos presenta nos plantea una problemática relacionada con la técnica de reparto competencial bases-desarrollo. En concreto, el Parlamento autonómico canario impugna una ley básica estatal por entender que, por un lado, altera la distribución de competencias establecida en el bloque de constitucionalidad y, por otro, que se ha producido un exceso en el ejercicio de las competencias sobre legislación básica, invadiendo el ámbito autonómico de desarrollo normativo. Por su parte, la Abogacía del Estado en represen-

tación del Presidente del Gobierno presenta una lectura alternativa según la cual, es la legislación autonómica la que adolece de vicio competencial por contrariar la legislación estatal.

B. Problemas constitucionales

Surgen, como problemas constitucionales a tener en consideración, cuáles son los sujetos legitimados para establecer el reparto de competencias entre los distintos entes territoriales del Estado, así como la caracterización de la legislación básica y su relación con la normativa de desarrollo autonómica.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 149.1.13ª y 149.1.25ª de la Constitución española

Artículos 114.4 y 163.1 del Estatuto de Autonomía de Canarias

Artículo 3.1.a), 4, 9.1.b) y Disposición Final Primera, apartado 1, de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico

Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico

Artículo 2.3 de la Ley 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario

Jurisprudencia

Sentencia 32/1981, de 28 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 1/1982, de 28 de enero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 64/1982, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 56/1986, de 13 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 48/1988, de 22 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 69/1988, de 19 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 80/1988, de 28 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 132/1989, de 18 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 60/1993, de 18 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 163/1995, de 8 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 197/1996, de 28 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 54/2002, de 27 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 109/2003, de 5 de junio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 194/2004, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 18/2011, de 3 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 159/2012, de 17 de septiembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 146/2013, de 11 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 39/2014, de 11 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 166/2014, de 22 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 102/2016, de 25 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 155/2016, de 22 de septiembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 204/2016, de 1 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 1/2017, de 16 de enero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 51/2019, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional

D. Solución

Para resolver este conflicto competencial es preciso indicar, con carácter previo a cualquier otra operación, cuáles son las competencias en juego y cómo se relacionan entre sí, a fin de determinar el conflicto específico ante el que nos hallamos y las herramientas para resolverlo.

A la luz del supuesto presente, nos hallamos ante una colisión entre las competencias estatales sobre las “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” (artículo 149.1.13ª CE) y, más en concreto, sobre las “bases de régimen minero y energético” (artículo 149.1.25ª CE); y las competencias autonómicas sobre el “desarrollo legislativo y de ejecución en materia de ordenación de la actividad económica en Canarias” (artículo 114.2 del Estatuto de Autonomía de Canarias) y, “sin perjuicio de lo previsto en el artículo 149.1.13ª y .25ª de la Constitución, la competencia sobre [...] a) Instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, cuando no estén ubicadas en el mar territorial, este transporte transcurra íntegramente por el territorio de Canarias y su aprovechamiento no afecte a otro territorio, sin perjuicio de sus competencias generales sobre industria. b) Fomento y gestión de las energías renovables y de la eficiencia energética. c) El régimen minero en relación a la regulación y el régimen de intervención administrativa así como el control de las minas y los recursos mineros que estén situados en el territorio canario y de las actividades extractivas que se lleven a cabo. d) Autorización de instalaciones de producción, depósito y transporte de energías, así como su inspección y control, de acuerdo con las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica prevista en el artículo 149.1.13ª de la Constitución” (artículo 163.1 del Estatuto de Autonomía de Canarias).

Aunque enunciadas de manera diversa, las competencias autonómicas señaladas responden, todas ellas, al mismo esquema, de modo que en base a estos preceptos, extraemos sin dificultad que nos encontramos ante un supuesto de competencias compartidas en el que el Estado ostenta competencias para la elaboración de leyes básicas en materia de planificación general de la economía y en materia de régimen energético, mientras que la Comunidad Autónoma de Canarias goza de capacidad para desarrollar legislativamente tales bases. En otras palabras, estamos ante competencias compartidas articuladas mediante la técnica bases-desarrollo. Como podemos observar, tal esquema se compone mediante dos piezas, pues no basta con la mera referencia constitucional, sino que el Estatuto de Autonomía de Canarias está llamado a completar el específico reparto competencial en tales materias para el ámbito territorial de la respectiva comunidad autónoma. Esta apreciación reviste interés al caso que nos ocupa, en tanto que el Parlamento canario alegaba, en su oposición al artículo 3.1.a) LSE, que el legislador estatal estaba interviniendo ilegítimamente en dicho reparto, por lo que cabe interrogarse sobre quiénes son los sujetos legitimados para ello.

Si bien es cierto que el legislador estatal no puede incidir en el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sin expresa previsión constitucional o estatutaria –pues esta tarea queda reservada en exclusiva a la Constitución y a los Estatutos de Autonomía–, la doctrina del Tribunal Constitucional permite, en cambio, que en el ejercicio de sus respectivas competencias, tanto el legislador estatal como el autonómico puedan interpretar el alcance y los límites de éstas. Por tanto, lo decisivo para establecer si el legislador estatal se ha excedido en las tareas que tiene encomendadas, interviniendo en un reparto competencial que no le corresponde, será determinar si el artículo 3.1.a) LSE atribuye potestades al Estado que la Constitución no le reconoce o si, por el contrario, se limita a especificar aquello que la Constitución dispone.

El precepto impugnado indica que corresponde a la Administración General del Estado ejercer facultades de planificación eléctrica en base al artículo 4 LSE, el cual, a su vez, señala que la planificación será indicativa salvo en lo que se refiere a instalaciones de transporte, y que dicha planificación será realizada por el Estado con participación de las comunidades autónomas. No cabe desprender, en base a ello, ninguna competencia nueva y diferente de la contemplada en el artículo 149.1.25º sobre las bases de la planificación del sector eléctrico. Asimismo, el apartado 2 del artículo 4 LSE indica que la planificación eléctrica será sometida al Congreso de los Diputados, pudiendo entenderse esa planificación como aquella elaborada en el marco

de las competencias básicas estatales. Además, el apartado tercero del mismo artículo dice que tal planificación deberá referirse a una serie de aspectos, y si bien su contenido concreto ahora no interesa, cabe concluir de su lectura que no hace otra cosa que concretar la competencia sobre planificación que el Estado tiene constitucionalmente atribuida. Por tanto, ninguna tacha de inconstitucionalidad cabe hacer a estos preceptos, que en modo alguno alteran el reparto competencial establecido, situándose, todos ellos, dentro de los márgenes competenciales del Estado.

No obstante, esta capacidad para intervenir en la concreción de las propias competencias adquiere especial relevancia en el marco de la técnica bases-desarrollo, toda vez que la legislación autonómica de desarrollo se encuentra sujeta de una manera especialmente intensa al ejercicio de las competencias legislativas básicas estatales, al punto de operar, la ley básica estatal, como parámetro de constitucionalidad de la ley autonómica de desarrollo. Cabe aclarar, con carácter previo, que una singularidad tal responde al siguiente motivo: el cometido de la legislación básica no es otro que la regulación del interés general, siendo el Estado el único habilitado para determinarlo. Este interés general deberá ser respetado por la legislación autonómica de desarrollo, que por su propia definición únicamente tiene sentido en el marco establecido por lo básico, lo cual se limita a desarrollar. Los márgenes de dicho desarrollo, como es evidente, dependerán de la extensión de lo básico, de modo que una mayor concreción o puntualización en la norma básica –guiada, siempre, por el interés general, determinado única y exclusivamente por el Estado–, implicará un menor espacio para su desarrollo autonómico, y viceversa.

Así, podríamos decir que las competencias de desarrollo autonómicas actúan como el negativo de las competencias básicas estatales, de lo que se extrae que el legislador estatal, determinando las bases está, al mismo tiempo, determinando el alcance de las competencias de desarrollo autonómicas. Con ello, puede entenderse que la ley básica incide en el reparto competencial, y es sobre esta idea, sobre la que se apoya el Tribunal Constitucional para afirmar que la ley básica actúa como parámetro de constitucionalidad de la ley autonómica de desarrollo. La contradicción entre una y otra determinará la inconstitucionalidad de la ley autonómica, si bien se trata de una inconstitucionalidad singular, pues es mediata o indirecta.

Para el caso que nos ocupa, si la LSE actúa como parámetro de constitucionalidad de la Ley del sector eléctrico canario, significará que la contradicción del artículo 2.3 de esta última respecto de aquella deberá resolverse, tal y como solicitaba el Presidente del Gobierno, mediante la declaración de

inconstitucionalidad de la ley autonómica. No obstante, el Tribunal Constitucional viene exigiendo, para proceder con dicha declaración de inconstitucionalidad, que se cumplan dos requisitos, a saber: que la norma estatal infringida por la ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial, y que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa.

Por lo que se refiere al primer requisito, habremos de determinar si nos hallamos, efectivamente, ante una ley básica del Estado tanto en su dimensión formal como en su dimensión material. Procediendo con este análisis, cabe decir, por lo que respecta a su dimensión material, que una ley será básica si “garantiza, en todo el Estado, un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su estatuto” (STC 1/1982, de 28 de enero). Por tanto, este denominador común que es la ley básica no puede significar una regulación tan acabada que impida a las comunidades autónomas adoptar políticas propias en la materia, pues tal vaciamiento, además, implicaría un exceso competencial por parte del Estado que debería ser declarado inconstitucional. La LSE, ciertamente, cuenta con un altísimo nivel de detalle, pero ello no ha obstado para que, en ejercicio de las respectivas competencias autonómicas de desarrollo en la materia, la Comunidad de Madrid haya aprobado la Ley 2/2007, de 27 de marzo, por la que se regula la garantía del suministro eléctrico de la Comunidad de Madrid, o Cataluña, la Ley 18/2008, de 23 de diciembre, de garantía y calidad del suministro eléctrico. Por tanto, aun existiendo un denominador común muy pormenorizado, se dan las condiciones para que las comunidades autónomas puedan elaborar políticas propias, afirmándose así el carácter materialmente básico de la LSE.

Esta conclusión nos permite resolver, además, la impugnación que el Parlamento canario realizara sobre la Disposición final primera LSE, que, recordemos, declaraba el carácter básico de la ley, y frente a la que se alegaba un vaciamiento de las competencias autonómicas. Si no puede afirmarse que el detalle en la regulación sobre el sector eléctrico haya vaciado de contenido las competencias de desarrollo legislativo de algunas comunidades autónomas, que las han ejercido sin mayor inconveniente, tampoco puede afirmarse que lo haya hecho respecto de las competencias de otras comunidades autónomas, pues, por definición, la legislación básica tiene un alcance general para todas

ellas. Con todo, cabe apreciar, en cuanto a los ejemplos señalados, que dista una década entre la aprobación de las leyes madrileña y catalana, tomadas como ejemplo, y la ley canaria y la estatal. Sin embargo, en dicho periodo no se ha producido ninguna alteración sustancial en el aspecto que aquí nos interesa, que es el nivel de detalle de la LSE, por lo que la conclusión ha de mantenerse intacta. En consecuencia, la impugnación formulada por el Parlamento canario carece de recorrido, no pudiendo aceptarse su reproche a la disposición final primera, apartado 1, LSE.

A su vez, afirmando la constitucionalidad de dicho precepto de la LSE afirmaremos, al tiempo, su carácter básico desde una perspectiva formal. Por tanto, nos hallamos en condiciones de afirmar que se cumple el primer requisito que imponía el Tribunal Constitucional para la declaración de inconstitucionalidad mediata de una ley autonómica de desarrollo: el doble sentido formal y material de la ley básica estatal.

Queda por determinar, para concluir el examen de constitucionalidad del artículo 2.3 de la Ley del sector eléctrico canario, si su contradicción con la norma básica es insalvable por vía interpretativa. Llegados a este punto es preciso puntualizar que en 2013 se elaboró una nueva Ley del Sector Eléctrico que ha venido a sustituir a la de 1997, que es la que sirve como referencia en este supuesto, por lo que primero examinaremos la contradicción entre el artículo 2.3 de la Ley del sector eléctrico canario con el texto original de 1997 y, a continuación, con el texto actual a fin de determinar su constitucionalidad pretérita y presente.

El artículo 2.3 de la Ley del sector eléctrico canario afirma que se entenderá por autoprodutor el “productor de genere electricidad para su propio uso, sin perjuicio que pueda comercializar sus excedentes productivos”. Frente a ello, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en su artículo 9.1.b) establecía que los autoprodutores de energía, “son aquellas personas físicas o jurídicas que generen electricidad fundamentalmente para su propio uso”. Además, señalaba que “se entenderá que un autoprodutor genera electricidad, fundamentalmente para su propio uso, cuando autoconsume, al menos, el 30 por 100 de la energía producida por él mismo, si su potencia instalada es inferior a 25 MW y, al menos, el 50 por 100 si su potencia instalada es igual o superior a 25 MW”. Observamos, de la comparación entre ambos preceptos, que la legislación básica estatal exigía, para poder identificar a un sujeto como autoprodutor, que realizara un autoconsumo mínimo de la energía producida; consumo mínimo que es eludido en la ley autonómica de desarrollo. Por tanto, si en su contenido básico el autoprodutor debe cumplir el requisito de un consumo mínimo, dicho requisito no puede ser

soslayado por la legislación de desarrollo, que en todo caso debe elaborarse de conformidad con las bases. No existe, en este caso, espacio para la interpretación conforme, pues simplemente se suprime un contenido que es necesario. Siendo la contradicción insalvable, cabe determinar la inconstitucionalidad mediata del artículo 2.3 de la Ley sector eléctrico canario.

No obstante, esta definición de autoproductor ha sido suprimida en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, por lo que, desapareciendo el requisito de consumo mínimo y, en general, cualquier especificación sobre qué es un autoproductor, la norma autonómica resultaría, hoy, conforme a la ley básica y, por tanto, perfectamente constitucional.

A modo de síntesis, señalaremos que los conflictos de competencia que se nos presentan este supuesto se resolverían del modo que sigue: por lo que se refiere a la impugnación del artículo 3.1.a) LSE, el legislador estatal únicamente está concretando las propias competencias, sin intervenir en el reparto competencial establecido por el bloque de constitucionalidad, de manera que no puede entenderse inconstitucional. En cuanto a la Disposición final primera, apartado 1, LSE, tampoco cabe reprochar inconstitucionalidad alguna, pues la regulación pormenorizada que elabora la LSE sobre la materia no implica un vaciamiento de las competencias autonómicas que excluya su condición de básica. Por último, el artículo 2.3 de la Ley del sector eléctrico canario, si bien en algún momento adoleció de inconstitucionalidad mediata por contrariar a la ley básica sobre la materia, actualmente tal contradicción ha desaparecido, resultando constitucional en este punto.

Supremacía de la Constitución e integridad territorial

Comentario a la Ley 20/2017, de transitoriedad jurídica y
fundacional de la República de Cataluña

Germán M. Teruel Lozano

Profesor Titular de Derecho constitucional

Universidad de Murcia

I. PLANTEAMIENTO

El 27 de septiembre de septiembre de 2015 se convocaron elecciones autonómicas en Cataluña con un planteamiento “plebiscitario” sobre la independencia. El resultado fue un Parlamento fragmentado: los partidos abiertamente independentistas (JxSí y las CUP) sumaron un 47,74% de los votos, mientras que los partidos claramente contrarios a la independencia alcanzaron el 39,17% de los votos (Cs, PSC y PP). Catalunya Sí Que Es Pot obtuvo el 8,94% y Unió el 2,51%, aunque este último no logró ningún escaño. Aun así, a pesar de que los partidos independentistas no habían logrado sumar un apoyo que alcanzara el 50% de los votos, sí que dispusieron de mayoría absoluta en escaños (JxSí 62 escaños y las CUP 10, siendo la mayoría absoluta 68), y usaron la misma para continuar durante esa legislatura con la hoja de ruta rupturista. Entre otras iniciativas, el recién elegido Parlamento catalán aprobó la Resolución 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, que declaraba el “inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales” y el Parlamento se reconocía “como depositario de la soberanía y como expresión del poder constituyente”. A la que siguieron otras resoluciones y acuerdos encaminados a la celebración de un referéndum de autodeterminación.

El Tribunal Constitucional, por su parte, respondió con contundencia y rapidez declarando por unanimidad inconstitucionales y nulas estas resolu-

ciones (en especial, cfr. STC 259/2015, de 2 de diciembre y AATC 141/2016, de 19 de julio; 170/2016, de 6 de octubre; y 24/2017, de 14 de febrero). Además, la LO 15/2015, de 16 de octubre, había reformado la LOTC para otorgar al Constitucional toda una serie de facultades para velar por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones y para garantizar su ejecución.

Sin embargo, el desafío continuó y los días 6, 7 y 8 de septiembre de 2017 el Parlamento catalán aprobó sendas leyes de ruptura: la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación, y la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República. Unas leyes que fueron aprobadas en abierto desacato a la orden del Tribunal Constitucional de paralizar cualquier iniciativa en relación con el *procés* (AATC 123 y 124/2017, de 19 de septiembre) y con quebranto del procedimiento legislativo, conculcando derechos de los propios parlamentarios, como advirtieron los Letrados del Parlamento catalán y posteriormente fue concluido por el Tribunal Constitucional (SSTC 114/2017, de 17 de octubre y 124/2017, de 8 de noviembre). En particular, la votación de estos proyectos normativos se incluyó de forma sorpresiva en el orden del día de la sesión parlamentaria, restringiendo sustancialmente la posibilidad de introducir enmiendas, motivo por el cual la oposición se retiró del hemiciclo en el momento de su votación.

El Tribunal Constitucional también aquí reaccionó con celeridad y suspendió tanto las leyes como el decreto de convocatoria del referéndum, que habían sido impugnados por el Gobierno de la Nación (el 8 de septiembre se publicó en el BOE el acuerdo de suspensión por el Tribunal Constitucional de la Ley 19/2017 y de sus normas de desarrollo, y el 12 de septiembre el de la Ley 20/2017). En los días posteriores, aunque las leyes hubieran sido formalmente suspendidas, continuaron los preparativos para la realización del referéndum de autodeterminación, lo que llevó a que el Tribunal Constitucional, el 21 de septiembre, hiciera uso de sus facultades para enfrentarse a los incumplimientos de sus decisiones y fijó multas coercitivas a los miembros de las sindicaturas electorales y a los altos cargos de la Generalidad responsables de organizar el referéndum. A pesar de todo ello, el 1-O se celebró el referéndum de autodeterminación, sin ningún tipo de garantía y en flagrante contradicción con la legalidad constitucional. La participación se estimó en el 43.03% y el sí alcanzó el 90.18% de los votos. El 3 de octubre el rey Felipe VI, como jefe del Estado, envió un mensaje advirtiendo el quebranto que se estaba produciendo de “los principios democráticos de todo Estado de Derecho” y, “ante esta situación de extrema gravedad”, recordó que “es responsabilidad de los legítimos poderes del Estado asegurar el orden constitucional y el normal funcionamiento de las

instituciones, la vigencia del Estado de Derecho y el autogobierno de Cataluña, basado en la Constitución y en su Estatuto de Autonomía”.

El 10 de octubre se celebró un pleno en el Parlamento de Cataluña en el que el presidente de la Generalidad asumió los resultados del referéndum y “el mandato del pueblo de que Cataluña se convierta en un estado independiente en forma de república”, pero, al mismo tiempo, propuso al Parlamento “que suspenda los efectos de la declaración de independencia para que en las próximas semanas emprendamos un diálogo”. Tras esta sesión, los diputados independentistas de Junts pel Sí y la CUP firmaron en una sala anexa del Parlamento catalán una Declaración de los representantes de Cataluña en la que reconocían “la República catalana, como Estado independiente y soberano, de derecho, democrático y social” y disponían “la entrada en vigor de la Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República”, como inicio del proceso constituyente previsto por la misma.

La reacción ante esta insurgencia fue la defensa del orden constitucional fundamentalmente a través de tres mecanismos: en primer lugar, la intervención del Tribunal Constitucional declarando la nulidad radical de los actos adoptados (SSTC 114/2017, de 17 de octubre y 124/2017, de 8 de noviembre); en segundo lugar, aplicando el art. 155 CE como instrumento de coacción o coerción federal, lo que permitió la intervención del Gobierno autonómico y la disolución del Parlamento catalán con inmediata convocatoria de elecciones; y, por último, se abrieron distintas causas penales contra los principales responsables del *procés*.

A la luz de lo expuesto, realice un comentario a la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República atendiendo a su declaración de inconstitucionalidad en la STC 124/2017, de 8 de noviembre y poniéndola en relación con la idea de supremacía de la Constitución (máximo 1200 palabras).

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho: identifique los elementos más singulares de la Ley de transitoriedad jurídica catalana

El primer elemento que llama la atención de la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República es su fórmula de promulgación, sin mención al jefe del Estado ni al Estatuto de Autonomía. En la misma se recoge, simplemente: “Sea notorio a todos los ciudadanos que el Parlamento de Cataluña ha aprobado la Ley 20/2017, de 8

de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República”. Lo que contrasta con la fórmula ordinaria de promulgación: “Sea notorio a todos los ciudadanos que el Parlamento de Cataluña ha aprobado y yo, *en nombre del Rey y de acuerdo con lo que establece el artículo 65 del Estatuto de Autonomía de Cataluña*, promulgo la siguiente Ley...”. Algo que da prueba evidente de que el Parlamento catalán pretendía estar actuando como un poder constituyente original, al margen del orden constitucional y estatutario.

Lo cual es coherente con el contenido de la norma que, según señala su preámbulo, tenía por objeto, “una vez proclamada la independencia de Cataluña [...], dar forma jurídica, de forma transitoria, a los elementos constitutivos básicos del nuevo estado para que de forma inmediata pueda empezar a funcionar con la máxima eficacia y, al mismo tiempo, hay que regular el tránsito del ordenamiento jurídico vigente al que tiene que ir creando la República, garantizando que no se producirán vacíos legales”.

En concreto, el artículo 1 venía entonces a reconocer que “Cataluña se constituye en una República de Derecho, democrática y social”, residenciando su artículo 2 la soberanía de Cataluña “en el pueblo de Cataluña, y en Arán en el pueblo aranés”. De forma que esta Ley, según su art. 3, “hasta que se apruebe la Constitución de la República”, sería “la norma suprema del ordenamiento jurídico catalán”.

A partir de ahí, regulaba cuestiones propias de una Constitución como son el territorio, la nacionalidad, la separación de poderes o sistema institucional y los derechos y deberes de los ciudadanos, entre otras cuestiones. Destaca también cómo establecía un régimen transitorio para ordenar la sucesión de ordenamientos y de administraciones.

La elaboración de la futura Constitución de Cataluña se regulaba también en la propia ley, que preveía un proceso constituyente ordenado en tres fases: proceso participativo, elecciones constituyentes y elaboración de la propuesta de Constitución por una Asamblea constituyente; y ratificación de ésta en referéndum (art. 86).

B. Problemas constitucionales: identifique los extractos de la STC 124/2017, de 8 de noviembre que sintetizan los argumentos para justificar la inconstitucionalidad de la Ley de transitoriedad jurídica

— “La Ley recurrida pretende suplantar, prescindiendo de los procedimientos de reforma expresamente previstos en el ordenamiento, el orden constitucional y estatutario vigente en Cataluña por un régimen normativo transitorio que constituye su propio contenido, hasta su

sustitución definitiva, tras el proceso constituyente que regula, por una futura Constitución de la República de Cataluña.” (FJ. 3)

- “La ley recurrida [...] es, con toda evidencia, inconstitucional y lo es en su conjunto al contrariar, de modo explícito, principios esenciales e indisolubles de nuestro ordenamiento constitucional: la soberanía nacional, residenciada en el pueblo español, la unidad misma de la Nación constituida en Estado social y democrático de derecho y la propia supremacía de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes públicos y también, por tanto, el Parlamento de Cataluña (arts. 1.2, 2 y 9.1 CE).” (FJ. 5)
- “La Ley contradice, en primer lugar, la supremacía de la Constitución (art. 9.1 CE), pues “[n]ingún poder constituido puede pretender situarse por encima de la norma fundamental, como por su sola voluntad afirma el Parlamento autonómico en un ‘abierto y expreso desafío a la fuerza de obligar de la Constitución o del ordenamiento que sobre ella se levanta (STC 128/2016, de 7 de julio, FJ 5” [STC 114/2017, FJ 5 A).” (FJ. 5)
- “Es evidente que el legislador autonómico, al atribuirle la condición de “norma suprema”, situándola por encima de la Constitución, “ha olvidado ‘la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente [formalizado en la Constitución] y la actuación de los poderes públicos constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél” [STC 114/2017, FJ 5 A).” (FJ. 5)
- “la Constitución misma es fruto de la determinación de la nación soberana por medio de un sujeto unitario, el pueblo español, en el que reside aquella soberanía y del que emanan, por ello, los poderes del Estado (art. 1.2 CE)”, concebido este “como el conjunto de instituciones y órganos que ejercen, en todo el territorio, poder público y en el que se integran las Comunidades Autónomas” [STC 259/2015, FJ 4 a) y jurisprudencia allí citada] [...] Si en el actual ordenamiento constitucional solo el pueblo español es soberano y lo es de manera indivisible y exclusiva, ningún otro sujeto u órgano del Estado o ninguna fracción de ese pueblo puede pretender, declarándose soberano, disponer o quebrantar la soberanía nacional. Un acto de ese órgano o de un pueblo o de los ciudadanos de una Comunidad Autónoma que pretenda tal disposición o quebranto no puede dejar de suponer “una simultánea negación de la soberanía nacional que, conforme a la Constitución,

- reside en el conjunto del pueblo español” [SSTC 42/2004, de 25 de marzo, FJ 3; 259/2015, FJ 4 a), y 90/2017, de 5 de julio, FJ 6 a)]. (FJ. 5)
- La soberanía de la nación residenciada en el pueblo español “conlleva necesariamente su unidad”, como proclama el artículo 2 CE, y esta unidad del sujeto soberano “es fundamento de una Constitución mediante la que la nación misma se constituye, al propio tiempo, en Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)”. Se trata también de un Estado “único o común para todos y en todo el territorio, sin perjuicio de su articulación compuesta o compleja por obra del reconocimiento constitucional de las autonomías territoriales ... a las distintas nacionalidades y regiones que, constituidas en Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía, integran España” [STC 259/2015, FJ 4 a). (FJ. 5)]
 - De forma que la Comunidad Autónoma de Cataluña “trae causa en Derecho de la Constitución española y, con ella, de la soberanía nacional que proclama el art. 1.2 CE, en cuyo ejercicio, su titular, el pueblo español, se ha dado una Constitución que se dice y quiere fundada en la unidad de la Nación española”. No se presenta la Constitución, por lo tanto, como “el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores” a ella, sino como “norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones históricas anteriores” [STC 90/2017, FJ 6 a) y jurisprudencia allí citada]. (FJ. 5)
 - Hemos de recordar una vez más que todos los preceptos de la Constitución son susceptibles de reconsideración y revisión en derecho, pues nuestra Constitución, “como ley superior, no pretende para sí la condición de *lex perpetua*”, ya que admite y regula su revisión total (art. 168 CE y STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7). Así pues, el planteamiento de concepciones que pretendan modificar el orden constitucional, incluida la reconsideración de la identidad y unidad del titular de la soberanía, es desde luego factible en nuestro Ordenamiento “toda vez que, en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución ... no hay límites materiales a la revisión constitucional” [STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 4; doctrina que reitera STC 90/2017, FJ 6 b)]. Por lo tanto, “[e]s plena la apertura de la norma fundamental a su revisión formal, que pueden solicitar o proponer, entre otros órganos del Estado, las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas (arts. 87.2 y 166 CE)” [STC 114/2017, FJ 5 C)]. (FJ. 5)

- “ha deparado ... un atentado a la consideración del Estado español —en el que se integra la Comunidad Autónoma de Cataluña— como Estado de derecho y democrático, basado en los principios constitucionales que enuncia el art. 1.1 CE y que son a la vez valores comunes de los Estados miembros de la Unión Europea y en los que ella misma se fundamenta (art. 2 del Tratado de la Unión Europea)”. Ha pretendido también “cancelar de hecho en el territorio de la Comunidad Autónoma y para todo el pueblo catalán la vigencia de la Constitución, del Estatuto de Autonomía y de cualesquiera reglas de derecho que no se avinieran o acomodaran a su nuda voluntad”. Al obrar de este modo, la Cámara “se ha situado por completo al margen del derecho”, ha dejado “de actuar en el ejercicio de sus funciones constitucionales y estatutarias propias y ha puesto en riesgo máximo, para todos los ciudadanos de Cataluña, la vigencia y efectividad de cuantas garantías y derechos preservan para ellos tanto la Constitución como el mismo Estatuto”. En fin, con tan grave atentado al Estado de derecho, ha conculcado, “con pareja intensidad, el principio democrático, habiendo desconocido el Parlamento que el sometimiento de todos a la Constitución es otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta vez como un poder constituyente del que es titular el pueblo español, no ninguna fracción del mismo”, no pudiendo desvincularse en el Estado constitucional “el principio democrático de la primacía incondicional de la Constitución [STC 259/2015, FJ 4 b)]” [STC 114/2017, FJ 5 D)]. (FJ. 5)
- “En la demanda se funda el alegado motivo de inconstitucionalidad de orden formal en la inobservancia del procedimiento legislativo seguido en la tramitación y aprobación de la Ley impugnada. Una tramitación realizada por la vía del artículo 81.3 del Reglamento del Parlamento de Cataluña (RPC), en apenas once horas, en la que no se han admitido enmiendas a la totalidad, habiéndose otorgado un plazo de dos horas para la presentación de enmiendas al articulado, y en la que se ha impedido también la solicitud de dictamen al Consejo de Garantías Estatutarias, entre otras vulneraciones a los derechos de las minorías” (FJ. 6).
- “lo relevante ahora no son las singulares contravenciones reglamentarias que se denuncian en la demanda, sino la infracción absoluta y radical del procedimiento legislativo ordenado en el Reglamento del Parlamento de Cataluña. En efecto, al igual que en el supuesto enjuiciado en aquella Sentencia, en el caso que ahora nos ocupa “[l]a

proposición que dio lugar a la Ley impugnada se tramitó y aprobó ... al margen de cualquiera de los procedimientos legislativos previstos y regulados en el Reglamento del Parlamento de Cataluña y a través de una vía del todo inapropiada (art. 81.3 RPC)”, de la que “la mayoría se sirvió para improvisar y articular ad hoc un insólito cauce en cuyo curso quedaban por entero a su arbitrio las posibilidades de intervención y los derechos del resto de los grupos y diputados”. La mayoría ha impuesto, por lo tanto, “la creación de un atípico ‘procedimiento’ para la ocasión, aparentemente a imagen del de lectura única previsto en el Reglamento del Parlamento de Cataluña (cuyo art. 135.2, relativo a esta vía, estaba y sigue suspendido por providencia de este Tribunal de 31 de julio de 2017, en el recurso de inconstitucionalidad 4062-2017)”, consumando con su actuación “una arbitraria derogación singular de las normas reglamentarias para la ordenación de la legislación y una patente infracción de las específicas previsiones del Reglamento del Parlamento de Cataluña para su propia reforma””. (FJ. 6).

- “Se ha de concluir, por tanto, que en la tramitación parlamentaria de la Ley impugnada se ha incurrido en muy graves quiebras del procedimiento legislativo, que afectaron sin duda a la formación de la voluntad de la Cámara, a los derechos de las minorías y a los derechos de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante representantes (art. 23.1 y 2 CE)”. (FJ. 6).

C. Fuentes

Normativa

Ley del Parlamento de Cataluña 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República

Jurisprudencia

Sentencia 124/2017, de 8 de noviembre, del Tribunal Constitucional; en particular, FF.JJ. 3 y siguientes.

D. Solución

La Constitución, como norma suprema fundante de una comunidad política, asume como primera función la de dar forma al poder, limitando al poder político y sometiénolo al Derecho. De hecho, la gran innovación del constitucionalismo revolucionario que impulsó la ruptura con el Antiguo

Régimen en los siglos XVII y XVIII fue precisamente acabar con las antiguas Monarquías absolutas para dar paso a una nueva forma de organización política en la que el poder era limitado. Unos postulados que se fueron perfilando técnicamente a través de unas garantías en salvaguarda de esa supremacía de la Constitución como límite al poder político. En particular, la rigidez y la justicia constitucional han constituido los principales mecanismos que, desde las primeras décadas del siglo XX y especialmente tras la II Guerra Mundial, han permitido afirmar el ideal de “supremacía de la Constitución”, a partir del cual todos los poderes constituidos han de respetar y encuentran su legitimación en la propia Constitución. La supremacía constitucional se trata, así, de una condición exclusiva y excluyente que sólo puede atribuirse a la Constitución como norma fundamental que, además, en el constitucionalismo democrático encuentra sentido como expresión de la voluntad del pueblo soberano.

De ahí que un orden constitucional no pueda admitir que ninguna otra norma entre en competencia con la supremacía de su Constitución y que tenga que reputarse como un acto revolucionario ilegítimo cuando se pretende sustituir un orden constitucional por otro fuera de los cauces previstos por el mismo. Como expuso H. Kelsen: “una revolución, en este sentido amplio, ocurre siempre que el orden jurídico de una comunidad es nulificado y substituido en forma ilegítima por un nuevo orden, es decir, cuando la substitución no se hace en la forma prescrita por el anterior. En este punto carece de importancia examinar si tal substitución se produce mediante un levantamiento violento contra los individuos que hasta entonces tenían el carácter de órganos ‘legítimos’, capacitados para crear y modificar el orden jurídico. Carece igualmente de importancia investigar si la substitución se efectúa a través de un movimiento emanado de la masa del pueblo, o a través de la acción de personas que ocupan posiciones dentro del Gobierno. Desde el punto de vista jurídico, el criterio decisivo de una revolución es que el orden en vigor es derrocado y reemplazado por un orden nuevo, en una forma no prevista por el anterior”.

Precisamente, eso es lo que pretendió conseguirse durante el *procés* y esa era la vocación concreta de la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República de Cataluña. Una norma que se oponía de forma radical a la Constitución española de 1978, creando una legalidad paralela que pretendía regir Cataluña en el periodo de transición hasta que una Asamblea constituyente proclamara una nueva Constitución. Pero, antes incluso de que se aprobara esta nueva Constitución para Cataluña, la propia Ley de transitoriedad formalmente se presentaba a sí misma como tal, al predicar en su artículo 3º su condición de norma suprema y al afirmar

en su artículo 1º que al amparo de la misma “*Cataluña se constituye en una República de Derecho, democrática y social*”.

Sin embargo, a pesar de que formalmente la Ley de transitoriedad predicara para sí los rasgos propios de una Constitución, lo cierto es que cabe cuestionar tanto su legitimidad de origen como en atención a su propio contenido. Así las cosas, en primer lugar, esta Ley fue aprobada fuera de la legalidad constitucional y estatutaria vigente; violando en contenido y forma normas constitucionales y legales, y saltándose el procedimiento parlamentario previsto para la aprobación de leyes en el propio Parlamento catalán. De ahí que la misma deba reputarse ilegítima, sin que la invocación de una pretendida legitimidad democrática derivada del referéndum del 1-O subsane el vicio original de haber roto con un ordenamiento jurídico democrático. Pero, más allá, el contenido de la Ley de transitoriedad jurídica también resulta inaceptable desde el prisma de los principios constitucionales básicos que han de regir cualquier país que aspire a ser reconocido como una democracia constitucional. En concreto, no se respeta la separación de poderes cuando se prevé que los nombramientos judiciales dependan de una comisión mixta compuesta por miembros del Gobierno y del Tribunal Supremo catalán (art. 72) o cuando se confieren facultades al Gobierno para dictar disposiciones para la “*adaptación, modificación e inaplicación*” del Derecho, incluso de normas legales (art. 12).

En cualquier caso, más allá de las críticas concretas a esta Ley, la aventura independentista carece de cualquier justificación democrática. Como sentó el Tribunal Constitucional: “En el Estado social y democrático de Derecho configurado por la Constitución de 1978 no cabe contraponer legitimidad democrática y legalidad constitucional en detrimento de la segunda”. Cataluña no puede compararse con la Primavera árabe, por ejemplo. Ello porque, siguiendo con palabras del propio Tribunal, “la primacía incondicional de la Constitución es garantía de la democracia tanto por su fuente de legitimación y por su contenido como por la previsión misma de procedimientos para su reforma” (STC 259/2015, de 2 de diciembre, FJ. 5º).

Con la insurgencia del *procés* España se enfrentó a un intento revolucionario que puso en cuestión la supremacía de la Constitución y la consiguiente soberanía del pueblo español, creando una situación de “extrema gravedad”, como destacó el rey Felipe VI, que requirió una intervención de los poderes públicos para “asegurar el orden constitucional y el normal funcionamiento de las instituciones, la vigencia del Estado de Derecho y el autogobierno de Cataluña, basado en la Constitución y en su Estatuto de Autonomía”.

Desde un punto de vista jurídico podríamos preguntarnos si estuvo “vigente” la Ley de transitoriedad jurídica o si tuvo alguna eficacia la declaración de independencia. Pero, lo cierto, es que, ante una situación de quiebra, cuando el orden constitucional se ve desbordado, entonces la respuesta a estas preguntas es menos relevante. Desde el punto de vista jurídico-constitucional, de acuerdo con la Constitución de 1978, ni la Ley de transitoriedad jurídica ni la declaración de independencia tuvieron vigencia alguna y su invalidez era radical. Ahora bien, debe insistirse en que en una situación como la descrita la respuesta última no viene dada ni por una cuestión de validez normativa ni por razones de legitimidad, sino por quién logre mantener el control del territorio. En palabras de Kelsen, cuando un Estado se enfrenta a una revolución si la misma “tiene éxito, el viejo orden deja de existir y el nuevo empieza a ser eficaz”, mientras que si los revolucionarios fracasan “su empresa ya no es interpretada como un acto jurídico, como acto creador de derecho o como establecimiento de una Constitución, sino como acto ilegal, como crimen de traición”. Por suerte, a diferencia de lo que ocurrió en Venezuela en 1998 con el golpe de Estado chavista, en España se vivieron momentos de incertidumbre aquel otoño de 2017, pero, finalmente, el Estado logró defender su Constitución con los mecanismos excepcionales que existen en un Estado democrático de Derecho y se impuso. Se impuso la democracia del 78 y podemos decir que, gracias a ello, seguimos viviendo en “*an empire of laws, and not of men*” (Harrington).

E. Bibliografía

TERUEL LOZANO, Germán M. (2020): *Crisis constitucional e insurgencia en Cataluña: relato en defensa de la Constitución*, Dykinson, Madrid.

El sistema electoral español

La aplicación de la Ley D'Hondt y la práctica del *gerrymandering*

Miguel Domínguez García

Investigador predoctoral ACIF en Derecho Constitucional

Universidad de Alicante

I. PLANTEAMIENTO

En las últimas elecciones generales en España, el voto popular arrojó en la Provincia de Alicante los resultados que se muestran en la tabla expuesta a continuación.

PARTIDO	N.º DE VOTOS	%
Partido del Duque	240,202	28.60
Partido de la Malatesta	207,310	24.68
Partido de los Luceros	167,395	19.93
Partido Red Corner de la Comunidad Británica	108,533	12.92
Partido O'Hara de los Ciudadanos Irlandeses	69,143	8.23
Partido P&M	35,612	4.24
Partido de la Ciudadanía de Oscar Esplá	9,417	1.12
Partido del Presidente Canalejas	2,337	0.28
TOTALES:	839,949	100

En la provincia de Alicante se eligen 12 diputados, la barrera electoral es del 3% de los votos emitidos.

Usted es miembro del departamento jurídico del partido político “Malatesta”. El secretario general le solicita que realice los cálculos electorales

correspondientes para verificar la distribución de escaños en el Congreso de los Diputados por la provincia de Alicante según el sistema de reparto proporcional de la Ley D'Hondt. El objetivo es comprobar si la atribución de escaños es correcta, en conformidad con las disposiciones de la Constitución Española de 1978 y la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General (LOREG). (Supuesto 1).

Los primeros resultados otorgan una derrota ajustada para el partido, que aspira a obtener el Gobierno, pero que, según las estimaciones, se quedaría a dos diputados de alcanzar la mayoría absoluta en el Congreso, necesaria para la investidura de su candidato. Ante esta situación y la posibilidad de que se convoquen elecciones anticipadas, el secretario general plantea la opción de explorar una técnica conocida como *gerrymandering*. Esta práctica, frecuente en elecciones federales y estatales en los Estados Unidos, consiste en modificar las fronteras de los distritos electorales (en España, las provincias) mediante su división o fusión para obtener una distribución de escaños más favorable, sin alterar el número de votos. (Supuesto 2).

En esencia, el *gerrymandering* consiste en manipular los límites de los distritos/circunscripciones electorales con el fin de beneficiar a un partido político específico. Se hace mediante el diseño estratégico de las fronteras de esos distritos para que los resultados de las elecciones favorezcan a ese partido, sin cambiar el número de votos que se emiten. Un distrito o circunscripción electoral es un área geográfica en la que los votantes eligen a uno o varios representantes (por ejemplo, los diputados al Congreso). Con el *gerrymandering*, se modifican los límites de estos distritos, con la idea de que favorezcan al partido que realiza la manipulación.

Suele tener dos vertientes, la concentración o la dispersión del voto. Por un lado, para concentrar el voto, un partido puede agrupar a sus votantes en un solo distrito, de modo que gane en ese distrito de manera clara, obteniendo un mayor número de escaños. Además, al mismo tiempo, con esta operación se reducen las posibilidades de la oposición en otros distritos cercanos, diluyendo así el voto de la oposición. Por otro lado, si se opta por la dispersión, se pueden “dividir” a los votantes de la oposición entre varios distritos de pequeño tamaño, de modo que, aunque fueran mayoritarios en conjunto los partidos de la oposición no lograrían sumar suficientes votos en ningún distrito como para obtener escaños, pues sus votantes habrían pasado a ser “minorías” en los nuevos pequeños distritos.

El objetivo del *gerrymandering* es así asegurar que el partido que controla la delimitación o “dibujo” de los distritos obtenga más escaños que su propor-

ción real de votos. Esto permite que, a pesar de no tener una mayoría de votos a nivel general, gane la mayoría de los escaños en el parlamento.

Comprendiendo la práctica que propone emplear su propio partido, y después de reflexionar usted sobre las implicaciones éticas de la misma, decide proceder con los cálculos para evaluar si dividir la provincia de Alicante en dos distritos, separando las áreas rurales de las urbanas, podría mejorar los resultados para su partido utilizando exactamente los mismos votos. Para ello, el departamento de estadística le ha facilitado los resultados electorales en cada una de las dos mitades de la provincia.

Alicante Norte

PARTIDO	N.º DE VOTOS	%
Partido del Duque	72,061	27.01
Partido de la Malatesta	103,655	38.85
Partido de los Luceros	50,219	18.82
Partido Red Corner de la Comunidad Británica	21,707	8.14
Partido O' Hara de los Ciudadanos Irlandeses	10,300	3.86
Partido P&M	4,962	1.86
Partido de la Ciudadanía de Oscar Esplá	2,825	1.06
Partido del Presidente Canalejas	1,089	0.41
TOTALES NORTE:	266,818	100

Alicante Sur

PARTIDO	N.º DE VOTOS	%
Partido del Duque	168,141	29.34
Partido de la Malatesta	103,655	18.09
Partido de los Luceros	117,176	20.44
Partido Red Corner de la Comunidad Británica	86,826	15.15
Partido O' Hara de los Ciudadanos Irlandeses	58,843	10.27
Partido P&M	30,650	5.35
Partido de la Ciudadanía de Oscar Esplá	6,592	1.15
Partido del Presidente Canalejas	1,248	0.22
TOTALES SUR:	573,131	100

En la Provincia de Alicante Norte se reparten 6 diputados, en Alicante Sur otros 6. La población con derecho a voto, y por tanto los votos emitidos

en el norte y en el sur NO son los mismos, estando el sur significativamente más poblado, la barrera electoral es del 3% de los votos emitidos.

Aplicando de nuevo la Ley D'Hondt, y bajo la suposición de que la provincia de Alicante ha sido dividida en dos, se le encarga el nuevo cálculo del reparto de escaños como si se tratara de dos provincias independientes. Este análisis tiene como objetivo verificar si, mediante esta división territorial, su partido lograría obtener el número de escaños necesario para alcanzar el gobierno.

Antes de proceder, usted experimenta un nuevo debate moral interno sobre la ética de la estrategia planteada, aunque, una vez más, su elevada nómina mensual pesa en su toma de decisiones.

* Los supuestos y datos utilizados en ambos ejercicios son hipotéticos y no corresponden a ninguna elección real.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso práctico consta de dos supuestos diferenciados. En primer lugar, el *Supuesto 1* consiste en el cálculo de la atribución de escaños en la Provincia de Alicante utilizando la Ley D'Hondt. Este sistema, regulado por la LOREG, establece el método de funcionamiento proporcional para el sistema electoral español, tanto en el Congreso de los Diputados como en los parlamentos autonómicos.

En segundo lugar, el *Supuesto 2* busca ilustrar la relevancia de la proporcionalidad en un sistema electoral y el impacto de la delimitación de los distritos electorales. Para ello, se plantea un cálculo de atribución de escaños para cada una de las dos nuevas provincias del escenario hipotético. En este contexto, se menciona la práctica común del sistema estadounidense de manipulación legal de los resultados electorales (*gerrymandering*), con el fin de mostrar cómo el tamaño, la población y la delimitación de los distritos electorales, así como las características socioeconómicas específicas de cada área, pueden tener un impacto determinante en los resultados de la distribución de escaños.

B. Problemas constitucionales

El objetivo del ejercicio del primer supuesto es ejemplificar, mediante el cálculo manual de la distribución de escaños, el funcionamiento del

sistema electoral español y la fórmula proporcional ponderada de la Ley D'Hondt. Con este ejercicio, se pretende que el alumnado comprenda no solo la importancia del tipo de fórmula de cálculo escogida, sino también la trascendencia de las dimensiones y la configuración de las circunscripciones electorales, en el caso español las provincias. A través del cálculo, se reflejará con claridad cómo opera el sistema D'Hondt en el reparto de escaños y por qué se le denomina “proporcional ponderado” o “proporcional corregido”. Asimismo, se ilustrará la razón por la cual se designó este sistema en nuestro país y por qué comúnmente se le considera “facilitador de mayorías”.

Con el segundo supuesto, el alumnado podrá apreciar la relevancia que tiene el diseño de la circunscripción electoral para el funcionamiento transparente de un sistema democrático. En este caso, se observa cómo un simple “rediseño” de las fronteras, el tamaño o la cantidad de circunscripciones o distritos electorales puede generar cambios significativos en los resultados de unas elecciones, sin alterar el número de votos, votantes o la opción escogida por estos. Se pretende que el alumnado entienda cómo la “ingeniería electoral” es un aspecto que considerar y cuya supervisión y prohibición resulta imprescindible para asegurar un funcionamiento del sistema electoral proporcional.

Cabe señalar que el supuesto planteado de *gerrymandering* es completamente inverosímil en España bajo nuestro actual marco constitucional, en el que, necesariamente, los distritos electorales coinciden con las 50 provincias del Estado. La modificación de estos distritos solo sería posible mediante un cambio en las fronteras provinciales, con todas las consecuencias administrativas, fiscales, políticas y de gobernanza que ello conllevaría. Esto contrasta con el caso estadounidense, donde la modificación de los distritos electorales es independiente de la reorganización administrativa.

Aun así, resulta de interés para el alumnado comprender, a través de este segundo supuesto, la importancia de la dimensión y división de las circunscripciones electorales en un sistema proporcional para lograr resultados justos que reflejen la voluntad popular expresada en las urnas.

C. Fuentes

Artículo 68 de la Constitución española

Artículos 161 a 163 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General

D. Solución*Supuesto 1*

Total votos provincia unida: 839,949

Distribución de escaños:

Partido del Duque: 4 escaños

Partido de la Malatesta: 3 escaños

Partido de los Luceros: 3 escaños

Partido Red Corner: 1 escaño

Partido O'Hara: 1 escaño

Partido P&M: 0 escaños (supera la barrera, no recibe escaños)

Procedimiento matemático:

1º Organizar los partidos: Únicamente se habrán de tener en cuenta para el cálculo a los partidos que hayan superado la barrera electoral (es decir, los que tienen al menos un 3% de los votos emitidos). Los partidos que no alcanzan este mínimo se excluyen del reparto de escaños.

2º Dividir los votos: A continuación, se dividirá el número de votos de cada partido por los divisores 1, 2, 3, 4..., hasta el total del número de escaños a repartir (en este caso, hasta 12).

3º Construir la tabla: Para mayor claridad en el reparto, se han de colocar los resultados de las divisiones en las filas correspondientes, tal y como se expresa a continuación:

PARTIDO	÷ 1	÷ 2	÷ 3	÷ 4	...	÷ 12
Partido del Duque (240,202)	240,202	120,101	80,067	60,051	...	20,017
Partido de la Malatesta (207,310)	207,310	103,655	69,103	51,827	...	17,276
Partido de los Luceros (167,395)	167,395	83,698	55,798	41,849	...	13,950
Partido Red Corner de la Comunidad Británica (108,533)	108,533	54,267	36,178	27,133	...	9,044
Partido O'Hara de los Ciudadanos Irlandeses (69,143)	69,143	34,571	23,048	17,286	...	5,762
Partido P&M (35,612)	35,612	17,806	11,871	8,903	...	2,968

4º Identificar los escaños: Entre todos los valores de la tabla, se deben identificar los 12 números más altos (ya que se reparten 12 escaños). Estos números indican qué partidos reciben cada escaño.

5º Asignar escaños: Se otorgará un escaño al partido cada vez que uno de sus valores esté entre los más altos, hasta llegar a los 12. Si hay un empate en el valor, se asignará el escaño de acuerdo con las normas específicas de la LOREG.

Supuesto 2

Alicante Norte

Total votos provincia norte: 266,818 (35% de los votos totales provincia unida)

<u>Porcentajes de votos en el norte:</u>	<u>Distribución de escaños en el norte:</u>
Partido del Duque: 27.01%	*6 escaños a repartir en el norte
Partido de la Malatesta: 38.85%	Partido del Duque: 2 escaños
Partido de los Luceros: 18.82%	Partido de la Malatesta: 3 escaños
Partido Red Corner: 8.14%	Partido de los Luceros: 1 escaño
Otros partidos: No superan la barrera electoral	Otros partidos: 0 escaños

Alicante Sur

Total votos provincia sur: 573,131 (65% de los votos totales provincia unida)

<u>Porcentajes de votos en el sur:</u>	<u>Distribución de escaños en el sur</u>
Partido del Duque: 29.34%	*6 escaños a repartir en el sur
Partido de la Malatesta: 18.09%	Partido del Duque: 3 escaños
Partido de los Luceros: 20.44%	Partido de la Malatesta: 1 escaño
Partido Red Corner: 15.15%	Partido de los Luceros: 1 escaño
Partido O'Hara: 10.27%	Partido Red Corner: 1 escaño
Partido P&M: 5.35%	Otros partidos: 0 escaños
Otros partidos: No superan la barrera electoral	

Conclusiones del Supuesto 2

En el supuesto 2, el norte representa aproximadamente el 35% de la población, mientras que el sur abarca el 65%, es decir, cuenta con una mayor cantidad de votantes. La región norte es el bastión electoral del Partido de la Malatesta, lo que se traduce en una proporción más alta de sus votos en esta área. Al aplicar la táctica del *gerrymandering* y dividir la provincia de Alicante en dos distritos, norte y sur, los votos del Partido de la Malatesta “ganan peso”, asegurando un mayor número de escaños en el norte y cumpliendo así el objetivo de obtener dos escaños adicionales para alcanzar la investidura de su candidato.

En la provincia norte, que concentra el 35% de los votos totales, el Partido de la Malatesta aglutina el 55% de sus votos, mientras que el Partido del Duque reúne un 25% de sus votos en esta misma región. Por otro lado, en la provincia sur, que representa el 65% de los votos totales, el Partido del Duque obtiene una mayor proporción de sus votos. Sin embargo, al tratarse de una zona más poblada que reparte el mismo número de escaños, la división provincial dispersa los votos del Partido del Duque y reduce la competencia para el Partido de la Malatesta en esta zona.

Esta estrategia de dividir la provincia y concentrar los votos del Partido de la Malatesta en la región menos poblada (el norte) ha resultado en una ganancia significativa de escaños. La representación del Partido de la Malatesta pasa de una posible asignación de 2 escaños en un escenario unificado a 4 escaños tras la división, logrando así el objetivo de ganar dos escaños adicionales.

E. Bibliografía

KIRSCHENBAUM, Julia y LI, Michael (2021): *Gerrymandering Explained*, Brennan Center for Justice. Disponible *online* en: <https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/gerrymandering-explained>

Procedimiento legislativo

Eva Gomis Jaén

Investigadora predoctoral FPU en Derecho Constitucional

Universitat de València

I. PLANTEAMIENTO

En fecha de 8 de septiembre de 2022, y previa aprobación por el Consejo de Ministros, la Mesa del Congreso de los Diputados acuerda la tramitación del Proyecto de Ley de protección, derechos y bienestar de los animales, que es presentado por el Gobierno junto con la exposición de motivos y una serie de antecedentes. De igual modo, se incorpora una serie de documentos complementarios preceptivos en virtud de diversas leyes sectoriales. Pese a que el proyecto de ley presentado por el Gobierno no contempla especialidades procedimentales, la Mesa de la Cámara decide su tramitación mediante el procedimiento de urgencia, encomendando su examen a la Comisión de Derechos Sociales y Políticas Integrales de la Discapacidad.

Una vez el proyecto de ley es publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, el día 12 de septiembre, se abre un plazo de siete días para la presentación de enmiendas, que se amplía sucesivamente por la Mesa del Congreso hasta el 27 de octubre de 2022 a las 18:00 horas. En dicho plazo se recoge un total de 657 enmiendas, tres de ellas a la totalidad del proyecto, que son examinadas por una Ponencia de 15 miembros en el seno de la Comisión de Derechos Sociales y Políticas Integrales de la Discapacidad. A la conclusión de sus trabajos, la Ponencia emite su Informe sobre el Proyecto de Ley de protección, derechos y bienestar de los animales, en el que son incluidas en sus propios términos las enmiendas números 26, 34, 35, 40, 42, 43, 44, 54, 55, 56, 57, 59, 65, 68, 73, 76, 79, 80, 84, 88, 96, 102, 103, 108, 111, 112, 113, 115, 116, 126, 127, 129, 135, 137, 138, 140, 150, 152, 155, 156, 162, 163, 165, 166, 169, 174, 182, 185, 186, 187, 188, 191, 192, 193, 194, 200, 202, 203, 204, 205, 206, 214, 243, 249, 259, 266, 268, 272, 282, 284, 285, 288, 296, 298, 307, 308, 309, 310, 320, 331, 348, 349, 350, 352,

353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 361, 371, 374, 494, 498, 503, 504, 507, 508, 509, 510, 511, 514, 519, 520, 521, 525, 526, 527, 528, 529, 539 y 542. Por otro lado, la Ponencia incluye, además, una serie de enmiendas transaccionales, rechazando todas las demás. Asimismo, dicho informe señala que “las enmiendas no incorporadas al texto del proyecto por la ponencia y las que no se han retirado expresamente, aunque hubieran sido objeto de transacción, se mantienen para su debate en Comisión”, entre las que cabe incluir las tres enmiendas a la totalidad, en tanto que rechazadas, todas ellas, por la Ponencia.

Superada la fase de la Ponencia, el debate en la Comisión se inicia con la discusión sobre las tres enmiendas a la totalidad. A continuación, se somete a examen cada uno de los artículos individualmente considerados; para ello se toma como base el texto propuesto por la Ponencia en su informe y se contrasta, en su caso, con las enmiendas formuladas al proyecto que fueran menester. Una vez concluido el debate del articulado, se publica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Dictamen emitido por la Comisión de Derechos Sociales y Políticas Integrales de la Discapacidad sobre el Proyecto de Ley de protección de los derechos y el bienestar de los animales, así como los escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno; tales escritos suman un total de 452 enmiendas al articulado y tres enmiendas a la totalidad.

El debate en el Pleno se inicia el día 22 de diciembre de 2022 y, prolongándose hasta el 9 de febrero de 2023, concluye con la aprobación de un texto muy similar al del Dictamen que elaboró la Comisión, siendo rechazadas prácticamente todas las enmiendas que se habían mantenido para su discusión en sede plenaria. Aprobado, así pues, el Proyecto de Ley de protección de los derechos y el bienestar de los animales, y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 20 de febrero de 2023, es remitido junto con los antecedentes y los documentos producidos en la tramitación, al Presidente del Senado, para que esta Cámara se pronuncie sobre el particular en un plazo no superior a 20 días.

Ya en la Cámara alta, la Mesa del Senado determina, en base a las normas que rigen el procedimiento de urgencia por el que se está tramitando este proyecto de ley, que los Senadores y los grupos parlamentarios cuenten únicamente con cuatro días para presentar sus enmiendas y propuestas de veto, pasando a debatirlas directamente en el Pleno, pues no es preciso que se produzcan trabajos previos en Comisión. En este plazo de cuatro días se presentan 449 enmiendas y cuatro propuestas de veto. Tras debatir todas ellas en sede plenaria, en sesión de 8 de marzo de 2023 se acuerda, por mayoría absoluta, la interposición de veto al proyecto de ley. En consecuencia, el texto es remitido al Congreso de los Diputados, en cuya sesión plenaria de 16 de marzo, dicho veto es superado por la mayoría simple de los votos. De esta

forma, queda aprobado el Proyecto de Ley de protección de los derechos y el bienestar de los animales, que inmediatamente pasa a ser sancionado y promulgado por el Rey, y que finalmente es publicado en el Boletín Oficial del Estado bajo la rúbrica Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales.

El Grupo Parlamentario Mixto detecta una serie de irregularidades en el procedimiento que pretende hacer constar ante el Tribunal Constitucional, recurriendo ante él la norma aprobada. Redacte un escrito en calidad de portavoz de dicho grupo parlamentario en el que se hagan constar tales irregularidades.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En el caso que analizamos estamos ante el ejercicio de una iniciativa legislativa por parte del Gobierno, en forma de proyecto de ley, que es tramitada mediante el procedimiento de urgencia, por lo que observamos en él un acortamiento de los plazos en sus diversas fases. Asimismo, advertimos la interposición de veto por parte del Senado, que es superado por mayoría simple del Congreso de los Diputados.

B. Problemas constitucionales

Podemos indicar, como los principales problemas constitucionales que se desprenden de este supuesto, la identificación de los sujetos a los que se atribuye la facultad de iniciativa legislativa, las singularidades del procedimiento especial de urgencia en la tramitación parlamentaria de tal iniciativa, la singularidad que reviste el tratamiento de las enmiendas a la totalidad y, por último, la capacidad del Senado de determinar el texto que finalmente se apruebe mediante la interposición de veto al aprobado por el Congreso.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 87, 88, 89, 90 y 91 de la Constitución española

Artículos 91, 93, 94, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122 y 123 del Reglamento del Congreso de los Diputados

Artículos 104, 105, 133, 134, 135 y 136 del Reglamento del Senado

Jurisprudencia

Sentencia 108/1986, de 29 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 57/1989, de 16 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 76/1994, de 14 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 194/2000, de 19 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 234/2000, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 97/2002, de 25 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 119/2011, de 5 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 238/2012, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional

D. Solución

El 28 de marzo de 2023 fue publicada en el BOE la Ley 7/2023, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, en cuya tramitación hemos detectado una serie de irregularidades, las cuales hacemos constar a los efectos oportunos:

En primer lugar, es preciso hacer referencia a la iniciativa legislativa, en este caso ejercitada por el Gobierno (artículo 87 de la Constitución, en adelante CE, y artículo 108 Reglamento del Congreso, en adelante RC). Siendo ello perfectamente posible, cabe indicar que los proyectos de ley presentados por el Gobierno deben ser aprobados en Consejo de Ministros, el cual los someterá al Congreso junto con una exposición de motivos y los antecedentes necesarios (artículo 88 CE y artículo 109 RC). Todo ello se respeta en sus justos términos en el caso presente, por lo que ningún reproche cabe hacer al efecto.

No se puede afirmar lo mismo, sin embargo, en cuanto a la determinación de la tramitación del proyecto de ley mediante el procedimiento de urgencia, pues si bien es cierto que tal declaración puede y debe hacerse por la Mesa del Congreso, ello debe venir impulsado por una previa petición del Gobierno, de dos grupos parlamentarios o de una quinta parte de los Diputados, tal y como estipula el artículo 93.1 RC. Únicamente es posible la declaración del procedimiento de urgencia de oficio, por iniciativa de la propia Mesa, cuando es efectuada por la Mesa del Senado (artículo 133.1 Reglamento del Senado, en adelante RS), escenario completamente otro del aquí examinado.

La declaración del procedimiento urgente implica, en síntesis, una reducción de la duración de los plazos a la mitad (artículo 94 RC), tal y como

sucede con el plazo de presentación de enmiendas que, siendo de 15 días en el procedimiento ordinario (artículo 110 RC) se reduce a 7 en este caso. No obstante, cabe interrogarse sobre la procedencia de las sucesivas prórrogas de este plazo efectuadas por la Mesa del Congreso. En base al artículo 91 RC, ello es del todo admisible, pues este precepto capacita a la Mesa para acordar la prórroga o reducción de plazos, indicando que tales prórrogas, salvo casos excepcionales, no podrán ser superiores a otro tanto del plazo establecido. Nada obsta, sin embargo, para que se produzcan sucesivas prórrogas de duración igual o inferior al plazo, tal y como sucede en este caso.

Es en el examen de las enmiendas donde detectamos amplias irregularidades que deben ser puestas de manifiesto, y es que se dispensa idéntico tratamiento a las enmiendas al articulado y a la totalidad, mientras que estas últimas deben ser canalizadas a través de un debate a la totalidad que no se producen en ningún momento. Tal y como preceptúa el artículo 112 RC, procede el debate a la totalidad cuando se hubieran presentado enmiendas a la totalidad, ante lo cual, el Presidente de la Comisión dará traslado de las mismas al Presidente del Congreso para su inclusión en el orden del día de la sesión plenaria en que hayan de debatirse. Por tanto, tal debate han de producirse con carácter previo a los trabajos de la Comisión y empleando como foro el Pleno del Congreso, cosa que no sucede aquí, siendo examinadas en primer lugar por la Ponencia, posteriormente debatidas en la Comisión y, por último, remitidas al Pleno. Por el contrario, los hechos deberían haberse producido del modo que sigue: un debate en sede plenaria, en el que cada una de las enmiendas a la totalidad diera lugar a un turno a favor y otro en contra (artículo 112.3 RC). En caso de que se aceptara alguna de las enmiendas a la totalidad, dependiendo del sentido de la misma, el proyecto de ley, o bien sería devuelto al Gobierno, entendiéndose rechazado por la Cámara, o bien se aprobaría un texto alternativo –el que figurase en la enmienda–, abriéndose con ello un nuevo plazo para la presentación de enmiendas, aunque sólo sobre el articulado (artículo 112.5 RC). Si, en cambio, tales enmiendas a la totalidad fueran rechazadas, se darían por decaídas, con lo que el proyecto se remitiría a la Comisión para continuar con su tramitación (artículo 112.4 RC) sin que resulte necesario que la Cámara vuelva a pronunciarse sobre ellas.

Ya en sede de la Cámara alta, hemos de confirmar, en primer término, la corrección de los plazos de 20 días para que realice un pronunciamiento y, dentro de ellos, de cuatro para la presentación de enmiendas y propuestas de veto. El primero de ellos queda establecido en el artículo 90.3 CE, así como también en el artículo 133 RS, que reza: “en los proyectos de ley declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados, el Senado

dispone de un plazo de veinte días naturales para ejercitar sus facultades de orden legislativo”. Mientras, el segundo plazo, muy breve, de cuatro días para presentar enmiendas, a contar desde la publicación del texto del proyecto, queda recogido en el artículo 135 RS. Tal corrección en los plazos contrasta, sin embargo, con la inadecuada supresión de la fase de los trabajos en la Comisión del Senado, pues sólo es posible prescindir de esta fase si no existen enmiendas o propuestas de veto (artículo 107.3 RS), cosa que no ocurre en este caso, o si la iniciativa hubiera venido siendo tramitada por el procedimiento de lectura única en Pleno (artículo 129 RS), cosa que tampoco sucede aquí.

Cabe referir una última y grave irregularidad, toda vez que la superación del veto interpuesto por el Senado se realiza mediante mayoría simple del Congreso de los Diputados. Tal y como indica el artículo 90.2 CE –y el 122 RC–, el veto se podrá superar, bien mediante mayoría absoluta de la Cámara del Congreso de los Diputados, bien mediante mayoría simple siempre que hubieran transcurrido dos meses desde su interposición, pero no por mayoría simple sin dejar transcurrir dicho plazo.

Por tanto, y sintetizando las anomalías detectadas, el acuerdo para tramitar el proyecto de ley mediante el procedimiento de urgencia no puede realizarse de oficio por la Mesa del Congreso de los Diputados, sino que debe ser solicitado por el Gobierno, por dos grupos parlamentarios o por una quinta parte de los miembros de la Cámara. Las enmiendas a la totalidad han de ser examinadas en un debate a la totalidad, previo al inicio de los trabajos de la Comisión de Congreso. Por último, el veto senatorial únicamente puede ser superado por el Congreso mediante mayoría simple previo transcurso de un plazo de dos meses, y no antes. Por todo ello se entiende que la Ley 7/2023, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, ha sido aprobada sin respetar los requisitos procedimentales establecidos, por lo que se solicita su expulsión del ordenamiento jurídico.

Iniciativa legislativa popular

Ángel Fernández Silva
Profesor Asociado Doctor
Universidad de Salamanca

I. PLANTEAMIENTO

Un sindicato de enfermería, al que denominaremos TESLA, pretende utilizar su poder de convocatoria y su masa social para presentar una iniciativa legislativa popular (ILP) ante el Congreso de los Diputados. El objetivo de su proposición de ley es mejorar las condiciones económicas y laborales de sus representados, las enfermeras y enfermeros españoles, mediante una ley aprobada en el Parlamento. Para ello, presentan (a través de su Comisión Promotora) una proposición de ley por vía de iniciativa legislativa popular, tal y como permite nuestra Constitución de 1978 (CE) en su artículo 87.3. El objetivo de la propuesta es doble: por un lado, establecer una rebaja fiscal en el impuesto de la renta sobre las personas físicas al colectivo enfermero y, por otro, aumentar los días de descanso para tales trabajadores mejorando así la conciliación y su bienestar. Registrada la ILP por parte de TESLA, la Mesa del Congreso de los Diputados rechaza la admisión a trámite de la misma. La causa que aluden para inadmitir la propuesta es que la ILP abarca asuntos no permitidos para la figura de la ILP a tenor de lo estipulado en el artículo 87.3 CE.

Los servicios jurídicos de TESLA contactan con usted para explorar las distintas vías y lograr asesoramiento para que su iniciativa siga adelante. Quieren demostrar la movilización suficiente como para alcanzar el mínimo de 500.000 firmas que se necesitan para presentar la ILP.

En particular, el sindicato desea:

- Recurrir la decisión de inadmisión por parte de la Mesa del Congreso.
- En caso de no admitirse su recurso, continuar adelante con su ILP, tratando de incluir su propuesta en el ámbito material permitido para esta figura.

- Una vez admitida la ILP, pretenden disponer del máximo plazo posible para la recogida de firmas, incluidas posibles prórrogas.
- Saber si los extranjeros pueden firmar una ILP en España.
- Saber si, reunidas las firmas necesarias, el Congreso tiene la obligación de aprobar la iniciativa.
- Por último, quieren que su portavoz pueda debatir en el Congreso su propuesta para explicar de primera mano sus razones y lograr la máxima repercusión posible.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso práctico pretende resolver las dudas planteadas por un sindicato profesional de enfermería ante la presentación de una iniciativa legislativa popular (ILP) ante el Congreso de los Diputados. Esta entidad presentó la ILP con el objetivo de mejorar sus condiciones económico-laborales, pero su propuesta fue inadmitida por la Mesa del Congreso por incurrir en alguna de las materias excluidas de la figura de la ILP.

B. Problemas constitucionales

Nuestra Constitución regula la iniciativa legislativa popular en su artículo 87.3. Sin embargo, los límites materiales y procedimentales del instrumento dificultan sensiblemente su empleo por parte de la ciudadanía. Los asuntos sobre los que procede presentar una ILP y, sobre todo, el elevado número de firmas necesarias para ello convierten a este instrumento en una vía secundaria para que colectivos y ciudadanos lo utilicen de manera efectiva para reivindicar sus intereses.

C. Fuentes

Constitución española (en particular, artículos 87.3, 23.1 y 13.2)

Ley Orgánica 3/1984, de 26 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular

Reglamento del Congreso de los Diputados

Jurisprudencia

Sentencia 76/1994, de 14 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 119/1995, de 17 de julio, del Tribunal Constitucional

D. Solución

Según el artículo 87.3 de la Constitución Española y la Ley Orgánica 3/1984, los ciudadanos pueden registrar ante el Congreso de los Diputados una proposición de ley vía iniciativa legislativa popular precedida de una exposición de motivos. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias, o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia. Por este motivo, la Mesa del Congreso inadmitió a trámite la ILP del sindicato de enfermería por incurrir en una de las materias prohibidas para la figura: las de carácter tributario. La iniciativa planteaba modificaciones en el impuesto sobre la renta de las personas físicas. Sin embargo, a priori sí procedería admitir la ILP si la misma sólo pretende mejorar las condiciones laborales de los empleados de enfermería (por ejemplo, aumentar sus días de descanso). Sobre las cuestiones planteadas por el sindicato, procede indicar lo siguiente:

- Según el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1984 que regula la iniciativa legislativa popular, la Comisión Promotora puede presentar recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra el acuerdo por el que la Mesa del Congreso inadmitió su ILP. Considera el TC en la STC 76/1994 (FJ 2) que una inadmisión de una iniciativa que no se ajuste a los criterios señalados en la ley puede vulnerar el derecho fundamental de participación política enunciado en el artículo 23.1 CE.
- Sería posible, según el apartado tercero del propio artículo sexto antes citado, que la iniciativa siguiera adelante si la Comisión Promotora corrige aquellos aspectos que impidieron la admisión de la proposición de ley, en particular lo relativo a las materias de carácter tributario. La iniciativa podría basarse sólo en mejorar las condiciones laborales de enfermería (aumento de plantilla, más días de descanso, modificaciones de jornada, etc.) siempre y cuando no abarquen asuntos excluidos de la iniciativa popular como las materias de carácter tributario, presupuestario o las propias de ley orgánica. Procede indicar que, en esta última categoría se incluyen, en particular, materias que desarrollen aspectos esenciales de los derechos fundamentales.
- Según el artículo 7.3 de la citada ley orgánica, la Comisión Promotora de la ILP contará con nueve meses para recoger el mínimo de 500.000

firmas necesarias, plazo que empieza a contar desde la notificación de la admisión de la iniciativa por parte de la Mesa del Congreso. En la práctica es muy habitual que la Mesa conceda (si se pide) la prórroga del plazo por tres meses más, ya que se han considerado periodos como la Navidad, el verano o una campaña electoral como situaciones que justifican la ampliación de dicho plazo.

- Según el artículo 13.2 de la Constitución Española, “solamente los españoles” (personas de nacionalidad española) podrán ejercer los derechos de participación política y, por ende, ello también involucra a la figura de la iniciativa legislativa popular al considerar el TC en la STC 119/1995 (FJ 3) que la figura implica una forma de ejercicio del derecho fundamental de participación del artículo 23.1 CE. Por lo tanto, los extranjeros no pueden avalar una iniciativa legislativa popular en España, quedando reservados los derechos de participación política a los españoles, a excepción de lo dispuesto para las elecciones municipales y elecciones al Parlamento Europeo. El artículo 1 de la Ley Orgánica reguladora de la iniciativa popular también confirma a los españoles como sujetos legitimados para apoyar una ILP. En este sentido, las firmas tienen que ser recogidas en papel sellado por la Junta Electoral, indicando los datos básicos del firmante y localidad en cuyo censo electoral se halla inscrita la persona, siendo esta condición necesaria según el artículo 9 de la Ley Orgánica 3/1984.
- Según el Reglamento del Congreso y atendiendo a la potestad parlamentaria, las proposiciones de ley (incluidas las de iniciativa popular) deberán someterse al trámite de toma en consideración, en el que la cámara en pleno decidirá si continúa o no con la tramitación parlamentaria de tal propuesta. Por tanto, no existe una obligación de aceptar una ILP que reúna el mínimo de firmas; tan sólo existe una obligación de que la misma se incluya en el orden del día de un pleno para su toma en consideración (artículo 13.1 de la Ley Orgánica 3/1984). En ese momento, el pleno decide si continúa con la tramitación de la propuesta o la rechaza.
- Según el artículo 13.2 de la Ley Orgánica 3/1984, un representante de la Comisión Promotora podrá comparecer en la comisión parlamentaria que debata su proposición de ley con carácter previo a la toma en consideración por el pleno, pero no existe previsión alguna que permita la intervención del citado representante en el pleno de la cámara. Lo oportuno sería que el representante acudiera a la citada comisión parlamentaria para persuadir a los grupos parlamentarios sobre la nece-

sidad de aprobar su iniciativa, las razones que llevan a su colectivo a presentarla y el gran apoyo social obtenido como consecuencia de la recogida de firmas.

E. Bibliografía

- ASTARLOA VILLENA, Francisco (2003): “La iniciativa legislativa popular en España” *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10-11, pp. 273-322.
- CUESTA LÓPEZ, Víctor (2007): *Participación directa e iniciativa legislativa del ciudadano en democracia constitucional*, Tesis doctoral de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.
- FERNÁNDEZ SILVA, Ángel (2021): *La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Tribunal Constitucional, Madrid.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad (2000): “La iniciativa legislativa en la Constitución de 1978”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 59 (mayo-agosto), pp. 57-92.
- PÉREZ ALBERDI, Reyes (2013): *El derecho fundamental a participar en los asuntos públicos*, Congreso de los Diputados, Madrid.
- VIDAL MARÍN, Tomás (2015): “Regeneración democrática e iniciativa legislativa popular”, *Revista para el análisis del Derecho “InDret”*, núm. 2, pp. 1-57.

Referéndum

Teoría y práctica

Alejandro Villaluenga Garrido¹

Doctorando en Derecho Constitucional

Universidad Complutense de Madrid

I. PLANTEAMIENTO

En un contexto de alta inestabilidad geopolítica, la guerra comercial entre EE.UU. y la Unión Europea (UE) está llegando a su límite máximo. Al mismo tiempo, desde hace años, se viene acelerando una carrera armamentística que los países están realizando por su cuenta. La OTAN se encuentra dividida, el acercamiento entre EE.UU. y Rusia cada vez es mayor y la UE se acerca con sigilo a China.

En este contexto, la Comisión Europea ha lanzado una iniciativa para crear un ejército europeo, tras un tiempo de profundos debates. Para que esta medida salga adelante, tiene que ser aprobada por el 80% de los 27 países que ahora conforman la UE. Cada Estado miembro cuenta con autonomía para decidir cómo lo va a hacer.

En estos momentos, España se encuentra desde el 27 de octubre en un estado de excepción a causa de grandes huelgas sindicales y unos altercados en las calles sin precedentes, si bien este concluye el próximo 12 de noviem-

1 Alejandro Villaluenga Garrido ha trabajado en el Parlamento Europeo (Dirección de Relación con los Parlamentos nacionales) entre 2022 y 2025, tras haber sido beneficiario de la beca *Schuman*. Es Graduado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (Premio Extraordinario) y ostenta un Máster Universitario en Intervención de la Administración en la Sociedad por la UNED. Actualmente, investiga sobre la protección de los derechos sociales, el desarrollo del derecho a la vivienda, y la participación ciudadana en la Unión Europea. Forma parte del programa de la UE “Diálogo con la Juventud” en la Comunidad de Madrid. Modo de contacto: avillalu@ucm.es y LinkedIn: Alejandro Villaluenga Garrido.

bre. Al mismo tiempo, el 13 de diciembre del año en curso está previsto un referéndum en la provincia de León para preguntar a la ciudadanía de dicha provincia si desea convertirse en la decimoctava comunidad autónoma.

Actualmente, en España gobiernan en coalición el Partido “de la Libertad” (PL) y el Partido “Por España” (PE). El Presidente del Gobierno es Federico Gutiérrez, del PL. El Gobierno se encuentra profundamente dividido sobre la cuestión de si unirse al ejército europeo, pues el primero así lo quiere y el segundo es más proclive a los intereses de la administración de los EE.UU. En este contexto, el Gobierno, presionado por la opinión pública, algunos partidos, y los medios de comunicación, se plantea la posibilidad de convocar un referéndum para comprometerse a hacer lo que el conjunto de la ciudadanía decida. La convocatoria del referéndum acerca de si España debe participar o no en un ejército europeo se publica el 10 de octubre del año en curso, estando prevista su celebración para el próximo 10 de enero.

Teniendo en cuenta la información ofrecida:

- 1.- El referéndum que va a tener lugar en León ha sido autorizado por la comunidad autónoma de Castilla y León. ¿Es correcto?
- 2.- Con referencia al referéndum de la posible entrada de España en un ejército europeo:
 - A) ¿Ante qué tipo de referéndum nos encontramos?
 - B) ¿Quién lo debe convocar?
 - C) ¿A través de qué instrumento legislativo se debe realizar?
 - D) ¿En qué fecha se podrá celebrar como mínimo? ¿Seguiría siendo válida su convocatoria?
 - E) ¿Cuál es la pregunta que formularías al cuerpo electoral?
 - F) Una vez celebrado, el “Partido de los Trabajadores” (PT), que no tiene representación parlamentaria en el Congreso de los Diputados (obtuvo un 3,05% de los votos en las últimas elecciones generales celebradas en España), no está de acuerdo con el resultado del referéndum en la provincia de Huelva, pues sospecha que ha podido existir una “compra de votos” en algunos municipios. ¿Es posible impugnar el resultado? ¿Quién estaría legitimado para ello? En su caso, ¿qué procedimiento debe seguirse y ante qué órgano?

Para reflexionar

- ¿Qué asuntos crees que deberían ser sometidos a referéndum? Ten en cuenta la distribución de competencias en nuestro ordenamiento jurídico y las consecuencias políticas de estas convocatorias ¿Sobre qué

temas se han convocado más referendos en países de nuestro entorno durante las últimas décadas? ¿Crees que deben existir algunas materias vetadas de este instrumento constitucional? ¿Por qué?

- ¿Existe un momento histórico reciente en el que haya sido más habitual la convocatoria de referendos? ¿A qué crees que se debe? A propósito de estas preguntas y lo aprendido en temas anteriores de la asignatura, reflexiona acerca de la relación entre pueblo y Constitución.
- ¿Con qué derecho fundamental de los contenidos en nuestra Constitución se relaciona la participación en un referéndum? ¿Qué papel juegan los partidos políticos en un referéndum? Consulta la jurisprudencia constitucional citada para reflexionar acerca de lo que el Tribunal Constitucional ha dicho sobre ello.
- En el contexto del *Brexit*, un diario británico publicó que los jueces se estaban comportando como “enemigos del pueblo” (“*enemies of the people*”). Infórmate sobre esta polémica y reflexiona con tus compañeros acerca de la “lucha de legitimidades” que puede existir entre lo decidido por “el pueblo” y alguno de los poderes del Estado ¿Son, en realidad, opciones irreconciliables?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En el ordenamiento jurídico español, el referéndum se encuentra regulado en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum. Tras reflexionar sobre los fundamentos y la naturaleza del referéndum, se ofrece un supuesto ficticio para que el alumno subsuma los hechos del mismo en el articulado de la ley e interprete alguno de sus extremos.

B. Problemas constitucionales

Se plantea el contexto en el que se podría producir un referéndum y su virtualidad en un contexto político delicado. Se plantea una duda interpretativa en relación con el solapamiento de distintos referendos.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 23, 92, 151, 167 y 168 de la Constitución española

Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum

Código de buenas prácticas sobre referendos de la Comisión de Venecia

Jurisprudencia

Sentencia 63/1987, de 20 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 103/2008, de 11 de septiembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 114/2017, de 17 de octubre, del Tribunal Constitucional

D. Solución

El referéndum es una herramienta político-jurídica de democracia directa. Consiste en la consulta que el Estado (o una entidad infraestatal) realiza al cuerpo electoral acerca de un asunto de especial trascendencia jurídica y/o política para que este se pronuncie de manera afirmativa o negativa, vote en blanco, o se abstenga.

La convocatoria de un referéndum supone una excepción al funcionamiento diario de la democracia representativa, tanto en nuestro país como en países de nuestro entorno. Al mismo tiempo, puede añadir una dosis importante de legitimidad a una serie de decisiones, e incentiva la participación popular y el interés de los ciudadanos por los asuntos políticos que a todos nos afectan.

Los motivos por los que se convocan referendos son variados, y responden a lógicas heterogéneas. Además, pueden verse afectados por multitud de factores que escapan a su concreta regulación por parte del ordenamiento jurídico: noticias falsas, el contexto geopolítico, la manipulación a través del discurso político con el objetivo de que se consigan unos intereses determinados, la manipulación por medio de las redes sociales y la inteligencia artificial, etc.

Pregunta 1: No, la autorización corresponde al Estado. Se trata de una competencia exclusiva del Estado, según el artículo 2 de la Ley Orgánica 2/1980.

Pregunta 2:

A) Se trata de un referéndum consultivo de los del artículo 92.2 de la Constitución.

B) El Rey debe convocar el referéndum, de acuerdo con el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 2/1980.

C) La convocatoria debe realizarse a través de Real Decreto acordado en Consejo de Ministros y refrendado por su Presidente, de acuerdo con el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 2/1980.

D) Teniendo en cuenta los hechos acaecidos y su delimitación temporal, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/1980, no sería posible celebrar el referéndum el 13 de diciembre. No solo esto, sino que además debería volverse a convocar. Solo en el caso de que el referéndum se hubiera convocado durante la vigencia del estado de excepción seguiría siendo válida su convocatoria, debiendo solo suspenderse su celebración. Al respecto, véase la interpretación de este artículo en el comentario de la Ley Orgánica 2/1980, de Linde Paniagua y Herrero Lera citado en la bibliografía (p. 100).

E) Debate con tus compañeros esta cuestión. Ten en cuenta que debe ser una pregunta neutra.

F) Sí, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica 2/1980, el PT puede impugnar el acuerdo sobre el escrutinio general de esta provincia ante la Junta Electoral de Huelva. Lo podrá hacer el mismo PT de acuerdo con lo establecido en el artículo 19.5 en conexión con el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 2/1980. El procedimiento a seguir será el establecido en el artículo 19.4 de la misma ley.

E. Bibliografía

FERNÁNDEZ RIVEIRA, Rosa María (2018): “Reflexiones sobre el referéndum: ¿una sencilla herramienta en democracia?”, *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 21, núm. 2, pp. 97-114.

LINDE PANIAGUA, Enrique y HERRERO LERA, Miguel (1980): “Comentario a la Ley Orgánica de modalidades de referéndum”, *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 6, pp. 83-105.

LÓPEZ RUBIO, Daniel (2019): “La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de referendos autonómicos”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 114, pp. 161-199.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (1982): “La inconstitucionalidad de la reforma de la Ley Orgánica de referéndum”, *Revista de Administración Pública*, núm. 97, pp. 171-204.

Sinopsis del artículo 92 de la Constitución Española. Página web del Congreso de los Diputados. Disponible *online* en: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=92&tipo=2>.

La relación entre el Congreso de los Diputados y el Senado

El bloqueo en el Congreso de la tramitación de las
Proposiciones de Ley procedentes del Senado y el
conflicto entre órganos constitucionales

María Luz Martínez Alarcón
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

La composición fragmentada del Congreso de los Diputados de los XV Legislatura (2023-2027) y la existencia de un Gobierno de coalición con apoyos muy justos para sacar adelante su programa político ha complicado las posibilidades acción de la mayoría parlamentaria del Congreso, que se ve obligada, constantemente, a realizar transacciones en los procesos de producción del Derecho. Pero, además, en esta misma Legislatura encontramos una diferente composición en el Congreso y en el Senado y en sus estructuras orgánicas –por ejemplo, sus Mesas– que ha dado lugar a enfrentamientos institucionales habituales entre ambas Cámaras.

En el momento en el que se escriben estas líneas¹ el Congreso de los Diputados está compuesto por 348 Diputados² que se distribuyen como sigue: 137 Diputados el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, 119 Diputados el

1 El 12 de febrero de 2025 es la fecha en la que se consultan los datos necesarios para elaborar este supuesto práctico.

2 El Congreso de los Diputados se compone de 350 Diputados. Ahora bien, a lo largo de la legislatura se producen altas y bajas en la composición de los grupos parlamentarios. La sustitución de un diputado que causa baja no es inmediata y, por lo tanto, el número de miembros de un grupo es menor hasta que el sustituto adquiere la plena condición de diputado y se adscribe a un grupo parlamentario.

Grupo Parlamentario Socialista, 33 Diputados el Grupo Parlamentario VOX, 26 Diputados el Grupo Parlamentario Plurinacional SUMAR, 7 Diputados el Grupo Parlamentario Republicano, 7 Diputados el Grupo Parlamentario Junts per Catalunya, 6 Diputados el Grupo Parlamentario Euskal Herria Bildu, 5 Diputados el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y 8 Diputados el Grupo Parlamentario Mixto. Se trata de una Cámara Baja con una composición muy fragmentada que ha dado lugar a un Gobierno de coalición (PSOE-SUMAR) que debe aunar el consenso de muchas y distintas fuerzas políticas en el Parlamento para desarrollar su programa político y, de momento, lo está consiguiendo no sin muchas dificultades.

El Senado, también en el momento en el que se escriben estas líneas, está compuesto por un total de 265 Senadores (208 elegidos por sufragio universal director y 57 designados por las comunidades autónomas). La distribución de estos Senadores entre los Grupos Parlamentarios es la siguiente: 145 Senadores el Grupo Popular en el Senado, 88 Senadores el Grupo Socialista, 9 Senadores el Grupo Izquierdas por la Independencia (Esquerra Republicana-Euskal Herria Bildu), 7 Senadores el Grupo Plural en el Senado Junts per Catalunya-Coalición Canaria-Agrupación Herreña Independiente-Bloque Nacionalista Galego, 6 Senadores el Grupo Vasco en el Senado (EAJ-PNV), 6 Senadores el Grupo Izquierda Confederal (Más Madrid, Eivissa i Formentera al Senat, Compromís, Agrupación Socialista Gomera y Geroa Bai) y 4 Senadores el Grupo Mixto. Como se puede comprobar, el Grupo Parlamentario Popular en el Senado cuenta con la mayoría absoluta en dicha Cámara.

Como sabemos, la Constitución española atribuye la iniciativa legislativa al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras (artículo 87, apartado primero) y a los ciudadanos a través del mecanismo de la iniciativa legislativa popular (artículo 87, apartado tercero). La actual composición del Senado, con una mayoría absoluta del Grupo Parlamentario Popular, que se proyecta asimismo en las articulaciones orgánicas de la Cámara que responden al principio de la representación proporcional, ha permitido que dicho grupo haya podido someter a la toma en consideración de dicha Cámara un conjunto de Propositiones de Ley que, con posterioridad, han sido enviadas al Congreso para continuar con su tramitación en el marco del procedimiento legislativo ordinario. Sin embargo, estas Propositiones de Ley procedentes del Senado están quedando varadas en el Congreso de los Diputados como consecuencia de sucesivas prórrogas del plazo de presentación de enmiendas. El Grupo Popular en el Congreso ha realizado numerosos requerimientos solicitando el desbloqueo de la situación considerando, además, que muchas de dichas Propositiones

de Ley contarían con el respaldo de la mayoría de la Cámara Baja, poniendo en aprietos al Gobierno de la nación.

El Pleno del Senado, en su sesión número 11 celebrada el 7 de febrero de 2024³, tomó en consideración la *Proposición de Ley Orgánica contra la ocupación ilegal y para la convivencia vecinal y la protección de la seguridad de las personas y cosas en las comunidades de propietarios* (conocida como Proposición de Ley contra la ocupación ilegal)⁴ y, tras ello, fue remitida al Congreso de los Diputados para que continuara la tramitación del procedimiento legislativo ordinario donde, en febrero de 2025, todavía se encuentra paralizada en el Congreso a pesar de los requerimientos del Grupo Popular en dicha Cámara, hasta ahora desoídos, para que se no obstaculice o bloquee la continuación del procedimiento legislativo ordinario aplicable a esta norma.

En la página del Congreso de los Diputados, a la fecha de la elaboración de este texto, se indica que la Proposición de Ley referida, presentada el 12 de febrero de 2024, fue calificada el 20 de febrero de 2024. Una vez remitida a la Comisión de Justicia se abrió el plazo para la presentación de enmiendas que concluía el día 12 de marzo de 2024. Desde entonces, se ha ampliado el plazo de presentación de enmiendas hasta en 35 ocasiones (la última ampliación se extiende hasta el 19 de febrero de 2025).

Responda a las siguientes cuestiones:

1. A su juicio, ¿cuál son los elementos –políticos y jurídicos– determinantes para que la *Proposición de Ley Orgánica contra la ocupación ilegal y para la convivencia vecinal y la protección de la seguridad de las personas y cosas en las comunidades de propietarios* continúe varada en el Congreso de los Diputados?
2. ¿Qué posibilidades de reacción tiene el Grupo Parlamentario Popular?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El caso práctico plantea un conflicto institucional entre el Congreso de los Diputados y el Senado en el marco del procedimiento legislativo en la actual legislatura. La fragmentación del Congreso, que obliga a continuas negociaciones por parte del Gobierno de coalición, contrasta con la mayoría absoluta en el Senado del Grupo Parlamentario Popular. Ello ha conducido

3 BOCG. Senado. XV Legislatura, núm. 60, de 09/02/2024.

4 BOCG. Congreso de los Diputados. XV Legislatura, serie B, núm. 64-1, de 23/02/2024.

a que diversas Propositiones de Ley tomadas en consideración por parte del Senado se hayan paralizado una vez remitidas al Congreso mediante la prórroga sucesiva del plazo de enmiendas.

Un caso específico de este bloqueo es la Proposition de Ley Orgánica contra la ocupación ilegal, aprobada por el Senado el 7 de febrero de 2024 y remitida al Congreso, donde desde su calificación el 20 de febrero de 2024 ha visto ampliado su plazo de enmiendas en numerosísimas ocasiones. Esta situación, desde la óptica del Grupo Popular, impide su tramitación efectiva a pesar de que podría contar con respaldo suficiente en la Cámara Baja.

B. Problemas constitucionales

El Grupo Parlamentario Popular denuncia que la Mesa del Congreso está bloqueando la continuación del procedimiento legislativo ordinario cuando se trata de Propositiones de Ley que han sido tomadas en consideración en el Senado y que ello está sucediendo también en el caso de la *Proposition de Ley Orgánica contra la ocupación ilegal y para la convivencia vecinal y la protección de la seguridad de las personas y cosas en las comunidades de propietarios*. El bloqueo se produce a través de sucesivas decisiones de ampliación del plazo de presentación de enmiendas.

En efecto, esta Proposition ha experimentado múltiples prórrogas –ya más de una treintena– en el plazo de presentación de enmiendas en el Congreso de los Diputados y se ha denunciado que, a través de estas prórrogas, la Mesa del Congreso estaría dilatando innecesariamente su tramitación. La sensación, además, es que dicho bloqueo se puede dilatar *sine die*. La resolución del caso práctico implica abordar, desde una óptica constitucional, los elementos determinantes de la paralización de la Proposition de Ley Orgánica y las eventuales posibilidades de reacción del Grupo Parlamentario Popular.

C. Fuentes

Normativa

Reglamento del Senado: Título IV (“Del procedimiento legislativo”), Capítulo primero (“Del procedimiento legislativo ordinario”), Sección segunda (“De la iniciativa legislativa del Senado”): Artículos 108 a 109.

Reglamento del Congreso de los Diputados: Título V (“Del procedimiento legislativo”), Capítulo primero (“De la iniciativa legislativa”) y Capítulo segundo (“Del procedimiento legislativo común”): Artículos 108-127. Y artículo 91, apartado primero.

Constitución española: Artículos 53.2, 161.1.b) y 162.1.b) (amparo constitucional).

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional: Artículos 41 a 58 (amparo constitucional); y 59.1.c) y 73 a 75 (conflicto entre órganos constitucionales).

Jurisprudencia

Sentencia 45/1986, de 17 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 234/2000, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 34/2018, de 12 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 44/2018, de 26 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 124/2018, de 14 de noviembre, del Tribunal Constitucional

D. Solución

1. A su juicio, ¿cuál son los elementos –políticos y jurídicos– determinantes para que la *Proposición de Ley Orgánica contra la ocupación ilegal y para la convivencia vecinal y la protección de la seguridad de las personas y cosas en las comunidades de propietarios* continúe varada en el Congreso de los Diputados?

Desde un punto de vista político, el elenco de sucesivas ampliaciones en el plazo de presentación de enmiendas en el Congreso de todas las Proposiciones de Ley que son el resultado de la iniciativa legislativa del Senado tiene que ver con la voluntad política de interrumpir el desarrollo normal del procedimiento legislativo ordinario en estos supuestos y parece que puede explicarse por varios motivos. Se podría estar intentando evitar que el programa político del Partido Popular sea visible o impedir que algunos de los puntos de dicho programa político, en el caso de continuar el procedimiento legislativo con normalidad, pudieran recabar el apoyo suficiente de la mayoría parlamentaria del Congreso, poniendo con ello en aprietos al Gobierno de la nación.

Desde un punto de vista jurídico, la posibilidad de encontrarnos con un bloqueo, en el Congreso de los Diputados, de la tramitación de las Proposiciones de Ley tomadas en consideración en el Senado está relacionada con una regulación deficiente del trámite de presentación de enmiendas en el Reglamento del Congreso (en adelante, RCD).

La Constitución española solo hace referencia explícita a la facultad de enmiendas en el artículo 90, apartado segundo⁵. Por lo tanto, debemos recurrir a los Reglamentos de las Cámaras para conocer cómo se regula el trámite de presentación de enmiendas en el procedimiento legislativo ordinario.

Según el artículo 125 RCD, “Las proposiciones de ley que, de acuerdo con la Constitución, hayan sido tomadas en consideración por el Senado, serán tramitadas por el Congreso como tales proposiciones de ley, excluido el trámite de toma en consideración”. Sobre el trámite de enmiendas que ahora interesa, su artículo 110 dispone que dichas enmiendas pueden ser de dos tipos: a la totalidad o al articulado.

Las enmiendas a la totalidad solo pueden ser presentadas por los Grupos Parlamentarios y versan sobre la oportunidad o el espíritu de la norma, es decir, afectan globalmente al texto en discusión. Pueden ser a su vez de dos tipos: enmiendas a la totalidad de texto alternativo, que rechazan el texto de la norma y proponen un texto alternativo; y enmiendas a la totalidad de devolución, que proponen la devolución de la norma y cuya finalidad es que no continúe la tramitación del texto. Las enmiendas a la totalidad de devolución solo se pueden plantear contra proyectos de ley o contra proposiciones de ley que no han sido tomadas en consideración por el Congreso (esto es, contra las proposiciones de ley del Senado, cuya toma consideración se produce en esta Cámara).

Las enmiendas al articulado pueden ser presentadas por los Diputados y por los Grupos Parlamentarios y persiguen la supresión o modificación de determinados contenidos de la propuesta normativa o la adición de contenidos a la misma.

El mismo precepto 110 RCD, en su apartado primero, dispone que “Publicado un proyecto de ley, los Diputados y los Grupos Parlamentarios tendrán un plazo de quince días para presentar enmiendas al mismo mediante escrito dirigido a la Mesa de la Comisión...”. Esta previsión es también aplicable, conforme a lo previsto en los artículos 125 a 127 RCD, a las proposiciones de ley que formulen el resto de sujetos con iniciativa legislativa. Por otra parte, el artículo 110 RCD debe conectarse con el artículo 91.1 del mismo texto que

5 Este precepto dispone que “El Senado en el plazo de dos meses, a partir del día de la recepción del texto, puede, mediante mensaje motivado, oponer su veto o introducir enmiendas al mismo. El veto deberá ser aprobado por mayoría absoluta. El proyecto no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el texto inicial, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple”.

prevé que “La Mesa de la Cámara podrá acordar la prórroga o reducción de los plazos establecidos en este Reglamento”. Por consiguiente, la Mesa del Congreso puede ampliar o prorrogar los plazos de presentación de enmiendas y no encuentra ningún tipo de límite en el precepto.

El plazo de quince días hábiles es en muchas ocasiones insuficiente para examinar el texto legislativo y preparar y presentar las consiguientes enmiendas. Y es habitual que, por acuerdo de la Mesa del Congreso, en uso de las previsiones generales sobre prórroga y reducción de plazos que contempla el artículo 91 RCD, se acuerde la ampliación del plazo inicial de 15 días para la presentación de enmiendas. Ahora bien, como se ha señalado, si bien la existencia del artículo 91 RCD permite sucesivas ampliaciones de plazo inicial de presentación de enmiendas, y el Derecho parlamentario es un derecho flexible por su naturaleza instrumental, no se pueden aprovechar los resquicios del Reglamento para hacer un uso abusivo de la facultad de prórroga por parte del órgano rector con el objeto de dilatar indefinidamente el procedimiento. Este tipo de prácticas va en contra de la finalidad de la norma, que es dotar a la Mesa de un margen de flexibilidad con respecto al plazo de presentación de enmiendas para adaptarse a las circunstancias y, sobre todo, permitir a los grupos parlamentarios disponer de un tiempo suficiente para preparar adecuadamente la presentación de enmiendas.

En definitiva, el RCD no prevé límites al número de ocasiones en las que resulta posible ampliar el plazo de presentación de enmiendas (artículo 110.1 del RCD en conexión con el artículo 91.1 del mismo texto). Y esta falta de límites está siendo utilizada para obstruir el correcto desarrollo de la función legislativa.

Al respecto, las propuestas doctrinales que reclaman que se limite la posibilidad de ampliar el número de ampliaciones del plazo de presentación de enmiendas podrían contribuir a solucionar este tipo de problemas (véase, al final, la bibliografía citada). Una reforma en este sentido podría limitar las posibilidades de decidir sobre este asunto actuando con criterios de oportunidad política. Es más, ya se han producido intentos de modificación del RCD en esta dirección, todos ellos hasta ahora frustrados⁶. En cualquier caso, para

6 Puede consultarse, por ejemplo, la propuesta de reforma del RCD que presentó el grupo parlamentario socialista en el año 2017 para limitar el número de ampliaciones de los plazos de enmiendas (en BOCG. Congreso de los Diputados, XII Legislatura, serie B. Proposición de Ley, núm. 147-1, de 08/09/2017, 147-1). En ella se proponía una modificación del artículo 110, apartado primero, RCD, para que quedara redactado de la siguiente forma: “1. Publicado un proyecto de ley, los Diputados y los Grupos Parlamentarios tendrán un plazo de quince días para presentar enmiendas al mismo mediante escrito dirigido a la Mesa de la Comisión. Este plazo podrá ser prorrogado

que resultara realmente efectiva una reforma en estos términos, probablemente sería preciso acompañarla con la introducción de alguna medida para evitar que el bloqueo a través de la ampliación del plazo para presentar enmiendas pudiera ser sustituido por un bloqueo indefinido en la constitución y trabajo de las ponencias legislativas (véase la propuesta que formuló en el año 2022 el Grupo Parlamentario Ciudadanos en la nota a pie de página número 6).

2. ¿Qué posibilidades de reacción tiene el Grupo Parlamentario Popular?

Se podría barajar la posibilidad de plantear un recurso de amparo constitucional.

El recurso de amparo constitucional es un mecanismo de protección jurisdiccional reforzada de protección de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo 2º del Título primero de la Constitución española, y del derecho a la objeción de conciencia reconocido en el artículo 30, también de la Constitución española, que se sustancia ante el Tribunal Constitucional. Este proceso se encuentra regulado en los artículos 53.2, 161.1.b) y 162.1.b) de la Constitución española y en los artículos 41 a 58 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC).

hasta en dos ocasiones por acuerdo de la Mesa del Congreso si lo solicita algún Grupo Parlamentario. Para que puedan acordarse posteriores prórrogas será necesario que así lo soliciten, al menos, dos Grupos que representen a la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara. El escrito de enmiendas deberá llevar la firma del portavoz del Grupo a que pertenezca el Diputado o de la persona que sustituya a aquel, a los meros efectos de conocimiento. La omisión de este trámite podrá subsanarse antes del comienzo de la discusión en Comisión”. Esta iniciativa fue objeto de la práctica a la que la misma pretendía poner fin y terminó caducando. Por otra parte, el Grupo Parlamentario Ciudadanos también presentó, más tarde, una Proposición de Reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados para la limitación de las prórrogas del plazo de presentación de enmiendas a iniciativas legislativas (BOCG. Congreso de los Diputados. Serie B: Propositiones de Ley. XIV Legislatura, núm. 275-1, de 14/09/2022). Se proponía modificar el Reglamento del Congreso de los Diputados incluyendo una limitación general de las prórrogas del plazo de presentación de enmiendas a un máximo de cuatro meses en el caso del procedimiento legislativo ordinario. Y, ante la posibilidad de que fuera realmente necesario más tiempo, como cláusula de salvaguarda, se permitían prórrogas más allá de cuatro meses, pero exigiendo una mayoría reforzada de los miembros de la Mesa. Además, se planteaba una mayoría reforzada de la Mesa para acordar la prórroga de los plazos de tramitación de las comisiones con el fin de impedir que el bloqueo indefinido del plazo de enmiendas fuera sustituido por un bloqueo indefinido en la constitución y trabajo de las ponencias legislativas.

En concreto, el artículo 42 LOTC dispone que “Las decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes”. Luego, a través del recurso de amparo constitucional, se pueden recurrir decisiones o actos sin valor de ley emanados de la Mesa del Congreso, como puede ser un acuerdo con el que la Mesa del Congreso acuerda la ampliación del plazo para presentar enmiendas a un Proyecto o Proposición de Ley. En este caso, se invocaría una violación del derecho fundamental del artículo 23 de la Constitución española.

Este recurso es subsidiario cuando se interpone contra actos de los gobiernos nacional o autonómicos o de sus autoridades, funcionarios o agentes (artículo 43 LOTC), o cuando se interpone en el caso de violaciones que tienen su origen en un acto u omisión de un órgano judicial (artículo 44 LOTC). Ello significa que la admisión del recurso de amparo constitucional dependerá de que previamente se haya agotado la vía judicial previa.

Sin embargo, no es subsidiario cuando el objeto del recurso es una decisión o acto sin valor de ley emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las comunidades autónomas o de sus órganos. En este supuesto no hay que agotar vía judicial previa alguna y se puede acudir directamente al Tribunal Constitucional interponiendo el correspondiente recurso de amparo constitucional. Ahora bien, sí es preciso, antes de plantearlo, que la disposición o acto recurrido sea firme de acuerdo con lo dispuesto en las normas internas de las Cámaras o Asambleas.

En este sentido, el artículo 31.2 RCD dispone que “Si un Diputado o un Grupo Parlamentario discrepare de la decisión adoptada por la Mesa en el ejercicio de las funciones a que se refieren los puntos 4º y 5º del apartado anterior, podrá solicitar su reconsideración. La Mesa decidirá definitivamente, oída la Junta de Portavoces, mediante resolución motivada”. En concreto, el artículo 31.1, punto 5º RCD atribuye a la Mesa del Congreso la competencia para “Decidir la tramitación de todos los escritos y documentos de índole parlamentaria, de acuerdo con las normas establecidas en este Reglamento”. Sus acuerdos sobre ampliación del plazo de enmiendas es una decisión que encaja en lo dispuesto en el artículo 31.1, punto 5º RCD y, por consiguiente, antes de acudir al Tribunal Constitucional, hay que solicitar la reconsideración de su acuerdo de la Mesa. Solo tras la decisión de la Mesa a la petición de reconsideración de su acuerdo de ampliación del plazo para presentar enmiendas se puede entender que su decisión es firme (“La Mesa decidi-

rá definitivamente...” y se puede, por consiguiente, plantear el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁷.

Además, se podría también barajar la posibilidad de plantear un conflicto entre órganos constitucionales, regulado en los artículos 59.1.c) y 73 a 75 LOTC, invocando una vulneración del artículo 87.1 de la Constitución española que atribuye la iniciativa legislativa, entre otros, al Senado. El artículo 59.1 de la LOTC dispone que “El Tribunal Constitucional entenderá de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las leyes orgánicas u ordinarias dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado y las Comunidades Autónomas y que opongan: (...) c) Al Gobierno con el Congreso de los Diputados, el Senado o el Consejo General del Poder Judicial; o a cualquiera de estos órganos constitucionales entre sí”.

El conflicto entre órganos constitucionales pretende preservar el ámbito de atribuciones de uno de los órganos constitucionales mencionados en el artículo 59.1.c) LOTC frente la decisión de otros. Puede plantearse tanto en los supuestos de invasión o usurpación de atribuciones ajenas, como en el caso de lesión por menoscabo de atribuciones. En efecto, la STC 234/2000, de 3 de octubre, matizó el criterio asentado por la STC 45/1986, de 17 de abril, según el cual el objeto de conocimiento del conflicto entre órganos constitucionales debía quedar restringido a la invasión o usurpación de atribuciones ajenas sin que fuera posible, a su través, conocer los supuestos de lesión por simple menoscabo de atribuciones. Frente a ello, la STC 234/2000 afirmó que también cabe plantear un proceso de esta naturaleza en un caso de lesión por menoscabo de atribuciones (esta sentencia resolvió un caso de impugnación de un acuerdo de la Mesa del Senado que no admitió a trámite la declaración de urgencia de un proyecto de ley efectuada por el Gobierno *ex* artículo 90.3 de la Constitución)⁸. Por lo tanto, el vicio que se aduce en este proceso es,

7 Se debe recordar que el grupo parlamentario socialista presentó un amparo parlamentario ante el Tribunal Constitucional el 26 de febrero de 2019 contra diversos acuerdos de la Mesa del Congreso por los que se prorrogó sucesivamente el plazo de presentación de enmiendas al Proyecto de modificación de la Ley de memoria histórica. En aquella ocasión, el proyecto obstaculizado fue sometido a 27 ampliaciones del plazo y estuvo en fase de enmienda desde el 21 de septiembre de 2018 hasta el 5 de marzo de 2019. Sin embargo, el recurso fue inadmitido a trámite por falta de agotamiento de la vía impugnatoria previa, al no haberse hecho uso de la solicitud de reconsideración.

8 El Tribunal Constitucional razonó entonces que el acuerdo impugnado “no presenta un contenido invasor en los aludidos términos de la STC 45/1986, de 17 de abril, ya que dicho órgano parlamentario no habría ejercido por sí mismo a través del referido acuerdo la atribución que pudiera reclamar el Gobierno, el cual, obviamente, no formula tal reivindicación, sino que más bien impugna una concreta actuación de la Mesa

bien una invasión de atribuciones, bien un menoscabo de atribuciones que, a juicio del promotor del conflicto, no respeta esa distribución de poderes. Para su resolución es preciso atender a las normas constitucionales que definen dicha distribución.

Se podría argumentar que el criterio de la Mesa del Congreso de ampliar sucesivamente el plazo para la presentación de enmiendas de un modo aparentemente indefinido en el tiempo ha frustrado, de facto, el ejercicio de una atribución del Senado, consistente en el ejercicio de la iniciativa legislativa a través el planteamiento de las correspondientes proposiciones de ley, que aparece recogida en el artículo 87.1 de la Constitución española. Es cierto que la iniciativa legislativa ha sido ejercida en sentido formal, pero lo cierto es que su bloqueo desnaturaliza la atribución de dicha competencia que tiene por objeto la discusión del contenido normativo propuesto y, en su caso, aprobación, en sede parlamentaria. Y, en definitiva, se solicitaría al Tribunal Constitucional una decisión sobre si el acuerdo de la Mesa del Congreso de ampliar una vez más el plazo de presentación de enmiendas produce o no un menoscabo de la atribución de iniciativa legislativa del Senado.

El proceso se desarrolla en los artículos 73 a 75 LOTC. De conformidad con lo dispuesto en estos preceptos, antes del planteamiento del conflicto ante el Tribunal Constitucional, el Senado debería dirigirse a la Mesa del Congreso dentro del mes siguiente a la fecha en la que llegara a su conocimiento el siguiente acuerdo de dicho órgano volviendo a prorrogar el plazo de presentación de enmiendas (el Tribunal Constitucional ha reconocido que determinados acuerdos de la Mesa del Congreso se adecúan al objeto propio del conflicto entre órganos constitucionales del Estado y se podría defender que los acuerdos de ampliación de los plazos de presentación de enmiendas también pueden ser objeto propio de este tipo de procesos). El Senado debería solicitar a la Mesa del Congreso la revocación de dicho acuerdo y la continuidad del procedimiento legislativo con respecto a su *Proposición de Ley Orgánica contra la ocupación ilegal y para la convivencia vecinal y la protección de la seguridad de las personas y cosas en las comunidades de propietarios*.

Si la Mesa del Congreso afirmara que actúa en el ejercicio constitucional y legal de sus atribuciones o si, dentro el plazo de un mes a partir de la recepción de la solicitud del Senado, no rectificase en el sentido solicitado, el Senado podría dirigirse al Tribunal Constitucional para plantear el conflicto entre

que lesiona la facultad que le confiere el art. 90.3 CE” (STC 234/2000, FJ 5º). En el mismo sentido las posteriores sentencias del Tribunal Constitucional que resuelve sobre el conflicto entre órganos constitucionales: STC 34/2018, de 12 de abril, STC 44/2018, de 26 de abril y STC 124/2018, de 14 de noviembre.

órganos constitucionales. A tal efecto, debe presentar un escrito en el que se especifiquen los preceptos que considera vulnerados y formular las alegaciones que estime oportunas. A este escrito debe acompañar una certificación de los antecedentes que repunte necesarios y de la comunicación cursada a la Mesa del Congreso de los Diputados.

El Tribunal Constitucional, dentro de los diez días desde la recepción de dicho escrito, debe dar traslado del mismo al órgano requerido y fijarle el plazo de un mes para formular las alegaciones que estime procedentes. Idénticos traslados y emplazamientos debe hacer a todos los demás órganos legitimados para plantear este género de conflictos, los cuales pueden comparecer en el procedimiento, en apoyo del demandante o demandado, si entienden que la solución del conflicto planteado afecta de algún modo a sus propias atribuciones.

El Tribunal puede solicitar de las partes cuantas informaciones, aclaraciones o precisiones juzgue necesarias para su decisión y debe resolver dentro del mes siguiente a la expiración del plazo de alegaciones o del que, en su caso, se fijare para las informaciones, aclaraciones o precisiones complementarias, que no será superior a otros treinta días. La sentencia del Tribunal determina a qué órgano corresponden las atribuciones constitucionales controvertidas y declara nulos los actos ejecutados por invasión de atribuciones y resuelve, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas al amparo de los mismos.

E. Bibliografía

- GOMEZ LUGO, Yolanda (2022): “Función normativa el Congreso de los Diputados: procedimientos para su renovación”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 13, pp. 159-186.
- (2022): “Efectos de la fragmentación del Congreso en la función legislativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 126, pp. 155-187.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz (2024): “Recuperando la centralidad del Parlamento como poder legislativo y órgano de control al gobierno”, en MORENO GONZÁLEZ, Gabriel (dir.), *El Estado de Derecho en el siglo XXI. XX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 161-193.
- PORRAS RAMÍREZ, José María (2024): “El debilitamiento de las Cortes Generales por la acción del Gobierno: ¿una quiebra en la separación de poderes?”, en MORENO GONZÁLEZ, Gabriel (dir.), *El Estado de Derecho en el siglo XXI. XX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 123-159.

El reglamento parlamentario: naturaleza y control constitucional

María Mercedes Serrano Pérez

Profesora Titular de Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

Lea el siguiente párrafo (extraído de varias sentencias del Tribunal Constitucional) sobre la naturaleza del reglamento parlamentario y responda a las cuestiones planteadas:

“(...) Por todo ello, es una peculiar naturaleza jurídica, derivada del cumplimiento de una finalidad esencial, la razón que motiva que el reglamento parlamentario sea norma indisponible por el legislador, que integra el parámetro de constitucionalidad de las leyes. Pero, como se desprende de la sentencia que analizamos, esto no significa que toda infracción del reglamento produzca necesariamente la inconstitucionalidad de la ley. Dicho efecto sólo aparece cuando esa inobservancia altera “de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras” (STC 99/1987). Con esta afirmación, el Tribunal Constitucional se alinea con la postura mayoritaria en la doctrina partidaria, como hemos podido analizar, de limitar los casos de invalidez de la ley por motivos de forma a las infracciones graves o determinantes del reglamento parlamentario. Dado que esta reflexión es tangencial al fondo de la cuestión, el Tribunal no entra a analizar con detalle cuáles son los tipos de incumplimiento que, por su trascendencia, provocan la ilegitimidad de la ley.

Sin embargo, al realizar la consideración que acabamos de citar, indica el criterio que puede orientar la resolución del problema, coherente por lo demás con la propia configuración de la naturaleza y fines del reglamento parlamentario.

En efecto, la alteración sustancial en el proceso de formación de voluntad de la Cámara que el Tribunal Constitucional exige para que el incumplimiento del reglamento produzca efectos invalidantes es, en definitiva, la ruptura del principio que orienta todo el funcionamiento del Parlamento, es decir, del principio democrático.

Ya en otras ocasiones el Tribunal Constitucional había estimado que no toda infracción del reglamento o del ordenamiento jurídico provocan automáticamente la inconstitucionalidad...”.

Cuestiones:

1. Señale a qué atribución de cada una de las cámaras corresponde la facultad de elaboración y aprobación de su respectivo reglamento parlamentario.

2. ¿Qué quiere decir que el reglamento parlamentario es parámetro de constitucionalidad de las leyes?

3. ¿Cuándo la inobservancia del reglamento en el proceso de elaboración de una ley puede fundamentar la declaración de inconstitucionalidad de la misma a través del correspondiente control de constitucionalidad? Explíquelo.

4. ¿Qué cree que ocurriría si una ley ordinaria invadiera aspectos propios de la regulación del procedimiento parlamentario recogidos en el reglamento parlamentario? ¿Qué atribución de las cámaras quedaría afectada si esto sucediera?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El reglamento parlamentario responde a la autonomía normativa que el artículo 72.1 de la Constitución española (en adelante, CE) reconoce a cada una de las cámaras, siendo necesaria tanto para su elaboración como para su reforma la mayoría absoluta en una votación final de todo el texto. En este supuesto práctico se plantean distintas cuestiones sobre la elaboración, naturaleza y delimitación de los reglamentos parlamentarios.

B. Problemas constitucionales

El presente caso plantea como problemas constitucionales la naturaleza jurídica del reglamento parlamentario y su papel en el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley.

C. Fuentes

Normativa

Artículo 72.1 de la Constitución española

Reglamento del Congreso de Diputados de 10 de febrero de 1982

Artículo 27.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

Jurisprudencia:

Sentencia 101/1983, de 18 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 99/1987, de 11 de junio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 36/1990, de 1 de marzo, del Tribunal constitucional

Sentencia 119/1990, de 21 de junio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 44/1995, de 13 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 234/2000, de 3 de octubre, del Tribunal constitucional

Sentencia 97/2002, de 25 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 177/2002, de 14 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 301/2005, de 21 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 101/2008, de 24 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 103/2008, de 11 de septiembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 110/2019, de 2 de octubre, del Tribunal Constitucional

D. Solución

Pregunta 1: La facultad de elaborar y aprobar la norma de organización de cada una de las cámaras responde a la autonomía normativa que se reconoce en el artículo 72.1 de la Constitución española. La autonomía normativa de las cámaras, así como el resto de las vertientes de la autonomía recogidas en el precepto, constituyen una garantía funcional al servicio del cumplimiento constitucional de las altas funciones que las cámaras tienen atribuidas, básicamente la función legislativa y la función de control al Gobierno. En este sentido el reglamento parlamentario se sitúa en el lugar preeminente en el sistema de fuentes del Derecho Parlamentario, siendo una norma primaria y principal, “directamente incardinada a la Constitución española” (STC 101/1983, de 18 de noviembre).

Pregunta 2: El reglamento parlamentario tiene “valor de ley, pero está desprovisto de la fuerza de la ley” (STC 119/1990). El reglamento parlamen-

tario está sujeto al control de constitucionalidad, tanto a través del recurso de inconstitucionalidad como a través de la cuestión (artículo 27.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional). Además de ser susceptible de ser declarado inconstitucional, el reglamento parlamentario forma parte del llamado “bloque de la constitucionalidad”, según el Tribunal Constitucional, por lo que los vicios procedimentales de una ley pueden originar la declaración de inconstitucionalidad de la norma, claro está, por razones formales. De este modo, para efectuar el juicio de constitucionalidad, el reglamento parlamentario forma un triángulo entre la Constitución y la norma impugnada sometida a control de constitucionalidad, constituyendo es este sentido “parámetro de constitucionalidad” formal de las normas con fuerza de ley.

Pregunta 3: El Tribunal Constitucional ha señalado que, como parámetro de constitucionalidad, el reglamento parlamentario solo podría fundamentar la declaración de inconstitucionalidad de una ley por motivos formales cuando el vicio procedimental en que ha incurrido la norma en su proceso de elaboración pueda alterar la formación de la voluntad de la Cámara. Es decir, el incumplimiento del procedimiento legislativo en que incurre la norma en su tramitación ha de provocar una infracción sustancial que haya afectado de manera significativa la expresión de la voluntad popular y por tanto al pluralismo político.

Pregunta 4: El Tribunal Constitucional ha aludido (STC 44/1995, de 13 de febrero, FJ 3) en varias ocasiones a la reserva reglamentaria, según la cual la ley ordinaria no puede invadir aspectos propios de la regulación del procedimiento parlamentario, so pena de incurrir en invalidez. La relación entre el reglamento parlamentario y la ley ordinaria se regula a través del principio de competencia, no de jerarquía. Si la ley ordinaria pudiera regular materias propias del ámbito parlamentario, se podría lesionar la autonomía normativa de las Cámaras reconocida en el artículo 72.1 CE.

E. Bibliografía

- ARANDA ÁLVAREZ, Elviro (2005): “Claves para entender el concepto y las Fuentes del Derecho Parlamentario”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 66, pp. 7-61.
- CANO BUESO, Juan (1984): “El principio de autonormatividad de las Cámaras y la naturaleza jurídica del reglamento parlamentario”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 40, pp. 85-99.
- DÍEZ PICAZO, Luis María (2022): “Sobre el reglamento del Congreso de los Diputados y sus normas de funcionamiento”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 113, número especial, pp. 95-120.

PÉREZ TREMPES, Pablo y SAIZ ARNAIZ, Alejandro (dirs.) (2018): *Comentario a la Constitución española*, Tirant lo Blanch, Valencia.

VIDAL MARÍN, Tomás (2005): *Los reglamentos de las asambleas legislativas*, Congreso de los Diputados, Madrid.

Funciones del Gobierno

Claudia de la Rosa Pérez

Contratada Predoctoral

Universidad de Sevilla

I. PLANTEAMIENTO

Tras unos años de bonanza económica, España se sumerge en una crisis económica que, unida a una serie de catástrofes naturales, causas estragos en el Gobierno nacional. El Presidente, recientemente investido, comienza a sufrir una campaña de descrédito en los medios de comunicación que deriva en una sensación de malestar generalizado en el país. Después de una serie de meses sin poder revertir la situación, el Gobierno piensa que tiene que buscar algún método que facilite una mejor perspectiva económica. Para ello, reúne a un grupo de expertos economistas que aconsejan adoptar un paquete de medidas de austeridad que, tal y como era previsible, la ciudadanía no recibe con agrado.

Entendiendo que el contexto hostil no puede permanecer *sine die*, el Ejecutivo estudia varias líneas estratégicas a seguir:

Primera opción: plantear una cuestión de confianza, contemplada en el artículo 112 de la Constitución española (en adelante, CE). Si esta prosperase, la legitimidad del Gobierno se vería reforzada y el paquete de medidas recibiría un apoyo implícito. Sin embargo, no tienen tan claro que esas medidas puedan ser objeto el mecanismo previsto en el artículo 112 CE.

Segunda opción: proceder a una disolución de las Cortes Generales en virtud de la facultad que ostenta el Presidente, reconocida en el artículo 115 CE. Esta opción parece factible, pues hace unos días el principal partido de la oposición ha sido condenado por financiación ilegal y las encuestas, a pesar de la situación económica, vaticinan una ventaja hacia el partido que ostenta el Gobierno.

Por otro, dada la aparente debilidad del Ejecutivo, los principales grupos políticos de la oposición están barajando la posibilidad de plantear una moción de censura, aunque no tienen certeza sobre su viabilidad.

No obstante, ante los rumores cada vez más crecientes sobre la posible disolución de las Cortes, treinta y siete diputados de la oposición registraron en el Congreso de los Diputados una moción de censura contra el Gobierno. Todos los firmantes pertenecían al mismo grupo parlamentario y proponían a su nuevo líder, elegido recientemente tras un proceso de primarias internas en su partido político, como candidato a Presidente. En los días posteriores, algunos diputados del principal partido de la oposición estaban molestos. Ellos consideraban que esta moción podría favorecer en gran medida la opinión del electorado sobre el líder del otro partido de la oposición, aunque el buen progreso de aquella sería difícil dada la composición de la cámara. Sin embargo, estos diputados no cesaron en su afán porque consideraban que su partido debía reponerse tras la condena por financiación ilegal y ganar adeptos en su sector del electorado. Comenzaron a mantener conversaciones con otros diputados en el seno de su grupo parlamentario y, sin consultar previamente con la dirección de su partido, decidieron plantear una moción de censura alternativa dos días después. Esta última fue firmada por quince diputados y el líder de la oposición fue designado candidato de esta.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El Gobierno de España debe gestionar un país inmerso en una crisis económica profunda. Para paliarla, decide aprobar un paquete de medidas que generan cierto descontento social. En este escenario, el Presidente del Gobierno considera diversas estrategias para afrontar la situación:

1. Plantear una cuestión de confianza (artículo 112 CE) para afianzar la legitimidad del Ejecutivo.
2. Disolver las Cortes Generales (artículo 115 CE) y convocar elecciones.

De forma paralela, dos grupos de la oposición plantean sendas mociones de censura con el objetivo de derrocar al Gobierno.

B. Problemas constitucionales

De la lectura de este supuesto se pueden extraer diversos problemas constitucionales. En primer lugar, el planteamiento de una cuestión de confianza lleva implícito un análisis sobre si el contenido se ajusta a lo previsto en el artículo 112 CE y las consecuencias que se podrían derivar si no prosperase. En

cuanto a la disolución de las Cortes, es imprescindible estudiar si la Constitución permite esa acción y quién debe ejecutarla. Por último, la planificación de una moción de censura exige verificar si cumple con los requisitos necesarios y qué apoyos serían necesarios para que prosperase.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 112, 113 y 115 de la Constitución española

Artículos 173-179 del Reglamento del Congreso de los Diputados

Artículos 42 y 167 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General

D. Solución

El sistema parlamentario español se caracteriza por el establecimiento de una relación de confianza entre el Ejecutivo y el Legislativo, lo que implica que el primero puede mantenerse en el poder siempre que cuente con el apoyo del segundo. La ruptura de ese vínculo puede hacer caer al Gobierno a través de dos vías: la cuestión de confianza o la moción de censura. El caso expuesto se enmarca en un escenario político muy convulso que genera un cuestionamiento hacia la labor del Gobierno por parte de la oposición y manifiesta una serie de interrogantes constitucionales. Estos, para mayor claridad en su exposición, podrían ser desglosados en tres bloques:

1. Planteamiento de una cuestión de confianza

A tenor de lo dispuesto en el artículo 112 CE, el Gobierno tiene la facultad de plantear una cuestión de confianza como estrategia para reforzar su legitimidad. No obstante, el contenido de esta debe versar, tal y como expresa el articulado, “sobre su programa” o “sobre una declaración de política general”. Es decir, el Gobierno debe presentar la cuestión de confianza en términos generales, pero no como proyecto de ley. Este mecanismo se emplea cuando se va a llevar a cabo una política de gran trascendencia que implique una rectificación del programa originario del Gobierno. En este caso, dada la importancia del paquete de medidas que se pretende aplicar, el Ejecutivo puede poner en marcha el mecanismo del artículo 112 CE.

El procedimiento específico de este instrumento se detalla en el artículo 174 del Reglamento del Congreso. De este se infiere que, una vez finalizado el debate, con sujeción a las normas establecidas para la investidura, se procederá a la votación, entendiéndose otorgada la confianza cuando se haya obtenido el

voto de la mayoría simple de los Diputados. Por otro, si no se alcanzara esta mayoría, el Presidente debe presentar su dimisión al Rey y daría comienzo el proceso de investidura del artículo 99 CE.

2. Disolución de las Cortes Generales

La Constitución española, en su artículo 115, otorga al Presidente la potestad para disolver las Cortes Generales. Esta facultad está exclusivamente reservada al Presidente, quien puede ejercerla previa deliberación del Consejo de Ministros. En el supuesto a resolver, las Cortes no pueden ser disueltas, ya que, como se indica al comienzo, el Presidente acaba de ser investido y el artículo 115.3 CE solo permite ejercitar esta acción una vez transcurrido un año desde la última disolución. Por ello, si consideramos que el Presidente fue investido tras un resultado electoral, que previamente requirió una disolución, las Cortes no podrían ser disueltas.

Por otro lado, es importante tener en consideración que el artículo 115.2 CE impide la disolución de las Cortes mientras esté en curso una moción de censura. En el caso planteado, treinta y siete diputados de la oposición presentaron una moción de censura, lo que imposibilita una nueva disolución de las Cortes, incluso aunque hubiera transcurrido un año desde la última.

3. Mociones de censura

En respuesta a las intenciones del Ejecutivo, dos grupos de diputados presentan sendas mociones de censura, conforme a lo previsto por los artículos 113 y 114 CE.

La primera de ellas, impulsada por un grupo de diputados de la oposición, tiene como objetivo exigir responsabilidad política al Gobierno y posicionar a su recién designado líder ante la opinión pública. Según todos los extremos expuesto, esta moción cumpliría con todos los requisitos previstos tanto en la Constitución como en el Reglamento del Congreso de los Diputados: ha sido presentada por, al menos, una décima parte de los diputados e incluye la propuesta de un candidato a la Presidencia del Gobierno. Para que prospere, sería necesario el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso. En caso de ser aprobada, el Gobierno tendría que presentar su dimisión ante el Rey y el candidato incluido en la moción sería investido Presidente. Este procedimiento refleja el carácter constructivo que presenta la moción de censura en el sistema constitucional español, diseñado para garantizar la estabilidad gubernamental al requerir la presentación de un candidato alternativo.

Finalmente, la moción presentada por los diputados pertenecientes al partido principal de la oposición no sería admitida a trámite por la Mesa del Congreso al no cumplir con el requisito mínimo de ser respaldada por al menos una décima parte de los diputados.

Instrumentos de información y control ordinario del Parlamento al Gobierno

María Mercedes Serrano Pérez
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

Según el artículo 31.1. 3º del Reglamento del Congreso (en adelante, RC), corresponde a la Mesa del Congreso de los Diputados la función de “calificar, con arreglo al Reglamento, los escritos y documentos de índole parlamentaria, así como declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de los mismos”. Los mecanismos de información y control al Gobierno son objeto de calificación y de admisibilidad tras el juicio de la Mesa del Congreso. Califique y declare la admisibilidad o no, tal y como procedería la Mesa del Congreso, de los siguientes documentos de control parlamentario en preguntas, interpellaciones, comparecencias informativas, comparecencias comunicativas, proposiciones no de ley, presentación de planes y programas.

Cuestiones:

1. Al Ministro del Interior: ¿Ha abierto una investigación el Ministerio del Interior por la vulneración de las comunicaciones de altos cargos del Gobierno, entre otras las suyas?
2. Comparecencia urgente al Presidente del Gobierno ante el Pleno solicitada por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: la Izquierda Plural para que explique las políticas que debe poner en marcha para reducir los elevados niveles de precariedad en el empleo provocados por la reforma laboral.
3. Del Grupo Parlamentario Mixto al Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación, sobre los criterios del Gobierno en relación con la ganadería intensiva y extensiva, y en particular con el problema de la eliminación de purines.

4. El Congreso de los Diputados “insta al Gobierno a aprobar en Consejo de Ministros, para su remisión a las Cortes Generales, un Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que continúe otorgando a los jueces la instrucción del proceso penal, garantizando así la independencia de la investigación, la imparcialidad y objetividad del instructor y los derechos de los justiciables” (presentado por el Grupo Parlamentario Popular).

5. A la Ministra para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico: ¿A qué atribuye el fracaso de sus necias e inútiles políticas?

6. Solicitud de comparecencia, a petición propia, del Presidente del Gobierno ante el Pleno del Congreso de los Diputados, en cumplimiento del artículo 14 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, para dar cuenta de los datos y gestiones del Gobierno en relación a la aplicación del mismo.

7. Solicitud de comparecencia, a petición propia, de la Ministra de Industria, Comercio y Turismo ante la Comisión de Industria, Comercio y Turismo, para dar cuenta de la actividad de su Departamento y la evolución de las medidas adoptadas desde su ámbito de competencia.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

La Mesa del Congreso de los Diputados califica y admite los escritos y documentos parlamentarios si se ajustan a lo establecido en el Reglamento del Congreso, según el artículo 31.1.4º RC. Por lo que respecta al control parlamentario al Gobierno, este constituye una de las funciones propias del Parlamento democrático. El Gobierno surge en el seno del Parlamento. El Congreso de los Diputados elige al Presidente del Gobierno otorgándole su confianza en el momento de su elección, según el artículo 99 CE. El Presidente del Gobierno necesita la confianza de la Cámara para mantenerse en el poder, aunque puede continuar en el Gobierno con la confianza mermada, siempre que no haya una mayoría suficiente para derribarlo a través de una moción de censura (artículo 113 CE). La fiscalización de la actividad del Gobierno es un elemento propio del sistema de gobierno parlamentario. A través del ejercicio de los instrumentos de control ordinario, los parlamentarios obtienen información sobre la actividad gubernamental y de la Administración; se da transparencia a la labor del Ejecutivo. Los instrumentos de

control ordinario, que no llevan a aparejado el cuestionamiento de la confianza del Parlamento hacia el Presidente del Gobierno, pueden poner en apuros al Gobierno al tener que dar explicaciones de su actividad y este puede quedar en evidencia por los incumplimientos, en su caso, del programa de gobierno. Los efectos derivados del ejercicio de este control son diferentes según los analice la oposición o la mayoría parlamentaria que sostiene al Gobierno. Y en ambos casos no serán visibles hasta la siguiente convocatoria electoral. Esto implica que la eficacia del control depende de su traslación a la opinión pública, con el fin de, por parte de la oposición invertir la tendencia de voto en las próximas elecciones generales, mientras que, por parte del Gobierno, el objetivo del conocimiento del resultado de su gestión, tras el control parlamentario, será consolidar el apoyo de sus votantes y por tanto mantener y/o reforzar su mayoría parlamentaria.

B. Problemas constitucionales

Se pide calificar una serie de documentos parlamentarios, justificar su calificación en atención a sus características y declarar su admisibilidad o no, de acuerdo con la normativa aplicable. La calificación de los documentos de información y control parlamentario tiene en cuenta para las preguntas lo previsto en los artículos 186 a 192 RC; para las interpelaciones los artículos 180 a 184 RC; para las proposiciones no de ley los artículos 193 a 195 RC; de las comunicaciones del Gobierno, artículos 196-197; de la presentación de programas y planes remitidos por el Gobierno, según lo previsto en el artículo 198 RC; y de las comparecencias informativas según lo establecido en los artículos 202 y 203 RC. La Mesa del Congreso de los Diputados podrá declarar no admisibles a trámite las preguntas e interpelaciones cuyo texto incurra en los supuestos previstos en el número 1 del artículo 103 RC.

C. Fuentes

Normativa

Sobre las preguntas e interpelaciones: artículo 111 de la Constitución española

Sobre las preguntas: artículos 186 a 192 del Reglamento del Congreso

Sobre las interpelaciones: artículos 180 a 184 del Reglamento del Congreso

Sobre las proposiciones no de ley: artículos 193 a 195 del Reglamento del Congreso

Sobre las comunicaciones del Gobierno: artículos 196 a 197 del Reglamento del Congreso

Sobre la urgencia de los procedimientos: artículos 93 a 94 del Reglamento del Congreso

Jurisprudencia

Sentencia 46/2018, de 26 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 47/2018, de 26 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 68/2020, de 29 de junio, del Tribunal Constitucional

D. Solución

Pregunta 1: Pregunta parlamentaria, que incluye una sola cuestión de forma concisa y estricta (artículo 188 RC) dirigida por un Diputado al Ministro del Interior (artículo 186 RC) y que ha de especificar que solicita una respuesta oral ante el Pleno del Congreso para poder ser incluida en la sesión correspondiente. Las preguntas se han de presentar por escrito ante la Mesa del Congreso, con independencia de su respuesta escrita, oral ante el Pleno o bien oral ante la Comisión correspondiente (artículo 187). Las preguntas con respuesta oral ante el Pleno se han de presentar con la antelación que fije la Mesa, que oscilará entre una semana y cuarenta y ocho horas. El procedimiento se inicia con la formulación de la pregunta en el Pleno del Congreso, en la sesión de control correspondiente (miércoles por la mañana), por parte el Diputado y la contestación, a continuación, por el miembro del Gobierno, ambos desde su respectivo escaño. Tras estas primeras intervenciones, podrá replicar o repreguntar el preguntante y finalizará el debate con la intervención del Ministro del Interior. En total, todo el procedimiento se desarrolla durante un tiempo de 5 minutos (artículo 188.3 RC). Es un procedimiento ágil por el que se permite obtener información, aunque sin entrar en el detalle profundo de la cuestión.

Pregunta 2: Comparecencia informativa del Presidente del Gobierno ante el Pleno del Congreso de los Diputados, a iniciativa de dos Grupos Parlamentarios o la quinta parte de los miembros de la Cámara (artículo 203.1 RC), para informar sobre un asunto determinado. La Mesa del Congreso, junto con la Junta de Portavoces, acuerda la comparecencia urgente del miembro del Gobierno, en este caso del Presidente del Gobierno. Tras la exposición oral del Presidente del Gobierno se puede abrir un turno de intervenciones para que los Grupos Parlamentarios fijen posiciones, formulen preguntas o hagan observaciones respecto del asunto objeto de la comparecencia. Tras este turno podrá intervenir el Presidente del Gobierno para responder, pero no se prevé votación final (artículo 203.2 RC). Al no existir votación final, el Gobierno

no se verá comprometido por un probable resultado adverso. La calificación urgente de la comparecencia puede adelantar su inclusión en el orden del día del Pleno del Congreso.

Pregunta 3: Interpelación del Grupo Parlamentario Mixto al Ministro de Agricultura (artículo 181.1 RC) que versa sobre los motivos o propósitos del Ejecutivo en cuestiones de política general, bien del Gobierno o de algún departamento ministerial. Si el contenido no fuera propio de una interpelación, que no es el caso, la Mesa del Congreso lo comunicaría al autor para su conversión en pregunta oral o escrita. Las interpelaciones han de presentarse siempre por escrito ante la Mesa del Congreso que procede a su calificación. Pasados quince días desde su publicación, se podrá incluir en el orden del día del Pleno del Congreso. Las interpelaciones mantienen varias diferencias con las preguntas. Primero, se distinguen por el carácter general de su contenido sustantivo, a diferencia de la concreción del contenido de las preguntas. En segundo lugar, porque tradicionalmente la presentación de las interpelaciones se reserva a los Grupos Parlamentarios, aunque no se rechazan las interpelaciones que presentan los Diputados o Senadores de manera individual. Y, en tercer lugar, mientras que las preguntas se pueden tramitar ante el Pleno del Congreso o ante las Comisiones, las interpelaciones solamente se resuelven en el Pleno. Al finalizar el debate, con un turno de exposición, la contestación del Gobierno y turnos de réplica –todo ello en un tiempo máximo de 15 minutos– en el que pueden participar los representantes de los Grupos Parlamentarios de la Cámara, excepto aquel del que procede la interpelación, para fijar posiciones por un tiempo de 5 minutos (artículo 183.2 RC), el Grupo Parlamentario autor de la misma podrá presentar una moción en el día siguiente en el que ha tenido lugar el debate de la interpelación (artículo 184 RC). La moción, una vez admitida a trámite por la Mesa del Congreso, se incluirá en el orden del día de la siguiente sesión plenaria, pudiendo presentarse enmiendas hasta seis horas antes del comienzo de la sesión en la que se va a debatir y votar (artículo 184.2 RC). La Mesa del Congreso de los Diputados admitirá la moción si es congruente con la interpelación. Se votan la interpelación y las enmiendas aceptadas.

Pregunta 4: El Grupo Parlamentario popular presenta una proposición no de ley a través de la cual formula una propuesta de resolución en la que la Cámara expresa su opinión sobre un asunto concreto (artículo 193 RC) o bien solicita al Gobierno una determinada actuación con la intención de intentar influir en la dirección de la actividad política de este último. Por supuesto no tiene carácter vinculante para el Gobierno. Las proposiciones no de ley deberán presentarse por escrito a la Mesa del Congreso de los Diputados,

que decidirá sobre su admisibilidad, ordenará, en su caso, su publicación y acordará su tramitación ante el Pleno del Congreso o la Comisión competente, en función de la voluntad manifestada por el grupo proponente y de la importancia del tema objeto de la proposición no de ley (artículo 194.1 RC). Tras la publicación de la proposición no de ley, podrán presentarse enmiendas por los Grupos Parlamentarios hasta seis horas antes del comienzo de la sesión en que haya de debatirse (artículo 194.2 RC). La proposición no de ley será objeto de debate, en el que podrá intervenir, tras el Grupo Parlamentario autor de la proposición no de ley, un representante de cada uno de los Grupos Parlamentarios que hubieren presentado enmiendas y, a continuación, de aquellos que no lo hubieran hecho. Una vez concluidas estas intervenciones, la proposición no de ley, con las enmiendas aceptadas por el proponente de la misma, será sometida a votación (artículo 195.2 RC).

Pregunta 5: Pregunta parlamentaria dirigida por una Diputada del Congreso a la Ministra de Transición Ecológica y Reto Demográfico que la Mesa del Congreso de los Diputados declara no admisible a trámite por aplicación del artículo 192.2 RC, tras oír a la Junta de Portavoces, por incurrir el texto en alguno de los supuestos contemplados en el número 1º del artículo 103 RC. El artículo 103.1 RC señala que “Los Diputados y los oradores serán llamados al orden: 1º. Cuando profirieren palabras o vertieren conceptos ofensivos al decoro de la Cámara o de sus miembros, de las Instituciones del Estado o de cualquiera otra persona o entidad”. La formulación de la pregunta con la inclusión de lenguaje ofensivo y malsonante puede fundamentar su rechazo, aunque la Mesa del Congreso podría solicitar al parlamentario la reformulación de la misma para adecuarse a las reglas de decoro de la Cámara.

Pregunta 6: Comparecencia informativa del Presidente del Gobierno ante el Pleno del Congreso de los Diputados a iniciativa propia (artículo 203.1 RC), para informar sobre un asunto determinado. La Mesa del Congreso, junto con la Junta de Portavoces, acuerda la comparecencia urgente del miembro del Gobierno, en este caso del Presidente del Gobierno. Tras la exposición oral del Presidente del Gobierno se puede abrir un turno de intervenciones para que los Grupos Parlamentarios fijen posiciones, formulen preguntas o hagan observaciones. Tras este turno podrá intervenir el Presidente del Gobierno para responder, pero no se prevé votación final (artículo 203.2 RC).

Pregunta 7: Solicitud de comparecencia informativa de un miembro del Gobierno ante la Comisión correspondiente para celebrar una sesión informativa (artículo 202.1 RC). Según el artículo 202.2 RC, el desarrollo de la sesión consta de las siguientes fases: “Exposición oral del Ministro, suspensión por un tiempo máximo de cuarenta y cinco minutos, para que los Diputados y Grupos

Parlamentarios puedan preparar la formulación de preguntas u observaciones, y posterior contestación de éstas por el miembro del Gobierno”.

E. Bibliografía

- CASTILLO LÓPEZ, Fernando (2020): “Razonada inadmisión de una pregunta parlamentaria oral que no versaba sobre la acción de gobierno sino sobre la financiación del partido político al que pertenecía su Presidente. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2020, de 29 de junio”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 109, pp. 555-568.
- DE PINIÉS RUIZ, Francisco Javier (2019): “De la función de calificación de las Mesas de las Cámaras. Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 46/2018, de 26 de abril, y 47/2018, de 26 de abril. Recursos de amparo núms. 4856-2017 y 5239-2017”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 107, pp. 533-548.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio (2000): “El control parlamentario y su regulación en el ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 60, septiembre-diciembre, pp. 89-113.
- MOLINA MORENO, Luis (2018): “El control parlamentario (III): preguntas, interpelaciones y mociones”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 104, pp. 315-344.
- RODRÍGUEZ-PATÓN RODRÍGUEZ, Patricia (2021): “Las preguntas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 34.
- SANTOLALLA LÓPEZ, Fernando (1978): “Las preguntas instrumento de control parlamentario”, *Documentación Administrativa*, núm. 178, pp. 49-88.

Moción de censura

Francisco Gabriel Villalba Clemente
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante

I. PLANTEAMIENTO

El Presidente del Gobierno de España, a fecha 3 de marzo de 2024, tras la presentación de una moción de censura de forma conjunta por diputados de varios grupos parlamentarios, disuelve el Senado convocando elecciones generales que deberán celebrarse en el plazo de tres meses.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El caso práctico a resolver recoge el planteamiento de la disolución de una de las Cámaras por parte del Presidente del Gobierno tras la presentación de una moción de censura. El artículo 113 de la Constitución española de 1978 establece una de las herramientas de control del poder Legislativo sobre el poder Ejecutivo, llamada “moción de censura”. Esta herramienta consiste en que el Parlamento, en este caso el Congreso de los Diputados, puede expresar su desaprobación al gobierno y, en consecuencia, retirarle su confianza.

B. Problemas constitucionales

Se solicita detectar si la forma de proceder del Presidente del Gobierno ha sido correcta conforme a lo dispuesto en la normativa aplicable respecto a la moción de censura y a la disolución de las Cámaras, contestando a las siguientes cuestiones que se plantean:

1. ¿Qué requisitos son necesarios para presentar una moción de censura?

2. ¿Qué efectos tiene si prospera?
3. ¿Quién disuelve las Cámaras? ¿Se puede disolver una sola Cámara?
¿Por qué?
4. ¿Es constitucional la decisión del Presidente? ¿Por qué?

C. Fuentes

Normativa

Artículos 113, 114.2 y 115 de la Constitución española (CE)

Artículos 175 a 179 del Reglamento del Congreso de los Diputados

D. Solución

1. ¿Qué requisitos son necesarios para presentar una moción de censura?

Para la presentación de una moción de censura la Constitución española establece los siguientes requisitos formales:

1º. La inclusión de un/a candidato/a a la Presidencia del Gobierno. Esta exigencia dificulta sobremanera la aprobación de la moción, ya que no se trata sólo de poner de acuerdo a una mayoría parlamentaria en sancionar la responsabilidad del Gobierno y forzar así su dimisión, sino, además, el acuerdo debe mostrarse también en el respaldo a un/a candidato/a alternativo/a a la Presidencia del Gobierno.

2º. La exigencia de un número mínimo de firmantes de la moción. El artículo 113.2 CE prescribe que “la moción de censura deberá ser propuesta al menos por la décima parte de los diputados”.

3º. Presentación de la moción en escrito motivado ante la Mesa del Congreso.

2. ¿Qué efectos tiene si prospera?

Respecto a los efectos de la aprobación de una moción de censura, son dos, que se producen simultáneamente:

1º. Cese inmediato del Gobierno. En virtud del principio de responsabilidad política solidaria, debe dimitir el Gobierno en pleno, aunque sólo su Presidente debe formalizar ante el Rey esa dimisión colectiva. Según el artículo 114.2 CE, el gobierno presentará su dimisión al Rey.

2º. Investidura automática del candidato o la candidata de la moción como presidente/a del Gobierno. Es decir, que no se producirá una posterior votación de confianza en la Cámara (no hay debate de investidura como el del procedimiento del artículo 99 CE).

3. *¿Quién disuelve las Cámaras? ¿Se puede disolver una sola Cámara? ¿Por qué?*

Según el artículo 62, apartado b CE, corresponde al Rey convocar y disolver las Cortes Generales y convocar elecciones en los términos previstos en la Constitución, aunque deberá ser a petición del Presidente del Gobierno, según lo expone el artículo 115.1 CE.

¿Se puede disolver una sola Cámara?

Según el artículo 115 CE: “El presidente del Gobierno [...] podrá proponer la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales”.

4. *¿Es constitucional la decisión del Presidente? ¿Por qué?*

La decisión del Presidente no sería constitucional puesto que, a pesar de que según el artículo 115.1 CE el presidente podría disolver el Senado, previa deliberación del Consejo de ministros y con el decreto del Rey, no podría iniciar ese proceso en el transcurso de una moción de censura, según lo expone el artículo 115.2 CE.

Cuestión de confianza

María Mercedes Serrano Pérez
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

El Presidente del Gobierno decide presentar una cuestión de confianza (artículo 112 de la Constitución española, en adelante CE) sobre su programa de investidura para constatar que continúa disfrutando de la confianza de la Cámara, ante la pérdida de importantes apoyos y alcaldías ocupadas por candidatos del partido al que pertenece el Presidente del Gobierno, tras la celebración de unas elecciones municipales. Para presentar la cuestión de confianza consulta con el Vicepresidente primero del Gobierno y, tras dicha consulta preceptiva, presenta la cuestión de confianza ante la Mesa del Congreso de los Diputados, que la admite sin revisar si cumple los requisitos establecidos para su presentación.

Tras la admisión a trámite, la presidencia del Congreso de los Diputados fija un Pleno para debatir la cuestión de confianza y votarla. La votación de la cuestión de confianza se fecha transcurridas 15 horas desde su presentación, ante la necesidad de conocer en un tiempo breve los apoyos con los que cuenta el Presidente del Gobierno. La tensión entre las filas del Gobierno y sus socios en la Cámara aconseja celebrar una votación secreta de la cuestión de confianza entre los Diputados y Diputadas del Congreso para proteger la libertad de los parlamentarios y votar en conciencia. La cuestión tenía perspectivas de constatar un refuerzo de la confianza del Congreso de los Diputados en el Presidente del Gobierno, pretensión perseguida por este último cuando toma la decisión de presentar una cuestión de confianza, pero, por un acuerdo inesperado de las fuerzas parlamentarias de la Cámara, la cuestión de confianza no cuenta finalmente con la mayoría absoluta requerida para su confirmación y el Presidente del Gobierno pierde la votación. Tras la votación,

y para evitar sus efectos en relación con dimisión del Gobierno, el Presidente del Gobierno, haciendo uso de la facultad concedida en el artículo 115.1 CE, decide disolver las Cortes Generales y convocar nuevas elecciones generales.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El supuesto práctico aborda el planteamiento de una cuestión de confianza. Este instrumento es un mecanismo de refuerzo de la posición política del Presidente del Gobierno frente a una mayoría parlamentaria de apoyo al Gobierno dividida y debilitada. Por ello es más propia de Gobiernos de coalición o minoritarios, donde la confianza puede atravesar momentos de ruptura que deben ser restaurados desde una posición de fuerza del Presidente del Gobierno. Ese es el objetivo de la cuestión de confianza, regulada en el artículo 112 CE, mantener y visibilizar la fortaleza del Presidente del Gobierno a través de la verificación de la confianza del Parlamento. Es una herramienta en manos de Presidente del Gobierno para reforzar su posición. Por tanto, solo la presentará cuando tenga la certeza que la va a superar y que con ello se reafirmará ante una mayoría dividida en el Parlamento o ante una situación política que puede cuestionar su poder, como puede ser la pérdida de poder local tras unas elecciones municipales

B. Problemas constitucionales

El caso práctico recoge el planteamiento de una cuestión de confianza con errores formales y materiales según la normativa aplicable. Se pide detectar los errores del texto y plantear la cuestión de confianza con la corrección de los mismos.

C. Fuentes

Artículos 99, 112, 114.1 y 115 de la Constitución española

Artículos 85, 173 y 174 del Reglamento del Congreso

D. Solución

El Presidente del Gobierno presenta una cuestión de confianza (artículo 112 CE y artículo 173 del Reglamento del Congreso –en adelante, RC–) sobre su programa de gobierno, pero, según el artículo 112 CE, ha de deliberar pre-

viamente con el Consejo de Ministros, no con el Vicepresidente del Gobierno. La deliberación es preceptiva, aunque no vinculante, según se desprende de los preceptos señalados.

Tras la deliberación preceptiva, la cuestión de confianza se presenta mediante un escrito motivado ante la Mesa del Congreso, junto con la certificación de la deliberación en el Consejo de Ministros (artículo 174.1 RC). La Mesa del Congreso admite a trámite la cuestión de confianza, para lo cual, aunque no lo diga de forma explícita ni la Constitución ni el Reglamento del Congreso, habrá de verificar el cumplimiento de los requisitos formales. En este caso no ha habido ni deliberación en el Consejo de Ministros ni escrito motivado, por lo que la Mesa del Congreso debería haber inadmitido la cuestión de confianza ante la ausencia de estos dos requisitos.

Sobre el debate no se especifica nada en el texto, pero sí sobre la votación. El artículo 174.4 RC fija la votación al menos veinticuatro horas después de la presentación de la cuestión de confianza, mientras que en el texto la votación se señala transcurridas quince horas desde su presentación. El plazo por tanto no es correcto. El plazo de veinticuatro horas es el tiempo estimado para que sus señorías alcancen el sosiego y la reflexión necesarios en este mecanismo de cuestionamiento de la confianza del Presidente del Gobierno en un sistema de gobierno parlamentario racionalizado.

El artículo 85.2 RC indica que “las votaciones para la investidura del Presidente del Gobierno, la moción de censura y la cuestión de confianza serán en todo caso públicas por llamamiento”. La finalidad de esta publicidad es dar la máxima transparencia a un procedimiento que cuestiona la confianza en el Presidente del Gobierno y que puede dar como resultado un cambio gubernamental. En el presente caso la votación es secreta, modalidad que es contraria a la exigencia reglamentaria, sin que pueda servir de justificación ni la tensión entre las fuerzas de apoyo al Gobierno ni ningún otro argumento.

El artículo 112 CE y el artículo 174.5 RC señalan que se entiende otorgada la confianza si votan a favor de ella la mayoría simple de sus señorías. En este caso se habla de la mayoría absoluta, que no se logra, pero parece que tampoco se alcanza la mayoría simple, por lo que se entiende rechazada la confianza del Congreso de los Diputados en el Presidente del Gobierno, lo que obligaría a este a presentar su dimisión ante el Rey, procediéndose a continuación a la designación de Presidente del Gobierno según lo establecido en el artículo 99 CE (artículo 114.1 CE). En el texto se habla de mayoría absoluta, lo que es un error, pero al no especificar nada más, habrá que entender que tampoco se alcanza la mayoría simple requerida.

En relación con la facultad del Presidente del Gobierno de disolver las Cortes Generales, el artículo 115.2 CE solo habla de la imposibilidad de hacerlo mientras esté en curso la tramitación de una moción de censura. Por tanto, no hay limitación cuando se trata de la cuestión de confianza, es decir, en caso de que el Presidente del Gobierno intuyera que puede perder la cuestión de confianza, y siempre antes de la votación, podría proceder según lo previsto en el artículo 115.1 CE. Ahora bien, una vez votada la cuestión de confianza y no alcanzada la mayoría simple, la confianza en el Presidente del Gobierno se entiende retirada, por lo que solo cabe presentar la dimisión ante el Rey. En ningún caso podría hacer uso de una facultad –la de disolver las Cámaras– que solo recae en el Presidente del Gobierno, y no en la persona que ya no lo es debido a la pérdida de la confianza parlamentaria. Por ello, en el caso concreto, el Presidente del Gobierno que ha perdido la cuestión de confianza no puede disolver las Cortes Generales ni convocar elecciones generales.

E. Bibliografía

- FERNÁNDEZ-SALGADO, Francisco (1987): “La cuestión de confianza: marco jurídico-constitucional y praxis política”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 21, pp. 37-98.
- (1998): “La cuestión de confianza: artículo 112”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.) *Comentario a la Constitución española de 1978*, tomo VIII, Cortes Generales y EDESA, Madrid, pp. 823-869.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José (1996): *La cuestión de confianza*, McGraw-Hill, Madrid.
- MARTÍN DE HIJAS MERINO, Mónica (2019): *Manual de uso del diputado*, Dykinson, Madrid, pp. 235-242.

La Corona

La cuestión de la sucesión

Roberto González Aláez

Personal Laboral Investigador

Instituto de Derecho Parlamentario –

Universidad Complutense de Madrid

I. PLANTEAMIENTO

Un representante de la Casa Real acude a usted en busca de asesoramiento, y, bajo la exigencia de una total confidencialidad, le plantea una serie de dudas, a partir de un supuesto de hecho hipotético, que es el siguiente:

El Rey de España tiene dos hijas, de 18 y 17 años respectivamente, concebidas en el seno del matrimonio con la Reina consorte. De las dos, la primogénita está reconocida como la heredera, por estar situada, al menos hasta el momento, en la primera posición de la línea sucesoria. De tal manera que, como consecuencia de su condición de heredera, también posee el título de Princesa de Asturias.

Sin embargo, podría haberse dado el caso de que el Rey hubiera concebido, al menos, un hijo varón, fuera del matrimonio real, como resultado de una relación íntima con una mujer distinta a la Reina consorte. Este hijo tendría 10 años, por lo que es menor que las dos hijas reconocidas y, además, implicaría que es menor de edad. De ser cierto, las pruebas médicas de ADN podrían corroborar que la paternidad biológica coincide, efectivamente, con el genoma de su majestad.

A partir de esta situación, se le solicita un informe que responda a algunas cuestiones:

- ¿Es posible considerar inconstitucional la preferencia del varón en la sucesión, por incompatibilidad con el principio de igualdad?

- Teniendo en cuenta lo anterior, ¿cuál es el orden sucesorio resultante de la aplicación de la normativa vigente, en caso de demostrarse la filiación del varón en cuestión?
- Si asumimos la constitucionalidad de la prevalencia del varón, ¿qué posibilidades de modificación normativa existirían para mantener como heredera a la actual Princesa de Asturias?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso consiste en la elaboración de un breve informe solicitado por la Casa Real que dé respuesta a las cuestiones concretas que se plantean en relación con la sucesión de la Corona, con motivo del reciente descubrimiento de un posible descendiente del Rey. Esta nueva circunstancia podría alterar el orden sucesorio vigente hasta el momento, habida cuenta de que la Constitución prevé la prioridad del varón sobre la mujer dentro de la misma línea sucesoria.

B. Problemas constitucionales

En primer lugar, surge el problema de la posible incompatibilidad entre normas constitucionales, al poderse observar algún tipo de contradicción entre el principio de igualdad y el privilegio de los varones en el orden sucesorio. En segundo lugar, se solicita una solución al orden de sucesión resultante de la aplicación de la normativa vigente. En tercer lugar, partiendo de la hipótesis de la constitucionalidad de la prevalencia del varón, se piden alternativas, en forma de modificaciones normativas, para que se pudiera mantener como heredera a la primogénita.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 1.1, 9.2, 14, 23.2, 57, 167 y 168 de la Constitución española

Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Artículo 1 del Protocolo núm. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Artículo 3 del Convenio sobre los derechos políticos de la mujer, de 20 de diciembre de 1952

Instrumento de Adhesión de España al Convenio sobre los Derechos Políticos de la Mujer, abierto a la firma por la Asamblea General de la ONU en 20 de diciembre de 1952

Artículos 2, 25 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966

Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966

Artículos 1 y 7 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979

Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979

Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios

Jurisprudencia e informes

Sentencia 76/1988, de 26 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 126/1997, de 3 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 253/2004, de 22 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 108/2019, de 30 de septiembre, del Tribunal Constitucional

Informe del Consejo de Estado sobre modificaciones de la Constitución Española (16 de febrero de 2006)

D. Solución

Las reglas establecidas para la sucesión a la Corona, en la Constitución española (CE), si bien tienen una evidente inspiración en ciertas fuentes históricas (a destacar las reglas establecidas en la segunda de las Siete Partidas, promulgadas durante el reinado de Alfonso X, en el siglo XIII), solo se pueden interpretar y justificar mediante los principios establecidos por la propia norma fundamental vigente, y en ningún caso mediante derechos históricos, o cuerpos normativos derogados. Además, como en el caso de todos los preceptos constitucionales, los relativos a la Corona han de ser interpretados conforme al modelo racional-normativo de Constitución, teniendo como finalidad el cumplimiento de fines legítimos establecidos mediante el uso de la razón,

y no la continuidad de tradiciones no incluidas en el Derecho vigente. En este sentido, en relación a la constitucionalidad de tradiciones históricas, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de expresarse a través de la STC 76/1988, de 26 de abril (FJ 3), en los siguientes términos: “El carácter de norma suprema de la Constitución (...) imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas (aun con una probada tradición) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales”.

Siguiendo con la regulación de la sucesión del monarca, el artículo 57.1 CE recoge los principios aplicables. Los más mencionados suelen ser los de primogenitura y representación, que determinan que tienen prioridad en la sucesión los primogénitos del monarca y los descendientes de los herederos fallecidos (en su representación), respectivamente. Pero uno que se menciona en menos ocasiones, y que es el más relevante para este caso, es el principio de masculinidad. Por extemporáneo que pueda resultar, este principio consiste en que hay preferencia del varón con respecto a la mujer dentro de la misma línea sucesoria. Es un principio que forma parte de la tradición monárquica española. Tradición que se ha querido constitucionalizar mediante la norma fundamental aprobada en el año 1978. Hemos de indicar que, por las razones que hemos indicado en el párrafo anterior, la razón por la que se aplica este principio es porque se ha recogido explícitamente en el texto constitucional, y no porque fuera necesariamente vinculante la tradición aludida. De haberse recogido una regulación constitucional diferente, ésta prevalecería sobre cualquier tradición previa.

Dicho lo cual, hemos de empezar por examinar si es posible que un precepto de la norma fundamental sea inconstitucional. La razón por la que se plantea esta cuestión es porque se puede percibir un conflicto normativo entre el principio de masculinidad y el principio de igualdad (más concretamente en su vertiente relativa a la prohibición de discriminación por razón de sexo), ambos consagrados en la Constitución española. Pero, además, partiendo del mismo presupuesto, de una manera similar, podría haber conflictos o contradicciones con la normativa internacional y con la normativa de la Unión Europea, que son plenamente vinculantes para España.

Comenzando por estos últimos, nos encontramos con que el artículo III del Convenio sobre los derechos políticos de la mujer dispone que “las mujeres serán elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres, sin discriminación alguna”. Sin embargo, en la adhesión de España a dicho convenio se introdujo la siguiente reserva: “Los artículos II y III se entenderán sin perjuicio de las normas relativas a la Jefatura del Estado contenidas en las

Leyes Fundamentales españolas”. Debido a dicha reserva, planteada en el año 1974 (antes del actual régimen democrático), en España no se aplica dicho artículo en lo referente a la sucesión a la Corona. Algo similar ocurre con los artículos 1 y 7 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que disponen, respectivamente, los elementos de la discriminación contra la mujer y la prohibición de ejercer dicha discriminación en lo referente a la participación en los asuntos públicos. Pero, como en el caso anterior, se introdujo la siguiente reserva: “La ratificación de la Convención por España no afectará a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona española”. Sin embargo, es diferente el caso de los artículos 2, 25 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Los cuales obligan a garantizar los derechos de dicho tratado, entre otras, sin discriminación por razón de sexo (en sentido amplio), además de reconocer la igualdad de acceso a los cargos públicos, y la prohibición de discriminación ante la ley, respectivamente. Pero, en este caso no se hicieron reservas, por lo que dichos preceptos son plenamente aplicables en España, en todos los casos. Y, por último, debemos tener en cuenta la plena eficacia en territorio español de lo que disponen, en términos similares a los mencionados, los artículos 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el artículo 1 del Protocolo núm. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En lo referente a los posibles conflictos entre preceptos constitucionales, la contradicción podría producirse con los artículos 1.1 (igualdad como valor superior), 9.2 (garantía de igualdad real y efectiva), 14 (principio de igualdad y no discriminación) y 23.2 (igualdad en el acceso a cargos públicos). Hay que comenzar recordando que sí es posible efectuar excepciones y tratos diferenciados, sin que esto pueda suponer un conflicto entre normas o un trato discriminatorio. Ahora bien, cuando esto se produce, se ha de hacer bajo el cumplimiento de ciertas premisas a través de una justificación racional. No habrá trato discriminatorio si la diferencia de trato persigue un fin legítimo, además de ser proporcional, y de constituir una manera idónea de conseguir el fin perseguido. En esta línea, la STC 253/2004, de 22 de diciembre (FJ 7) establece que “para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho”.

Pues bien, el caso que nos ocupa puede encajar en esa descripción. No parece haber ningún fin legítimo que justifique que un varón sea más apto que una mujer en el ejercicio de la titularidad de la Corona, o de cualquier otro cargo. De hecho, hay un consenso generalizado en la doctrina, de que la regulación del artículo 57.1 CE ha constitucionalizado una discriminación por razón de sexo en toda regla. El Tribunal Constitucional ha establecido, en reiteradas ocasiones, doctrina sobre esta cuestión, por ejemplo en la STC 108/2019, de 30 de septiembre (FJ 2), que establece que: “las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad”. Esta exigencia de aplicar un canon cualificado está prevista para aquellos tratos diferenciados generados por el legislador. A efectos teóricos, nos sirve igualmente para detectar una discriminación establecida en la Constitución, como puede entenderse que es el caso. Eso sí, a efectos prácticos, debemos examinar la diferencia en el tratamiento jurídico, con el objetivo de valorar la posible inconstitucionalidad, cuando la discriminación procede del propio poder constituyente y no del legislador.

Antes de continuar, debemos hacer referencia a la STC 126/1997, de 3 de julio, por cuanto se refiere a un caso concreto sobre la preferencia del varón sobre la mujer, con motivo de la sucesión en los títulos nobiliarios. El Tribunal consideró que la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios no vulnera el 14 CE porque dicha distinción carece de contenido material en el ordenamiento vigente, quedándose la diferencia de trato en un plano simbólico, por lo que entiende que no puede haber una discriminación efectiva. Hemos de destacar que la constitucionalidad declarada en ese caso se debió a que, según el máxime interprete de la Constitución, carecía de consecuencias materiales. En cambio, la misma situación aplicada a la Corona, tiene como resultado nada menos que la elección del futuro titular de la Jefatura del Estado, por lo que hemos de entender que la misma argumentación no nos sirve para descartar la discriminación en la sucesión de la Corona. Y, a pesar de declararse la constitucionalidad de la preferencia del varón en la sucesión de títulos nobiliarios, el legislador acabó por derogar la normativa preconstitucional que la mantenía vigente, instaurando la sucesión en plena igualdad con la aprobación de Ley 33/2006,

de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios.

Volviendo a la cuestión principal, a pesar de la señalada contradicción material entre principios constitucionales, y del incumplimiento patente de la normativa internacional y de la UE, debemos afrontar la cuestión de si es posible que un precepto de la Constitución sea inconstitucional. A mediados del siglo XX una parte de la doctrina alemana (autores de tendencia iusnaturalista, como Otto Bachof), y el propio Tribunal Constitucional Federal de Alemania (18 de diciembre de 1953), reconocieron la posibilidad de que existan normas de la Constitución que fueran inconstitucionales. Entre otras causas, se alude a la contradicción con normas de rango superior. Si bien en el plano teórico hay margen para el debate, lo cierto es que el régimen español vigente no parece establecer una jerarquía interna entre preceptos constitucionales, además de que tampoco existen procedimientos para un hipotético control de constitucionalidad de los mismos. Por tanto, esquivando el complejo e interesante debate que se ha desarrollado al respecto, podemos concluir que, haciendo una aplicación estricta (posiblemente formalista) del Derecho positivo, no es posible que un precepto de la Constitución española sea, a su vez, contrario a la norma fundamental del ordenamiento. Esto es porque, formalmente, todos los preceptos constitucionales tienen la misma jerarquía normativa, no pudiendo servir unos de parámetro de control de los otros. Todo ello pese a que, efectivamente, la igualdad se sitúa como uno de los “valores superiores” (I.I CE). A menudo, las posibles contradicciones entre preceptos se esquivan mediante técnicas de interpretación, para mantener cierta coherencia, pero no parece factible en el caso que nos ocupa. Así pues, pese a que las reglas de la sucesión a la Corona, en lo relativo a la preferencia del varón, parecen alejarse de los principios y valores constitucionales instaurados, de la normativa internacional, de la del Consejo de Europa, y de la de la Unión Europea, dicha regulación debe entenderse como plenamente constitucional y, por ende, vinculante, mientras siga vigente.

En relación a lo anterior, y entrando a responder a la segunda de las cuestiones planteadas, debemos partir de que la preferencia del varón sobre la mujer sigue vigente, y no puede ser esquivada mediante ningún tipo de interpretación. Por tanto, si se diera la circunstancia de que, según la hipótesis que se nos plantea, el Rey hubiera concebido un varón, incluso siendo menor que sus hermanas, pasaría a ocupar el primer lugar en el orden de sucesión. A este respecto, hemos de hacer hincapié en que el denominado principio de legitimidad (que implica que, a efectos de la sucesión, solo se reconoce a los descendientes concebidos en el seno del matrimonio regio) no está implanta-

do en el ordenamiento español, por lo que no se exige que dicho hijo haya sido concebido en el seno del matrimonio con la Reina consorte. Dicho de otra manera, el hecho de que el hijo del Rey tenga una madre distinta de la Reina consorte, no afecta a sus derechos sucesorios. El orden sucesorio resultante sería el que coloca al hijo menor en primer lugar, seguido la primogénita y, finalmente, por la otra hermana. Esta primera línea iría seguida del resto de líneas sucesorias en el orden que ya conocemos.

Por último, en cuanto a las posibles modificaciones normativas que pudieran mantener a la actual Princesa de Asturias como la primera en el orden de sucesión, encontramos dos vías: la reforma legislativa y la reforma constitucional. En cuanto a la primera, hemos de comenzar descartando una posibilidad, que es la de una ley orgánica que mantuviera el orden sucesorio sin tener en cuenta la aparición del nuevo heredero, en aplicación del margen interpretativo que se le otorga a las Cortes Generales en el artículo 57.5 CE. Debemos descartarlo porque se trataría de una interpretación inconstitucional, al ser explícitamente opuesta al tenor literal del artículo 57.1 CE. En cualquier caso, sí cabe una posibilidad, en aplicación del propio artículo 57.5 CE, que es la de la renuncia del hijo del Rey. La renuncia supone la pérdida de los derechos sucesorios, mediante el ejercicio de un acto voluntario del titular de los mismos. En este caso, el hijo menor del monarca, podría renunciar a su posición como heredero, pasando dicha condición a la siguiente persona en el orden sucesorio, que sería su hermana mayor, la actual Princesa de Asturias. Todo ello se habría de articular mediante una ley orgánica aprobada por las Cortes Generales mediante el procedimiento legislativo previsto a tal efecto. Hay que incidir en que si no hubiera renuncia voluntaria, no cabría acudir a esta vía.

Como hemos adelantado, quedaría la vía de la reforma constitucional. En este caso, la posibilidad más pulcra y evidente consistiría en modificar el artículo 57.1 CE, mediante el procedimiento agravado que regula el artículo 168 CE, para eliminar el principio de masculinidad. No obstante, esta vía no está carente de dificultades. Obviando los factores políticos que convierten en muy improbable la reforma constitucional mediante el procedimiento agravado, el hecho de modificar el precepto constitucional no elimina los hechos consumados, por lo que nos sitúa en frente del problema de la retroactividad de la norma constitucional resultante. Es decir, una vez modificado el precepto, y eliminada la preferencia del varón, esta norma, a priori, solo tiene efectos a futuro, no pudiendo incidir en la situación existente, que es la de que, conforme al ordenamiento vigente, el hijo menor del Rey adquiriría su condición de Príncipe heredero en el momento en el que haya nacido. La modificación de la normativa aplicable con posterioridad no cambia-

rá dicho estatus, a menos que en la modificación constitucional se incluya, explícitamente, una aplicación retroactiva. Esta inserción se podría articular, por ejemplo, incluyendo en el texto que la norma se aplicará a partir de los descendientes del que actualmente es el Rey. De esta manera, se aseguraría que la preferencia del varón ya no se aplique a los descendientes del mismo. Sin embargo, esta aplicación retroactiva podría ser cuestionada, mediante las vías legales oportunas, por el hijo menor del Rey, habida cuenta de que se les estaría aplicando retroactivamente una norma que le resulta desfavorable.

Pero cabría otra opción de reforma constitucional más cuestionable o polémica, lo cual no obsta para que la tengamos en cuenta. Consistiría en modificar, mediante el procedimiento del artículo 167 CE, la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de manera que se incluya el control de constitucionalidad de los propios preceptos de la Constitución. Sería una manera de positivizar las teorías anteriormente mencionadas, para que el Tribunal pudiera corregir esta contradicción, u otras, si las hubiera. No obstante, hemos de advertir que se trataría de un aumento considerable de los poderes del Tribunal, poniéndole al nivel de un poder constituyente, con todo lo que ello implica, por ejemplo, en relación a la legitimidad democrática de las modificaciones de la Constitución.

Derecho de excepción

El estado de alarma y la DANA

Claudia de Partearroyo Francés

Profesora sustituta en Derecho Constitucional /

Profesora colaboradora en Derecho Constitucional

Universidad Autónoma de Madrid /

Universidad Ramón Llull – ESADE

I. PLANTEAMIENTO

En los últimos días de octubre de 2024 se produjo una calamitosa Depresión Aislada en Niveles Altos (DANA), conocida comúnmente como “gota fría”, sobre diversas regiones de España. Las precipitaciones torrenciales e inundaciones descomunales provocaron estragos de dimensiones desconocidas, principalmente en la Comunidad Valenciana, pero también en Castilla-La Mancha, Andalucía y Murcia. Así, los días 30 y 31 de octubre, los medios de comunicación informaron de que las inundaciones masivas, además de causar innumerables daños materiales, provocaron entre 40 y 50 víctimas mortales, mientras que el viernes, 1 de noviembre, la cifra de fallecidos aumentaba en torno a los 200.

Imagine que ese mismo viernes, 1 de noviembre, el Gobierno de la Nación contacta con usted, como constitucionalista experto en derecho de excepción, para preguntarle sobre la viabilidad de declarar un estado de alarma con las siguientes características:

1. Declarar el estado de alarma en las comunidades autónomas de Valencia, Castilla-La Mancha y Andalucía.
2. Establecer una vigencia de 10 días del decreto de alarma.
3. Establecer que el Gobierno es la autoridad competente y habilitar al ministro del Interior, como autoridad competente delegada, para

dictar las órdenes e instrucciones necesarias a los agentes y autoridades dependientes del mismo para ocupar los locales, las fábricas, las explotaciones y los domicilios privados que estime indispensables para realojar a los afectados por la DANA.

4. Habilitar también a los presidentes de las comunidades autónomas, como autoridades competentes delegadas, para adoptar el secuestro de aquellas publicaciones, grabaciones y demás medios de información que pretendan comunicar las cifras de los fallecidos. Se trata de una medida que restringe la libertad de información del artículo 20.1.d), eliminando la garantía judicial del artículo 20.5 de la Constitución (en adelante, CE), de forma necesaria y proporcionada.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

La DANA de finales de octubre de 2024 causó daños catastróficos en varias regiones de España, principalmente en la Comunidad Valenciana, pero también en Castilla-La Mancha, Andalucía y Murcia. El 1 de noviembre de ese mismo año, las inundaciones masivas ya habían provocado más de 200 víctimas mortales y cuantiosos daños materiales.

Ante esta situación, el Gobierno solicita un informe sobre la conformidad con la Constitución de la declaración de un estado de alarma con las características indicadas en el planteamiento del supuesto de hecho.

B. Problemas constitucionales

Determinar la conformidad con el marco constitucional y con el sistema de distribución competencial de la declaración del estado de alarma; analizar la eventual constitucionalidad de los ámbitos territorial, temporal y espacial del decreto que propone el Gobierno para declarar el estado de alarma; y examinar si la delegación de competencias en el ministro del Interior y en los presidentes de las comunidades autónomas, así como las medidas que ambos pueden implementar, respetan el bloque de constitucionalidad.

C. Fuentes

Normativa

Constitución española

Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio

Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil

Ley 36/2025, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19

Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2

Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2

Jurisprudencia

Sentencia 133/1990, de 19 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 31/2010, de 28 de junio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 83/2016, de 28 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 87/2016, de 28 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 148/2021, de 14 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 168/2021, de 5 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 183/2021, de 27 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 136/2024, de 5 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Auto 7/2012, de 13 de enero, del Tribunal Constitucional

D. Solución

El derecho de excepción español reconoce tres instrumentos para abordar emergencias o crisis extraordinarias: el estado de alarma, el estado de excepción y el estado de sitio (artículo 116 CE). Como determina la ley orgánica que desarrolla el derecho de excepción, únicamente se puede recurrir a estas figuras si los instrumentos ordinarios son insuficientes para superar este tipo de crisis (artículo 1.1 de la Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción

y sitio; en adelante, LOAES). La explicación es sencilla: el derecho de excepción se caracteriza por incrementar de forma extraordinaria los poderes del Gobierno y del Congreso y por reducir o incluso suspender algunas garantías constitucionales (*vid.*, por ejemplo, el artículo 55.1 CE). El riesgo que supone para el Estado democrático de Derecho, la división de poderes y los derechos fundamentales, hace imprescindible activar el derecho de excepción solo cuando sea estrictamente indispensable, respetando así el principio de necesidad que reconoce el artículo 1.2 LOAES.

En este sentido, lo primero que debe considerar el Gobierno es si puede hacer frente a la situación por medio del derecho ordinario de crisis. En este caso, el Gobierno podría considerar dos leyes vinculadas con la competencia del Estado en seguridad pública (artículo 149.1.29ª CE): la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil (LSNPC) y la Ley de Seguridad Nacional (LSN).

En virtud de la última ley, el Gobierno podría declarar la “situación de interés para la seguridad nacional”, definida de la siguiente manera: “La situación de interés para la Seguridad Nacional es aquella en la que, por la gravedad de sus efectos y la dimensión, urgencia y transversalidad de las medidas para su resolución, requiere de la coordinación reforzada de las autoridades competentes en el desempeño de sus atribuciones ordinarias, bajo la dirección del Gobierno, en el marco del Sistema de Seguridad Nacional, garantizando el funcionamiento óptimo, integrado y flexible de todos los recursos disponibles, en los términos previstos en esta ley” (artículo 23.2 LSN).

Por otro lado, también cabría declarar una “emergencia de interés nacional” a través de los artículos 28 y siguientes de la LSNPC, donde correspondería al Ministerio del Interior declarar y dirigir la crisis a través de “la ordenación y coordinación de las actuaciones y la gestión de todos los recursos estatales, autonómicos y locales del ámbito territorial afectado, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley para los estados de alarma, excepción y sitio, y en la normativa específica sobre seguridad nacional” (artículo 30 LSNPC).

Ambos supuestos se juzgan respetuosos con la distribución competencial del bloque de constitucionalidad. Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que “en la materia específica de protección civil se producen unas competencias concurrentes del Estado (en virtud de la reserva del artículo 149.1.29 CE) y de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en sus Estatutos en virtud de habilitaciones constitucionales’, por lo que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en esta materia, aunque estén subordinadas a ‘las superiores exigencias del interés nacional

en los casos en que éste pueda entrar en juego' (STC 133/1990, FFJJ 5 y 6)" (STC 31/2010, FJ 78). Desde la STC 123/1984, esta doctrina ha sido reiterada con frecuencia por el Tribunal Constitucional, incluso tras la promulgación de la LSNPC (por todas, STC 87/2016). Así, aunque las comunidades autónomas tienen importantes competencias en materia de protección civil, como reflejan por ejemplo los artículos 49.3.14ª y 55 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, la magnitud de la crisis y de sus consecuencias exigen la movilización y coordinación de todos los recursos estatales, autonómicos y locales disponibles. Por ello, activar las competencias del Estado en materia de seguridad pública (artículo 149.1.29ª CE) es una medida plenamente respetuosa con el sistema de reparto constitucional determinado por el bloque de constitucionalidad.

La competencia sobre la seguridad pública también alcanza, aunque con otra dimensión, a la eventual declaración de un estado de alarma. En caso de que el Gobierno considerase que no puede superar la crisis por medio de "los poderes ordinarios de las Autoridades competentes" (artículo 1.1 LOAES), como en seguida pasamos a analizar, tampoco se juzgaría contraria al orden competencial por los motivos expuestos.

En este orden de ideas, debe considerarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la sentencia que declaró parcialmente inconstitucional el primer estado de alarma de la crisis de la Covid-19: la STC 148/2021. Esta sentencia declaró que nuestro Estado constitucional "concede al Gobierno y al Congreso de los Diputados un margen amplio (pero no ilimitado) de libre apreciación política para declarar y mantener un estado de alarma" (STC 148/2021, FJ 3). Atendiendo a ese margen y a la extraordinaria gravedad de la situación provocada por la catástrofe natural, en el presente caso no se advierte incompatibilidad constitucional para que el Gobierno declare un estado de alarma, máxime cuando el artículo 4.a) LOAES prevé expresamente esta posibilidad ante "catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud".

En definitiva, no se encuentran obstáculos constitucionales para declarar el estado de alarma. Más bien al contrario, la declaración del estado de alarma puede considerarse necesaria para cumplir con los deberes constitucionales encomendados al Gobierno como órgano constitucional, que goza de competencias irrenunciables e indisponibles que impiden hacer dejación de funciones. En un sentido parecido puede leerse la STC 168/2021, donde el Alto Tribunal determinó que ni siquiera durante un estado de alarma el Gobierno puede "dejar de seguir asumiendo la titularidad y el ejercicio de

ninguna de las funciones y potestades que, de modo general y ordinario, le atribuye el artículo 97 CE, como tampoco las que le reconozca el resto del ordenamiento jurídico” (FJ 3).

Cuestión distinta es analizar si el contenido del eventual decreto de alarma puede considerarse constitucionalmente válido. En primer lugar, la propuesta del decreto que envía el Gobierno reúne las tres características obligatorias a determinar en todo decreto de alarma: el ámbito territorial, la duración y los efectos del estado de alarma (artículos 116.2 CE y 6.2 LOAES).

En lo que respecta al ámbito territorial, se estima más respetuoso con la Constitución limitar el alcance del estado de alarma exclusivamente a los territorios directamente afectados, para cumplir con los principios de necesidad y proporcionalidad del artículo 1.2 LOAES. En este sentido, solo se considera “estrictamente indispensable” aplicar el estado de alarma a los municipios damnificados por la DANA, sin ser necesario ampliarlo a aquellas otras zonas no perjudicadas, como el norte de la Comunidad Valenciana o la propia ciudad de Valencia.

Por lo que respecta al ámbito temporal, el Gobierno debe justificar por qué considera imprescindible extender la vigencia del estado de alarma durante 10 días. Aunque formalmente este plazo respeta el máximo de 15 días de declaración inicial del estado de alarma (artículo 116.2 CE), se recomienda al Gobierno justificar la adecuación de ese período de 10 días a los principios de necesidad y de proporcionalidad del artículo 1.2 LOAES, así como seguir el criterio de razonable adecuación que estableció el Tribunal Constitucional en la STC 183/2021, FJ 8. A pesar de que los criterios de la sentencia citada se dirijan a la justificación temporal de la prórroga de un estado de alarma que, en su caso, solo puede autorizar el Congreso de los Diputados (artículo 116.2 CE), parece conveniente tener en cuenta al menos dos de ellos: a) la valoración del periodo de tiempo que, previsiblemente, se estime imprescindible para revertir la crisis; y b) la correspondencia entre la duración del decreto y las medidas a aplicar.

La valoración de los efectos que se proponen en el decreto del estado de alarma se debe realizar conjuntamente con la delegación de competencias en el ministro del Interior y en los presidentes de las comunidades autónomas.

Por lo que se refiere a la ocupación de locales, fábricas y explotaciones que determine el Ministerio del Interior para realojar a los afectados por la DANA, se considera, *a priori*, una medida conforme con el bloque de constitucionalidad del derecho de excepción (compuesto por la CE y la LOAES). En efecto, el artículo 11.c) LOAES prevé esta posibilidad, que además parece

suficientemente justificada por su directa conexión con las necesidades de la crisis que se pretende atajar. Sin embargo, es altamente aconsejable especificar en qué circunstancias y con qué condiciones se habilita al ministro del Interior para ocupar estos establecimientos, por dos motivos. En primer lugar, los principios de legalidad y de seguridad jurídica (artículo 9 CE) exigen concretar con el mayor nivel de certeza y previsibilidad posibles en el decreto, que tiene rango de ley (ATC 7/2012), la forma y las condiciones en que se permite al ministro adoptar esta medida, por ser potencialmente restrictiva del derecho a la propiedad privada (artículo 33 CE) y de la libertad de empresa (artículo 38 CE) (STC 292/2000, FJ 15). En segundo lugar, se debe atender a la STC 148/2021, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 10 del Real Decreto 436/2020, que habilitaba al ministro de Sanidad para ampliar o modificar las medidas de contención en establecimientos y actividades económicas que limitaban la libertad de empresa durante el primer estado de alarma de la crisis de la Covid-19. En este sentido, cuanto más se detalle en el decreto de alarma estas facultades del ministro del Interior, menos probable será enfrentarse a una eventual declaración de inconstitucionalidad en caso de que el decreto de impugne ante el Tribunal Constitucional (STC 83/2016).

Por el contrario, el propio artículo 11 c) LOAES prohíbe ocupar domicilios privados durante el estado de alarma, por lo que esta medida debería ser excluida del decreto por ser contraria a la LOAES y al derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE).

En cualquier caso, y para finalizar con esta problemática, la delegación de facultades de los decretos de alarma en los distintos ministerios es plenamente constitucional, como se desprende implícitamente de la STC 148/2021.

Por otro lado, la habilitación a los presidentes de las comunidades autónomas como autoridades competentes delegadas se considera claramente inconstitucional. Sobre este particular se pronunció el Tribunal Constitucional a raíz del segundo estado de alarma declarado a nivel nacional durante la crisis de la Covid-19, en la STC 183/2021, en la que determinó que la delegación en más de un presidente autonómico es contrario al bloque de constitucionalidad, toda vez que el artículo 7 LOAES determina que solo se puede delegar en un presidente autonómico cuando la declaración del estado de alarma “afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad”. Esta delegación entra en conflicto también con la vigencia del principio de responsabilidad del Gobierno durante los estados de excepción (artículo 116.6 CE): aunque el Gobierno no precise previa autorización del Congreso para declarar el estado de alarma (autorización sí requerida en caso de que se pretenda prorrogar el mismo o de que se pretenda declarar un estado de

excepción), los mecanismos de control y de exigencia de responsabilidad al Gobierno por parte del Congreso de los Diputados siguen plenamente vigentes durante los estados excepcionales (arts. 66.2 y 116.5 y 6 CE; STC 168/2021, FJ 3). En coherencia con las previsiones constitucionales, el artículo 8 LOAES determina que el “Gobierno dará cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración del estado de alarma y le suministrará la información que le sea requerida”. En este sentido, la delegación en varios presidentes autonómicos quiebra la posibilidad de controlar de manera efectiva al Gobierno de forma contraria al bloque de constitucionalidad.

Finalmente, se considera imprescindible retirar la restricción del derecho a la libertad de información [artículo 20.1.d) CE] mediante la exclusión de la garantía judicial del secuestro de las comunicaciones (artículo 20.5 CE), toda vez que infringiría el marco constitucional. Aunque el Tribunal Constitucional ha establecido que el estado de alarma puede restringir derechos fundamentales sin suspenderlos (SSTC 83/2016 y 148/2021, interpretando el artículo 55.1 CE *a sensu contrario*), también ha dejado claro que el estado de alarma es el estado de menor intensidad (STC 83/2016, FJ 9). Por ello, no parece compatible con el bloque de constitucionalidad aplicar en el estado de alarma medidas propias del derecho de excepción, como el secuestro de las publicaciones sin resolución judicial que prevé el artículo 21 LOAES, siempre que el Congreso autorice previamente la suspensión la libertad de información en un estado de excepción¹. Además, la genérica alusión al cumplimiento de los principios de necesidad y proporcionalidad, sin aportar argumentos precisos o razones concretas, no constituye una verdadera justificación de la medida. Una medida que, además, se estima del todo innecesaria e incluso arbitraria por entrar en conflicto la cláusula propia cláusula del Estado democrático de Derecho (artículo 1.1 CE), en conexión con la dimensión objetiva del derecho a la libertad de información, que protege la opinión pública libre como un valor democrático esencial.

1 Nótese que este argumento, quizás, podría desvirtuarse por la reciente STC 136/2024, que estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad planteado contra determinadas medidas restrictivas de derechos fundamentales en crisis sanitarias previstas en la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. En este sentido, el Gobierno podría intentar servirse de esta nueva jurisprudencia, que parece reducir el control de las medidas restrictivas de derechos fundamentales en un estado de alarma solamente al criterio de proporcionalidad. Sin embargo, no está claro el alcance de esta sentencia para el supuesto de hecho planteado, por lo que seguimos recomendando al Gobierno no incluir la supresión de la garantía judicial para el secuestro de las publicaciones.

Reforma constitucional

Pedro García Guijarro

*Investigador predoctoral (CLACIF) en Derecho Constitucional
Universitat de València*

I. PLANTEAMIENTO

En enero de 2020, la Sra. Guadalupe fue desahuciada de su casa en Madrid por impago reiterado del alquiler. Ante la indignación suscitada por dichos acontecimientos, se propuso presentar una iniciativa legislativa popular (en adelante, ILP) en el Congreso de los Diputados. De acuerdo con esta, se proponía la reforma del artículo 47 de la Constitución española (en adelante, CE) para reubicarlo como artículo 30 CE e introducirlo en la Sección I del Capítulo II del Título I CE, trasladando el resto de los preceptos constitucionales un artículo hacia delante.

Tras presentar la proposición de ley ante la Mesa del Congreso, esta la inadmitió a trámite ya que el artículo 166 CE excluye la posibilidad de iniciativa de reforma constitucional mediante ILP, acotando su legitimación a los sujetos recogidos en el artículo 87.1 y 2 CE (Gobierno, Congreso, Senado y las Asambleas de las Comunidades Autónomas). En consecuencia, la propia Constitución descarta la posibilidad de que se inicie un proceso de reforma constitucional mediante una ILP.

Han pasado tres años desde entonces y Guadalupe se ha convertido en la secretaria general de un partido político, el Pacto por una vivienda más constitucional (PPUV+C), con una representación de 72 diputados en el Congreso de los Diputados. Así, el grupo parlamentario del partido en el Congreso presenta una proposición de reforma constitucional de idéntico contenido a la ILP presentada por la Sra. Guadalupe tres años atrás. Casualmente, la proposición es tomada en consideración justo una semana antes de que el Congreso de los Diputados se vea obligado a declarar el estado de sitio

en todo el territorio nacional (116.4 CE), como consecuencia de la invasión acometida por cierto principado pirenaico a la provincia de Lérida. Para empeorar las cosas, el gobierno de la nación anuncia que, en caso de seguir tramitándose la iniciativa de reforma, el referéndum que pudiera derivarse de los procedimientos de los artículos 167 y 168 CE no podrá ser realizado por razones de seguridad nacional, por lo que serían el Congreso y el Senado en sesión conjunta quienes ratificarían la reforma ante su eventual aprobación.

Trabajas para los servicios jurídicos del PPUV+C, y la Sra. Guadalupe te encarga un informe sobre las problemáticas jurídicas que pueda suscitar la proposición de reforma constitucional. Está interesada particularmente en cuatro cuestiones: la adecuación de la proposición al procedimiento del artículo 167 o 168 CE, su legitimación para ejercer la iniciativa, la posibilidad de seguir con el trámite de reforma durante un estado de sitio y las consecuencias de la ausencia de referéndum para la validez de la reforma.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Este supuesto plantea el caso de un partido político, con representación parlamentaria, que propone una reforma constitucional ante el Congreso de los Diputados que afecta directamente al contenido y estructura de la Sección I del Capítulo II del Título I de la CE. Asimismo, la proposición de reforma es tomada en consideración justo una semana antes de que sea declarado el estado de sitio en todo el territorio nacional.

B. Problemas constitucionales

Estamos ante un supuesto de proposición de reforma constitucional por parte de un partido político a una semana de la declaración del estado de sitio en todo el territorio nacional. Con base en la descripción aportada, identificamos cuatro problemas susceptibles de ser analizados desde el Derecho constitucional: en primer lugar, la proposición afecta directamente a la estructura de la Sección I del Capítulo II del Título I CE, aunque sin reformar el contenido de los preceptos recogidos en la misma, por lo que debe determinarse el procedimiento de reforma a seguir (167 o 168 CE). En segundo lugar, es menester resolver si efectivamente el grupo parlamentario estaba legitimado para proponer la reforma. En tercer lugar, la vigencia de un estado de sitio mientras se tramita la reforma podría generar incidencias sobre el

procedimiento legislativo que conviene analizar. Finalmente, la imposibilidad contingente de celebrar un referéndum durante el estado de sitio puede tener efectos sobre la validez de la reforma constitucional.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 87, 166, 167, 168 y 169 de la Constitución española

Artículos 2, 10, 27 y 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC)

Artículos 146 y 147 del Reglamento del Congreso de los Diputados (en adelante, RC)

Artículo 159 del Reglamento del Senado (en adelante, RS)

Jurisprudencia

Auto 9/2012, de 13 de enero, del Tribunal Constitucional

D. Solución

En cuanto a la adecuación de la proposición al procedimiento de los artículos 167 o 168 CE, esta pretende convertir el derecho a la vivienda reconocido en el artículo 47 CE, un principio rector de la política social y económica, en un derecho fundamental incorporado a la Sección I del Capítulo II del Título I CE. Por consiguiente, el procedimiento del artículo 167 CE no es aplicable al caso puesto que toda reforma que afecte a dicha sección debe seguir la especialidad del procedimiento agravado del artículo 168 CE, a razón de su objeto. El propio Tribunal Constitucional (en adelante TC) así lo entiende al afirmar que “el texto constitucional establece de manera precisa la finalidad de las dos vías de reforma que prevé, en función de los objetos sobre los que se puede proyectar” (ATC 9/2012, de 13 de enero, FJ 2).

Por lo tanto, para acometer la reforma propuesta será necesaria su aprobación por mayoría de dos tercios en el Congreso y el Senado, la disolución de las cámaras y su nueva elección. A fin de avanzar en el procedimiento, las cámaras electas ratificarán la decisión adoptada por las precedentes (arts. 147.4 RC y 159 RS). A continuación, la proposición deberá ser aprobada de nuevo por dos tercios de ambas cámaras (arts. 147.5 RC y 159 RS). En último lugar, la reforma será ratificada en referéndum popular (168.3 CE).

En lo tocante a la legitimidad del PPUV+C para proponer la reforma constitucional por medio de sus diputados en el Congreso, es ineludible la referencia al artículo 166 CE cuando establece que “la iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87.” Así, remitiéndonos particularmente al apartado primero del artículo 87 CE resulta posible que la iniciativa para la reforma constitucional emane del Congreso, aunque sería necesario recurrir al RC para constatar si el grupo parlamentario está efectivamente legitimado. Habiendo determinado que el procedimiento de reforma a seguir es el agravado del artículo 168 CE, aplicaremos el artículo 146 RC. De acuerdo con este, las proposiciones de reforma constitucional, entre las que incluye las agravadas del 168 CE con base en el 166 CE, deben estar suscritas por dos grupos parlamentarios o por una quinta parte de los diputados en el Congreso. Habida cuenta de que el Congreso cuenta con 350 diputados, el PPUV+C supera por dos diputados el 20% de representación exigida, por lo que estaría plenamente legitimado para proponer la reforma constitucional.

Respecto a la situación en que queda el trámite de reforma durante un estado de sitio, existen varios detalles a tener en cuenta. En primer lugar, el artículo 169 CE prohíbe expresamente la iniciación de un proceso de reforma constitucional mientras España se encuentre en tiempo de guerra o mientras esté vigente alguno de los estados previstos en el artículo 116 CE (estado de alarma, de excepción o de sitio). En nuestro supuesto, el Congreso de los Diputados ha declarado el estado de sitio una semana después de iniciarse el proceso de reforma, por lo que una interpretación literal de la CE no impide que este prosiga su tramitación parlamentaria, puesto que el artículo 169 CE acota la prohibición únicamente a la iniciación, no a la continuación de una reforma en fase parlamentaria.

No obstante, es posible detectar una contradicción entre el procedimiento reglado por el artículo 168 CE y las condiciones de desarrollo de un estado de sitio en términos institucionales. El artículo 116.5 CE niega la posibilidad de disolver el Congreso durante cualquiera de los estados que regula, por lo que excluye la posibilidad de disolución durante el estado de sitio de nuestro supuesto, ya que el funcionamiento del Congreso no puede interrumpirse durante su vigencia. Sin embargo, el procedimiento agravado de reforma exige que las Cortes sean disueltas y se convoquen elecciones para que las nuevas cámaras ratifiquen la aprobación de las precedentes. Es decir, el artículo 169 CE no impediría que el proceso de reforma siguiera su tramitación, pero nos encontraríamos ante una antinomia constitucional relativa a la disolución del Congreso durante un estado de sitio como exigencia del procedimien-

to agravado de reforma. Dado que el sistema constitucional español no ha afrontado una situación similar hasta el momento, no existe un precedente resolutivo de la antinomia ni jurisprudencia al respecto. De igual forma, es el mismo órgano, el Congreso, el que declara el estado de sitio y controla el procedimiento de la reforma, por lo que podría paralizarlo hasta que decayera la vigencia del estado de sitio. Sin embargo, en el hipotético caso de darse esta problemática, la solución más probable sería su reconducción a la jurisdicción constitucional. Incluso sería posible paralizar el procedimiento de la reforma e impedir la disolución: sería factible que un diputado plantease un recurso de amparo ante el TC, alegando que la disolución de las Cortes durante el estado de sitio afecta directamente al ejercicio de sus funciones parlamentarias (*ius in officium*), amparado por el derecho fundamental del artículo 23.2 CE. De este modo, con base en el artículo 56.3 LOTC, el TC podría adoptar como medida cautelar la paralización del procedimiento legislativo y de la disolución.

En lo que concierne a las consecuencias de la ausencia de referéndum para la validez de la reforma, el artículo 168 prescribe la necesidad de que se celebre dicho referéndum como condición para la ratificación de la reforma, por lo que esta no sería válida sin su celebración. Cuestión aparte es la posibilidad de control sobre la ausencia de este presupuesto de validez. El único control jurídico apropiado al caso sería su sometimiento a la jurisdicción constitucional. Sin embargo, la interpretación sistémica de los artículos 2, 10 y 27 de la LOTC indica que no existe desarrollo legal en la misma que habilite el control constitucional ni del objeto ni del procedimiento de reforma. Precisamente, la única ocasión en que el TC se ha pronunciado sobre el control de reforma constitucional fue en el ATC 9/2012, al resolver un recurso de amparo promovido por dos diputados ante la supuesta vulneración de su derecho al ejercicio de la función parlamentaria, reconocido en el artículo 23.2 CE. En otros términos, se utilizó el recurso de amparo con una finalidad alternativa a aquella para la que fue diseñado, como herramienta para controlar la validez de una reforma constitucional. Entendemos que esa sería una vía plausible para controlar la ausencia de referéndum y la ratificación directa de la reforma por las Cortes.

PARTE DOGMÁTICA:

**DERECHOS, LIBERTADES Y
GARANTÍAS**

Dignidad humana: La protección del mínimo vital

Francisco Javier Moreno Ordoño¹

Investigador predoctoral

Becario InPhinit de la Fundación “la Caixa”

Universidad de Barcelona

I. PLANTEAMIENTO

El Sr. Rodríguez fue condenado por la Audiencia Provincial de Barcelona como autor de un delito de lesiones graves a las penas correspondientes y a que, en concepto de indemnización civil, abonara al perjudicado, el Sr. Martínez, la cantidad de 12.000 euros. Para ejecutar dicha sentencia, el Juzgado nº 1 de Barcelona decidió retener del salario del condenado una cantidad de 800 euros al mes. Esta cantidad sería entregada al Sr. Martínez, en calidad de perjudicado, hasta que la cuantía fuera íntegramente pagada.

Ahora bien, antes de que los pagos fueran suficientes para cubrir el monto total de la indemnización, el Sr. Rodríguez fue jubilado por razón de enfermedad. Por este motivo pasó a recibir una pensión de la Seguridad Social de 980 euros al mes.

- a) El Sr. Rodríguez se dirige a usted como abogado, preocupado por la posibilidad de que durante los próximos meses tenga que sobrevivir con unos ingresos mensuales de 180 euros, dado que tampoco le queda dinero en su cuenta bancaria. ¿Sería conforme a derecho que el juez continuara reteniéndole esta cuantía mensual?
- b) Por otro lado, el Sr. Martínez también acude a usted, diciéndole que cree que existe una norma que impide que al Sr. Rodríguez se le siga

¹ El proyecto que ha dado lugar a este caso de estudio recibió el apoyo de una beca de la Fundación “La Caixa” (ID 100010434). El código de la beca es “B006196”.

reteniendo tal cuantía, dada su escasez de ingresos. Quiere saber si existe alguna vía para impugnar dicha norma. ¿Existe esta vía? ¿De qué manera debe argumentarse esta impugnación? Atendiendo a la jurisprudencia constitucional, ¿qué probabilidades tiene de éxito?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En este supuesto se nos plantea el caso en el que la ejecución de una sentencia requiere del embargo de un salario para pagar una indemnización. Sin embargo, debido a un cambio en la situación del condenado, sus ingresos mensuales caen por debajo del salario mínimo interprofesional.

B. Problemas constitucionales

Ante los hechos descritos anteriormente, nos encontramos que existen dos conceptos constitucionales en juego. Por un lado, está el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que incluye también el derecho a que las resoluciones judiciales firmes se ejecuten. Esto implicaría que el Sr. Martínez tiene derecho a que se ejecute el embargo de manera que siga cobrando la cuantía correspondiente. Por otro lado, está la dignidad humana, configurada como fundamento del orden político y de la paz social en el artículo 10.1 de la Constitución, del que se desprende que debe respetarse el mínimo vital de las personas, sin que se les pueda privar de los medios indispensables para una vida digna.

Teniendo en cuenta estos dos conceptos constitucionales que entran en colisión, cabe abordar el caso práctico mediante tres cuestiones. En primer lugar, debe analizarse si el marco normativo permite un embargo de la pensión de un condenado que reduzca de manera significativa sus ingresos. En segundo lugar, debe valorarse si existe alguna manera en la que el derecho a la tutela judicial efectiva del Sr. Rodríguez sirva para impugnar el marco normativo. En tercer lugar, identificada la cuestión de inconstitucionalidad como la vía para lograr esto, debe examinarse si la jurisprudencia constitucional ofrece respuestas en este caso.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 24.1, 117.3 y 118 de la Constitución española

Artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Artículo 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Artículo 1 del Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2024

Jurisprudencia

Sentencias del Tribunal Constitucional 37/1989, de 15 de febrero, 113/1989, de 22 de junio y 16/1994, de 20 de enero

D. Solución

Para empezar, debe tenerse en cuenta que, de entre los medios que recoge nuestro ordenamiento jurídico para garantizar la adecuada ejecución de las sentencias, uno de ellos es el embargo de bienes. Dicho embargo puede realizarse no solo sobre el salario del ejecutado, sino también sobre pensiones o equivalentes si fuera necesario, como indica el artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Ahora bien, dicho artículo establece un límite a la posibilidad de los jueces de ordenar este embargo. Se considera inembargable el salario o pensión que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional (SMI). Esto significa que no puede retenerse cuantía alguna de la pensión si esta no supera este monto.

Actualmente, el SMI está cuantificado en 1.134 euros mensuales por el Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero. En consecuencia, puesto que los 980 euros al mes que recibe el Sr. Rodríguez se encuentran por debajo de dicho umbral, la pensión es íntegramente inembargable. Por ello, el juez no podría autorizar que se le continúen reteniendo 800 euros de la misma.

Ahora bien, cabe tener en cuenta la legítima preocupación del Sr. Martínez. El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva “no sólo garantiza la obtención de una respuesta judicial razonable y fundada en Derecho, con independencia de cuál sea su contenido material, sino que incluye también el derecho a que las resoluciones judiciales firmes se ejecuten” (STC 113/1989, de 22 de junio, FJ 2). Por tanto, cabe dudar de la constitucionalidad del artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la medida en la que no permite la plena realización del derecho a la tutela judicial efectiva, impidiendo la ejecución de las sentencias cuando el ejecutado no tenga bienes más allá de una pensión y esta sea inferior al SMI. Por ello, en caso de que el Juzgado resolviera que la pensión es inembargable, el Sr. Martínez podría presentar un recurso contra esta decisión, solicitando a la Audiencia Provincial de

Barcelona que, con fundamento en el artículo 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, presente una cuestión de inconstitucionalidad para lograr la anulación del artículo 607.1 de la LEC, de manera que el embargo pueda mantenerse.

Para determinar si esta vía tiene posibilidades de éxito, es fundamental atender a la jurisprudencia constitucional sobre la materia. El Tribunal Constitucional afirmó en la STC 113/1989, de 22 de junio, que el derecho fundamental a que se ejecuten las Sentencias firmes “viene sometido a los requisitos y limitaciones formales y materiales que disponga la legislación” (FJ 3). Ahora bien, estos requisitos y limitaciones que puede imponer el legislador deben respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales, por lo que “cuando el legislador imponga requisitos o limitaciones al ejercicio del derecho fundamental, su legitimidad constitucional habrá de ser examinada para comprobar si responden a razonables finalidades de protección de valores, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan debida proporcionalidad con dichas finalidades, lo cual significa que serán inconstitucionales, por vulneración del derecho fundamental, aquellos requisitos, formalidades y limitaciones que comprometen su ejercicio de tal forma que no resulten comprensibles a la luz de una ponderación razonable y proporcionada de los valores acogidos en la Constitución” (FJ 3).

En consecuencia, debe examinarse si la inembargabilidad de las pensiones cuando estas se encuentren por debajo del SMI es una limitación constitucionalmente justificada del derecho del acreedor a que se ejecute la sentencia firme que reconoce su derecho de crédito. La razón que pudiera encontrarse en este caso para justificar dicha limitación es tratar de evitar que la ejecución de la sentencia ponga en peligro la subsistencia personal y familiar del ejecutado en los casos en que la pensión sea la única fuente de ingresos económicos del condenado. Para el Tribunal Constitucional, la protección legal de un nivel económico mínimo que permita satisfacer las necesidades más elementales del ser humano encuentra fundamento en el respeto a la dignidad humana recogido en el artículo 10.1 de la Constitución. Este precepto impide que “la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor” (STC 113/1989, FJ 3).

Así, encontrada una justificación constitucional de la limitación al derecho a la tutela judicial efectiva, debe verificarse si dicha limitación cumple con la regla de proporcionalidad de los sacrificios que debe observarse en toda limitación de un derecho fundamental (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8). Debe analizarse si el establecimiento del SMI como umbral se encuentra dentro de los límites de lo imprescindible para asegurar el mínimo vital de

los destinatarios, sin que se sacrifique el crédito del acreedor más allá de lo que exige la protección de la dignidad. En la STC 113/1989, el Tribunal afirma que la determinación del nivel económico de subsistencia le corresponde determinarlo al legislador, dentro del margen razonable de libertad legislativa (FJ 3). Así, la identificación del SMI con ese límite entraría dentro de la discrecionalidad del legislador al aprobar el artículo 607.1 de la LEC. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de considerar que “el salario mínimo interprofesional puede utilizarse como criterio objetivo para determinar el nivel mínimo vital de subsistencia” (STC 16/1994, de 20 de enero, FJ 4). En consecuencia, puede considerarse que la fijación del SMI como límite a la embargabilidad de las pensiones se trata de una limitación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva justificada y proporcionada.

En conclusión, puede afirmarse que la retención que se venía efectuando sobre el salario del Sr. Rodríguez no puede continuar realizándose debido a la ausencia de ingresos suficientes. Esta inembargabilidad establecida por el legislador en la LEC está avalada por la jurisprudencia constitucional, por lo que un cuestionamiento de la constitucionalidad de la misma tendría escasas probabilidades de éxito.

Derechos fundamentales de los extranjeros

Marcos Francisco Massó Garrote
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

Mohamed Dom, de nacionalidad Guineana entró de forma irregular en España por las costas del Algeciras en el puerto de Cádiz vía patera con la finalidad de solicitar asilo en nuestro país. Las autoridades españolas lo acogieron por vía humanitaria y mientras tanto se tramitaba el procedimiento de asilo fue internado en un centro de extranjeros en la misma localidad de Cádiz superando los 60 días permitidos en el centro de internamiento debiendo ser puesto en libertad dentro del territorio nacional. A los seis meses, Mohamed Dom se casa con una ciudadana española sin haber recibido aún contestación de su solicitud de asilo.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso práctico aborda los derechos de las personas extranjeras en España, como la protección frente al internamiento prolongado en un centro de extranjeros y el impacto jurídico del matrimonio con una ciudadana española. Además, plantea cuestiones sobre el procedimiento de asilo y garantías legales en situaciones de irregularidad administrativa.

B. Problemas constitucionales

Se trata de saber, en primer lugar, cuál es el estatus constitucional de este extranjero que entró de forma irregular en España. Para ello, la primera cues-

tión a resolver es cuáles son los derechos y libertades fundamentales, así como sus límites, que tienen los extranjeros en España que se encuentran de forma irregular. La segunda cuestión a determinar es si, al ser solicitante de asilo, se le puede expulsar del territorio español al haber cumplido el plazo máximo en el Centro de Internamiento. La tercera cuestión a resolver es sobre el derecho de asilo y protección subsidiaria que tiene el sujeto. Se debe explicar su procedimiento y el reconocimiento de protección internacional. La cuarta cuestión a resolver es que, durante su estancia en España, el ciudadano contrae matrimonio con una ciudadana española, lo que implicaría un nuevo estatus de derechos para el ciudadano guineano, por lo que debe explicarse cuál sería ese nuevo estatus dentro, no solo de España, sino de la Unión Europea (UE) y qué nuevos derechos se derivan de ello. La última cuestión a analizar abarcaría el derecho de nacionalidad que tendría este ciudadano de nacionalidad guineana al casarse con una española: procedimiento, condiciones y plazos.

C. Fuentes

Normativa

Artículo 13.1.2 de la Constitución española

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009

Artículos 17 a 25 del Código Civil

Jurisprudencia

Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 99/1985, de 30 de septiembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 115/1987, de 7 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 260/2007, de 20 de diciembre, del Tribunal Constitucional

D. Solución

La primera cuestión que debemos resolver son los derechos que tienen los extranjeros aun estando en situación irregular en territorio español mientras

se encuentran en España mientras se tramite su solicitud de asilo y refugio. Para ello debemos analizar cuál es la posición constitucional que tienen los extranjeros a luz de la interpretación que el Tribunal Constitucional (TC) ha hecho del artículo 13.1 de la Constitución española (CE) para regular la titularidad y ejercicio de los distintos derechos fundamentales del Título I. De esta forma el TC recogió su ya conocida clasificación tripartita en donde podemos distinguir:

Derechos fundamentales que corresponden por igual a españoles y extranjeros que se conceden a la persona por su condición humana y no como ciudadano, derechos que se extienden también a aquellas personas que se les otorga la protección internacional de las personas que han sido desestimadas su solicitud de asilo, pues son imprescindibles para garantizar la dignidad humana y que constituyen el fundamento del orden político y de la paz social y son:

- El derecho a la vida y a la integridad física y moral.
- El derecho a la intimidad personal y familiar.
- El derecho a la propia imagen.
- El derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto.

Ahora bien, la interpretación de los derechos de los extranjeros se debe realizar conforme a las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas de signos diversos para justificar la realización de actos o conductas contrarios a la ley.

La Ley Orgánica 4/2000 reconoce a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa el derecho a: la documentación (artículo 4), asistencia sanitaria (artículo 12), educación (artículo 12 tras la interpretación de la STC 155/2015), tutela judicial efectiva y su derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (artículo 20 tras la interpretación de las SSTC 95/2003 y 260/2007), derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000), libertad personal y seguridad (SSTC 115/1987 y 144/1990), derecho de huelga y reunión (artículo 11.2 tras la interpretación del TC en STC 259/2007) y derecho de asociación (artículo 8 tras la interpretación de la STC 115/1987, FJ 3).

En cuanto las limitaciones que pudieran tener los extranjeros sobre algunos derechos fundamentales se encuentran el derecho de reunión y asociación

que, si bien pueden ejercerlo tanto españoles como extranjeros, con independencia de su situación legal (STC 236/2007) puede sufrir algún tipo de limitación o restricción cuando el ejercicio de estos derechos fundamentales pudiera tener como finalidad la actividad política o la búsqueda de un fin político como, por ejemplo, crear un partido político o promover una reunión con fines políticos. En cuanto al derecho de asistencia sanitaria de los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, tienen derecho a recibir asistencia sanitaria según recoge el Real Decreto-ley 7/2018, aunque la Ley 16/2003 precisa que a efectos de participación en el precio de los medicamentos las personas beneficiarias abonarán el 40% del precio de venta al público (copago superior a lo que se establece para el resto de las personas en régimen general y legal en España).

En cuanto a otros derechos sociales como las ayudas a la vivienda únicamente se reconoce a los extranjeros residentes en España, si bien no se podrá negar este derecho de ayudas o de acceso a una vivienda de protección pública si está casado con un ciudadano español. En cuanto a la Seguridad Social y otros servicios sociales en el caso de los extranjeros irregulares los tribunales españoles entienden que tan solo están cubiertos por la Seguridad Social española en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional

Los únicos derechos fundamentales que no pueden ejercer los extranjeros en situación irregular administrativa son los derechos políticos y acceso a cargos públicos del artículo 23 de la CE, en concreto los derechos de participación pública en sentido estricto, el derecho de sufragio activo y pasivo. Los extranjeros extracomunitarios solo podrán ejercer los derechos políticos de voto en las elecciones municipales siempre que gocen de la condición de residente por el periodo que establezcan los tratados internacionales que con criterio de reciprocidad establezca el tratado o la ley.

La segunda cuestión a resolver trataría sobre la protección nacional e internacional sobre el Derecho de asilo que se reconoce por primera vez a nivel internacional en la Convención de Ginebra de 1971, y su adhesión de España el 22 de julio de 1978. La Carta de Derechos Fundamentales de la UE también lo recoge a nivel europeo en sus artículos 18 y 19, aprobada el 29 de noviembre del 2007, en la que se prohíbe la expulsión de una persona a un Estado en que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte u otras penas o trato inhumano o degradante. El derecho de protección de asilo es reconocido en España en la Ley 12/2009 a todas aquellas personas perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual. En el caso que nos ocupa, en la persecución por causas políticas (artículo 7.1.d de

la Ley 12/2009) es preciso no solo poseer opiniones políticas diferentes, sino que sean causa de persecución, aunque no es necesario acreditar que la persecución ya existía. La no apreciación de estas circunstancias podría derivar en una solicitud de protección subsidiaria siempre que existan motivos fundados para creer que si regresan a su país de origen en el caso de los nacionales se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de la Ley 12/2009: condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material, la tortura y los tratos inhumanos o degradantes y las amenazas graves contra la vida o la integridad. Los beneficiarios de este derecho no tienen privilegio para el acceso a la nacionalidad española por residencia como sí lo obtendría el titular de derecho de asilo. La última vía de regularización es la que prevé la Ley Orgánica de Extranjería en su artículo 31.3 para solicitar una residencia temporal internacional por razones humanitarias por un año de duración, prorrogable.

En cuanto al procedimiento formal, se requiere de forma especial la comparecencia personal del interesado (artículo 17.1) en la frontera o en el centro de internamiento. Los solicitantes tienen asistencia jurídica gratuita y derecho a intérprete desde su formulación. Importante en el trámite del procedimiento de asilo es el trámite de la entrevista, pues es la parte fundamental de procedimiento. Su contenido es confidencial y no se puede comunicar a su país de origen ni a nadie ajeno al procedimiento. Sobre las fases del procedimiento, como la admisión a trámite o su inadmisión, se encuentra perfectamente regulado en los artículos 20 y siguientes de la Ley de asilo. Si la solicitud, como en este caso, fuera en frontera, no podrá ejecutarse la expulsión mientras esté pendiente la solicitud a trámite de su expediente teniendo en cuenta que la falta de respuesta en plazo no puede ser objeto de retorno, devolución o expulsión. De igual forma sucede con las solicitudes de protección internacional. En cuanto a la tramitación, plazo de resolución y terminación del procedimiento, se pueden consultar los artículos 25 y siguientes de la Ley de asilo.

Los efectos de la concesión del procedimiento implican en todo caso los siguientes derechos (artículo 36): la no devolución, el acceso a todos sus derechos y obligaciones, autorización de residencia y trabajo, expedición de documentos de identidad, acceso a todos los servicios públicos, reducción del plazo de nacionalidad española a 5 años, asistencia sanitaria, vivienda, educación y formación, libertad de circulación y mantenimiento de la unidad familiar.

Los efectos de la denegación tanto del asilo como de la protección internacional supondrán el retorno, devolución o expulsión de territorio español, si bien como ya hemos señalado ello no impide solicitar un permiso de resi-

dencia por razones humanitarias. Frente a la denegación de estos permisos cabe un derecho de reexamen en el plazo de un mes potestativo, o bien un recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses.

La última cuestión analizar es la referido a la obtención de la nacionalidad tras su matrimonio con un española. Ello supondría el cambio inmediato de estatuto del ciudadano guineano, que pasaría a ser inmediatamente ciudadano europeo, y su residencia sería automática dentro del espacio de la Unión Europea por el periodo mínimo de 5 años. La nacionalidad española por matrimonio podría solicitarla después de un año de residencia permanente y continuada en territorio español sin que el matrimonio se haya disuelto previamente (artículos 17 y siguientes del Código Civil).

E. Bibliografía

MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco (2001): *Régimen Jurídico de la Extranjería*, La Ley, Madrid.

AA.VV. (2023): *Memento Experto Extranjería*, 5ª edición, Lefebvre, Madrid.

Derecho de asilo

Lorena Guadalupe Von Aguilar

Investigadora predoctoral FPI en Derecho Administrativo

Universidad Autónoma de Madrid

I. PLANTEAMIENTO

El señor Odai ha llegado al puesto fronterizo terrestre en la ciudad de Ceuta para intentar ingresar en territorio español. El señor solicita asilo a España alegando que viene huyendo de su país de origen por la persecución, abierta y pública, del gobierno contra personas LGBT. También añade que, por este motivo, ha sido torturado por las autoridades en su país de origen en diversas ocasiones. Sobre esto, menciona que tiene distintas laceraciones corporales. Además, mencionó que, por los golpes y electrocuciones recibidas en partes íntimas, ha perdido la funcionalidad de un testículo y sufre dolores crónicos.

Las autoridades fronterizas proceden a darle trámite a la solicitud y trasladan al señor a unas instalaciones habilitadas a tal efecto. Al señor no se le permite salir de estas instalaciones en tanto su solicitud de asilo no sea estudiada, analizada y resuelta por las autoridades pertinentes tal y como lo establece el artículo 22 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Al señor Odai se le notifica la resolución de su petición cuatro días después de haber presentado su solicitud de asilo en el puesto fronterizo. La resolución no le es favorable, por lo que, solicita que se reexamine su caso conforme al artículo 21 de la citada ley y que se le libere de la detención a la que ha estado sometido en las instalaciones habilitadas a tal efecto, puesto que no ha cometido ningún delito y su derecho a la libre circulación está siendo vulnerado con esta medida. Argumenta que, incluso, ya ha superado el plazo máximo de detención preventiva establecido en el artículo 17.2 de la Consti-

tución española (CE). La autoridad migratoria da trámite al reexamen, pero rechaza la solicitud de permitirle entrar con total libertad al territorio español. Al día siguiente, la autoridad migratoria le notifica la resolución denegatoria de asilo al considerar que proviene de un país considerado seguro conforme al artículo 21.2.a y 25.1.d de la ley de asilo.

El señor Odai decide impugnar dicha resolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Alegó que la medida de detención era desproporcionada y vulneraba el derecho a la libre circulación de las personas, especialmente porque excede el plazo de detención mayor a las 72 horas establecidas constitucionalmente para detenciones preventivas. Señaló que tanto este procedimiento de solicitud de asilo en puesto fronterizo como la medida que establece, al ser tan restrictiva de un derecho fundamental básico como la libertad y la libre circulación, debió haber sido aprobada por ley orgánica tal y como lo exige el artículo 81.1 CE. También impugnó la decisión de denegación alegando que el examen de su solicitud por parte de las autoridades migratorias no fue exhaustivo, ya que no le hicieron un examen médico para verificar su dicho, pese a que declaró tener secuelas médicas y sufrir dolores crónicos a causa de las torturas. También alegó que la autoridad tampoco consideró su especial condición al pertenecer a un grupo vulnerable, pues pertenece a la comunidad LGBT que es abiertamente perseguida en su país de origen desde que este año entró un nuevo gobierno. El señor Odai expone que quizá fue porque la autoridad no entendió su relato debido a que no contó con la asistencia de un intérprete cuando realizó la solicitud y su español no es muy bueno.

Es usted el juzgador de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional a quien, conforme al artículo 11.1.a de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, le corresponde resolver el asunto.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso práctico busca dar respuesta a la impugnación formulada por el señor Odai contra el procedimiento de solicitud de asilo en puesto fronterizo, el cual considera que, al restringir el derecho a la libre circulación del solicitante debería estar establecido en una ley orgánica. También busca responder si la medida de detención en instalaciones habilitadas para tal

efecto vulnera el derecho a la libertad personal y de circulación del solicitante. Intenta dilucidar si la resolución que le deniega el derecho de asilo en España fue adecuada tras utilizar todos los medios y servicios disponibles, que también eran parte de los derechos del señor Odai, para tratar de comprender su relato y verificar los hechos narrados.

B. Problemas constitucionales

Existen varios problemas constitucionales en este caso que dan lugar a las siguientes preguntas jurídicas: ¿el procedimiento de solicitud de asilo en puesto fronterizo y su medida de detención debieron haber sido emitidas en una ley orgánica al restringir el derecho a la libre circulación de los solicitantes tal y como establece la reserva del artículo 81.1 CE? ¿Es proporcional la medida de detención que contempla el procedimiento de solicitud de asilo en puesto fronterizo o es contraria a al límite de 72 horas máximas que contempla el artículo 17.2 CE? ¿Las autoridades hicieron todo lo posible y proporcionaron todos los servicios necesarios al solicitante para poder comprender su relato y verificarlo, de modo que pudiesen basar su resolución en evidencia que corroborara o desmintiera la alegada tortura y persecución que pudiera poner en riesgo la vida e integridad del solicitante? ¿Fue vulnerado algún derecho del solicitante de asilo?

C. Fuentes

Normativa

Artículos 13.4, 17.2 y 81.1 de la Constitución Española

Artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículos 3, 5, 8, 9, 25, 26 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951

Artículo 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Artículo 78 y 80 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Artículos 6, 7, 8, 10, 13, 15, 16, 18, 35 y 36 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo de 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado

Artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto

uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida

Artículos 3, 18, 21, 22, 25.I.d y 26 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

Jurisprudencia

Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 115/1987, de 7 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 119/1992, de 18 de septiembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 94/1993, de 22 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 86/1996, de 21 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 21/1997, de 10 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 129/1999, de 1 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 174/1999, de 27 de septiembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 179/2000, de 26 de junio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 265/2000, de 13 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 103/2001, de 23 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 53/2002, de 27 de febrero, del Tribunal Constitucional

D. Solución

El derecho de asilo está reconocido en el artículo 13.4 CE y se concreta en la regulación establecida en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Los artículos 21 y 22 en cuestión, establecen el procedimiento para solicitar asilo en puestos fronterizos y la restricción a la libre circulación del solicitante mientras espera a que su caso sea resuelto. La restricción dura como máximo, el tiempo que tiene la autoridad para resolver y notificar la resolución, que es de cuatro días, más dos adicionales, si el solicitante pide la reexaminación de su caso.

En ese sentido, los extranjeros que entran en España tienen derecho a circular libremente, pero el ejercicio de este derecho está condicionado y limitado a los términos de la ley. Tal y como ha dicho la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) en reiteradas ocasiones, ningún derecho es ilimitado. En ese sentido, el artículo 22 de la ley de asilo limita la circulación

del extranjero de forma provisional mientras se resuelve su petición de asilo, por ello el extranjero debe permanecer en el puesto fronterizo. No obstante, las instalaciones y el trato deben ser adecuados, pues rigen los derechos fundamentales derivados de la dignidad de la persona. El TC ha interpretado esta medida como una protección al extranjero que se dice perseguido. Una especie de apoyo que se le brinda al solicitante, a través del que se protegen sus derechos, mientras espera la resolución de su solicitud.

Los extranjeros también disfrutan del derecho a la libertad frente a los poderes públicos, pero tampoco es absoluto e ilimitado. Las leyes pueden establecer restricciones en el ejercicio y disfrute de los derechos con los límites derivados de la propia Constitución. En ese mismo sentido se ha entendido la medida de detención que establece el procedimiento de los que solicitan asilo en puestos fronterizos conforme a los artículos 21 y 22 de la ley de asilo. Una medida que deviene proporcionada al ser idónea, necesaria y ponderada conforme al estándar del *test* de proporcionalidad. Es idónea porque evita eficazmente que se eludan las leyes que regulan la entrada, residencia y circulación de los extranjeros en España. Es necesaria porque no existe otra medida menos restrictiva de la libertad que sea igual de eficaz. Por ejemplo, la entrada provisional antes de la resolución, presenta dificultades en caso de inadmisión o denegación, tanto por la necesaria localización del solicitante como por la necesidad de un traslado físico al puesto fronterizo. El plazo máximo de permanencia en las instalaciones fronterizas tampoco es excesivo dado que es el tiempo mínimo que requiere la tramitación, análisis y resolución fundada de una petición de asilo. Finalmente, la medida es ponderada porque tiene por fin asegurar el cumplimiento de la legislación sobre entrada de los extranjeros en España, sin que con ello se ponga en riesgo la vida o la integridad de quien se dice perseguido.

Respecto al plazo de la medida, que ya concluimos que es proporcional y configura un límite válido a la libertad general y a la libertad de circulación, también es adecuado, no vulnera ningún derecho fundamental ni es contrario al plazo de 72 horas establecido en el artículo 17.2 CE. El plazo de detención de 72 horas aplicables a la detención para persecución penal no es aplicable a los migrantes puesto que las razones de la retención son distintas y persigue otros fines. La ley es clara y no deja lugar a duda del límite temporal de detención, lo cual da certeza a los extranjeros y evita la arbitrariedad por parte de las autoridades. El plazo de detención es de 4 días para examinar la solicitud más 2 días en caso de solicitarse reexamen, tiempo mínimo que se requiere tramitar y resolver fundadamente una solicitud de asilo. Así pues, el plazo en el caso de los extranjeros puede variar y tiene que adaptarse dependiendo de

cada caso, siempre y cuando no se excedan esos 6 días. Además, la medida impide temporalmente la libre entrada en España, pero no prohíbe que el extranjero regrese a su lugar de origen, por lo que no se puede equiparar a una detención penal cuyo impedimento es total.

Una vez revisado el contenido de las normas impugnadas, podemos analizar si debieron o no ser emitidas mediante ley orgánica. Primero, es indispensable precisar que el derecho de asilo, al no encontrarse dentro del capítulo segundo denominado “Derechos y libertades” de la Constitución, se trata de un mandato constitucional. Por lo tanto, no existe ningún precepto constitucional que exija que la ley que configura el asilo tenga que ser aprobada con forma de ley orgánica. Ahora bien, hay que distinguir entre una restricción directa a derechos fundamentales y una restricción al modo, tiempo y lugar del ejercicio de un derecho fundamental. En el primer caso se trata del desarrollo de un derecho fundamental, lo cual tiene que hacerse vía ley orgánica, tal y como lo establece el art. 81.1 CE. Lo segundo, es una simple regulación de su ejercicio, lo cual puede hacerse a través de una legislación ordinaria. En este caso, lo que los artículos 21 y 22 de la ley de asilo establecen es simplemente una modulación al ejercicio del derecho fundamental a la libre circulación de ciertos sujetos en circunstancias determinadas y no generalizables. No establecen un desarrollo directo de un derecho, sino solo restricciones singulares, provisionales y limitadas, al tiempo, modo y lugar del derecho a la libertad personal y de circulación de los extranjeros.

En conclusión, podemos considerar que es una restricción proporcionada por ser idónea, necesaria y ponderada. Es una restricción cierta y limitada a determinados sujetos, a un determinado tiempo y en un determinado espacio. También es controlada porque el extranjero goza del derecho a la tutela judicial reforzada, ya que no solo tiene acceso a medios judiciales de defensa suspensivos, sino que estos gozan de tramitación preferente. Y finalmente, es una medida que fue adecuadamente emitida en una ley ordinaria por no tratarse del desarrollo directo de un derecho fundamental. En este sentido, no es posible darle la razón al señor Odil.

Ahora bien, tiene razón el señor Odil al considerar que el estudio de su solicitud no fue exhaustivo y se vulneraron sus derechos como solicitante de asilo. El artículo 18 de la ley de asilo establece los derechos de los solicitantes de asilo y algunos de ellos son recibir asistencia de un intérprete y recibir atención sanitaria. El señor Odil no recibió la asistencia de un intérprete al momento de realizar la solicitud de asilo, ello no solo vulneró uno de sus derechos como solicitante, sino que afectó directa y negativamente en el proceso de resolución de la solicitud al no permitir a la autoridad migratoria conocer

correctamente el relato del solicitante. Lo mismo ocurrió al no proporcionarle asistencia médica en las instalaciones a las que fue trasladado, pues de haberse realizado una revisión médica, incluso superficial, rápida y visual, la autoridad hubiese podido corroborar las marcas de tortura que el solicitante mencionaba en su relato. Por otro lado, la autoridad tampoco tomó en consideración que el solicitante pertenece a un grupo vulnerable por ser parte del colectivo LGBT y haber sido víctima de torturas, tal y como establecen los artículos 3 y 46 de la ley de asilo. Ello, a pesar de que este dato fue declarado en la solicitud y de que es públicamente sabido que, en su país de origen, aunque sea considerado por España un país seguro, el nuevo gobierno persigue a las personas LGBT. En ese sentido, aunque sea un país considerado seguro, la autoridad debió tomar en consideración las circunstancias actuales del país de origen del solicitante, las cuales pudieron haber cambiado recientemente o de un momento a otro. Todo esto no solo denota la vulneración de los derechos del señor Odil, sino que evidencia la falta de cumplimiento de las autoridades de su deber de verificar por todos los medios que tenga a su alcance la narrativa de hechos del solicitante. Todo ello impactó de manera negativa en la toma de decisión para la concesión de asilo, pues de haber contado con esa información y darle el tratamiento adecuado a la solicitud, el sentido pudo haber sido distinto. Por estas razones, es posible afirmar que se vulneraron diversos derechos fundamentales del solicitante en el proceso y que la resolución impugnada carece de exhaustividad y motivación, por lo cual, es contraria a derecho.

Igualdad y no discriminación por razón de sexo

Alicia Cárdenas Córdón

Profesora de Derecho constitucional

Universidad de Córdoba

I. PLANTEAMIENTO

La Sra. Tamara Castillo trabaja en el Departamento Fiscal de una empresa internacional dedicada al desarrollo de software. Aunque el balance de los siete años que lleva trabajando en la empresa es positivo, se encuentra bastante desmotivada porque, hace unos días, le comunicaron que ha quedado excluida del proceso interno para cubrir una jefatura de equipo dentro de su departamento. Los requisitos de la convocatoria exigían: (1) titulación universitaria en Derecho y manejo fluido de idiomas, (2) al menos, cinco años de experiencia laboral acreditada en el área de fiscalidad y (3) disponibilidad para viajar con frecuencia.

La primera fase del proceso selectivo consistió en la realización de una entrevista en la que las personas aspirantes defendieron la adecuación de su perfil profesional a la vacante convocada. Durante su transcurso, quedó acreditado que la Sra. Castillo es graduada en Derecho, máster en Derecho Fiscal, que, además del conocimiento nativo del español, tiene un nivel alto en inglés y francés, y que cuenta con una experiencia laboral acreditada de nueve años, siete de los cuales ha trabajado en esta empresa.

En el momento de valorar el tercero de los requisitos exigidos, el comité evaluador basó su criterio en la situación actual de embarazo de la Sra. Castillo y en las dificultades que ello le supondría para viajar. Apoyaron su consideración en la hoja de servicios de la Sra. Castillo, en la que consta que, hace cinco años, con motivo de su primer embarazo, estuvo de baja tres semanas por embarazo de riesgo, disfrutó del permiso de maternidad completo y se acogió posteriormente al permiso de lactancia.

La Sra. Castillo solicita tu asesoramiento para determinar si ha podido sufrir algún tipo de discriminación durante el proceso selectivo.

Acude a tu despacho acompañada de su marido, el Sr. Borja del Río. Este pone de manifiesto que el Excmo. Ayuntamiento de su ciudad acaba de publicar las bases de la convocatoria para la selección de 38 plazas de bomberos y bomberas pertenecientes al servicio de extinción de incendios y salvamento. El sistema de selección que se detalla en las bases consta de dos fases: una oposición y un período de formación. La fase de oposición consiste en cuatro ejercicios eliminatorios entre sí. El primero de ellos evalúa los conocimientos teóricos de las personas aspirantes mediante un examen tipo test; el segundo evalúa sus aptitudes físicas; el tercero sus aptitudes psicotécnicas y médicas, y el último sus conocimientos sobre el callejero de la ciudad.

Varios opositores, entre ellos el Sr. Del Río, se están quejando en un grupo de WhatsApp de que el baremo de las pruebas físicas publicado en la convocatoria incorpore marcas mínimas diferentes para hombres y para mujeres. Concretamente, estipula que se superan las pruebas físicas si se alcanzan los siguientes resultados:

PRUEBA	MARCA PARA ASPIRANTES HOMBRES	MARCA PARA ASPIRANTES MUJERES
Trepar cuerda	9 segundos	10 segundos y 30 milésimas
Salto horizontal	2.30 metros	2.10 metros
Fuerza de empuje del tren superior	45 kilogramos	36 kilogramos
Fuerza flexora	16 flexiones	10 flexiones
Velocidad sobre 60 metros	8 segundos y 50 milésimas	9 segundos y 50 milésimas
Resistencia sobre 1.000 metros	3 minutos y 20 segundos	3 minutos y 40 segundos
Natación 100 metros	1 minutos y 30 segundos	1 minutos y 40 segundos

Dado el sentimiento de injusticia que tienen, se plantean impugnar la convocatoria. El Sr. Del Río tiene la duda de si esta medida constituye una acción positiva o, por el contrario, una discriminación por razón de sexo prohibida *ex* artículo 14 de la Constitución española (CE).

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Supuesto de hecho de la Sra. Tamara Castillo. La particular se presenta a un proceso selectivo para cubrir una jefatura de equipo vacante en su departamento. Durante la entrevista, se acreditaron su formación y experiencia. Sin embargo, el comité evaluador concluyó que no cumplía con el tercero de los requisitos exigidos: la disponibilidad para viajar con frecuencia. El argumento principal fue su actual estado de embarazo y las bajas que disfrutó hace años con motivo del nacimiento de su primera hija. La Sra. Castillo quiere saber si su posterior exclusión del puesto por dichos argumentos podría constituir una discriminación por razón de sexo contraria al artículo 14 de la Constitución española.

Supuesto del Sr. Borja del Río. El Ayuntamiento de su ciudad ha publicado una convocatoria para la selección de plazas de bomberos y bomberas. Una parte de la oposición consiste en la superación de pruebas físicas que tienen marcas mínimas diferentes para aspirantes hombres y mujeres. Un grupo de opositores tiene la duda de si esto es discriminatorio hacia los aspirantes varones o, por el contrario, constituye una medida de acción positiva.

B. Problemas constitucionales

El presente caso práctico aborda los problemas constitucionales del contenido constitucional de la igualdad de trato, de la discriminación directa e indirecta por razón de sexo y de las medidas de acción positiva.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 1.1, 9.2, 14, 23 y 103.2 de la Constitución española

Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras

Artículos 3, 4, 5, 6, 8, 11 y 13 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Artículos 17.1 y 24.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Artículos 61.1 y 61.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público

Artículo 2.12 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación

Artículos 8, 153 y 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Artículos 20, 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Artículo 14.2 de la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)

Artículos 11 y 14 de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo

Jurisprudencia

- 1) Sobre discriminación por razón de sexo con motivo del embarazo y la maternidad:

Sentencia 136/1996, de 23 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 166/1998, de 15 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 17/2003, de 30 de enero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 182/2005, de 4 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 31/2014, de 24 de febrero, del Tribunal Constitucional

- 2) Sobre la adecuación de las medidas de acción positiva:

Sentencia 128/1987, de 16 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 229/1992, de 14 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 12/2008, de 29 de enero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 13/2009, de 19 de enero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 40/2011, de 31 de marzo, del Tribunal Constitucional

Auto 119/2018, de 13 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 2944/2022, de 14 de julio, del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección cuarta

Sentencia de 11 de junio de 2002, caso *Willis contra Reino Unido*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sentencia de 17 de octubre de 1995, asunto C-450/93, *Eckhard Kalanke contra Freie Hnasestadt Bremen*, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia de 18 de octubre de 2017, asunto C-409/16, *Ypourgos Esoterikon e Ypourgos Ethnikis paideias kai Thriskevmaton contra Maria-Eleni Kalliri*, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

D. Solución

El punto de partida de la resolución del caso planteado es el contenido del artículo 14 de la Constitución española. Este comienza consagrando la igualdad formal o, lo que es lo mismo, la igualdad jurídica de las personas, con la siguiente literalidad: *“los españoles son iguales ante la ley [...]”*. Este inciso supone el reconocimiento de un derecho subjetivo a obtener un trato igual. Para ello, exige a los poderes públicos que apliquen la ley por igual a toda la ciudadanía y que sus cambios de criterio estén justificados -y sometidos a control judicial y de constitucionalidad-. Ahora bien, la igualdad jurídica no significa tener derecho a recibir *“un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica”* (STC 39/2002, FJ 4). Siguiendo las palabras del Tribunal Constitucional, esta igualdad implica que *“a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también [...]”*. (STC 21/1982, de 14 de julio, fundamento jurídico [FJ] 2). Por tanto, la igualdad formal no impide a los poderes públicos otorgar un trato diferenciado, lo que impide es el trato discriminatorio de personas que se encuentran en la misma situación (STC 198/2012, FJ 3).

La primera idea clave para conocer el significado de la igualdad y, en consecuencia, para resolver el supuesto práctico es la siguiente: diferencia, desigualdad y discriminación son nociones jurídicas distintas y todas ellas están vinculadas a la igualdad.

Partiendo de esta premisa, el *quid* es el siguiente: ¿cuándo una norma que trata diferente a las personas resulta contraria a la igualdad jurídica del artículo 14 CE? O, en sentido inverso, ¿cuándo una diferencia normativa está amparada por la igualdad formal? El Tribunal Constitucional responde esta cuestión señalando que *“[...] para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados”* (STC 21/1982, de 14 de julio, FJ 2). Por tanto, el derecho a la igualdad otorga el derecho a no sufrir un trato diferente y peyorativo sin justificación objetiva y razonable ajustada a fines constitucionalmente legítimos.

Para examinar si una diferencia de trato es conforme o no con la igualdad formal del artículo 14 CE, debemos aplicar el conocido como “juicio de igualdad”¹, que, de manera resumida, implica la superación de las siguientes etapas:

- 1) Aportar un término de comparación (*tertium comparationis*): identificar si la norma introduce de manera directa o indirecta una diferencia de trato entre colectivos o grupos de personas que se encuentren en situaciones jurídicas comparables entre sí.
- 2) Finalidad: que la diferencia que se introduce tenga una finalidad, es decir, que el trato diferenciado no sea arbitrario ni caprichoso.
- 3) Racional: que esa diferencia sea racional, es decir, que sea coherente con el sistema de valores y principios constitucionales.
- 4) Razonabilidad: que la diferencia sea razonable, esto es, que la medida por la que se introduce un trato diferenciado sirva y sea útil para conseguir el fin que se propone.
- 5) Proporcionalidad: lo que se traduce en que los efectos que genera ese trato diferenciado sean proporcionados al fin que persigue y produzca resultados más beneficiosos que gravosos.

Ahora bien, debemos advertir que los tratos o diferencias establecidas hacia las personas en nuestro supuesto práctico se basan en una característica especialmente relevante para el Derecho: el sexo. Este es un elemento fundamental para resolver adecuadamente el supuesto, pues el contenido del derecho a la igualdad no se agota en la igualdad jurídica.

El artículo 14 CE continúa explicitando que no puede “*prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. Esta se conoce como la cláusula antidiscriminatoria, que busca evitar que los tratos diferenciados y peyorativos

1 Conforme a este, tal y como señala la STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2: “Sólo le resulta posible al legislador, en adecuada opción legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado, cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad, que requieran en su solución por su mismo contenido una decisión distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los artículos 53.1 y 9.3 de la Constitución, ni sea irrazonada [...]”.

se deban a diferencias sociales históricamente arraigadas². La Constitución reconoce que han existido -y existen- circunstancias personales o sociales, entre ellas el sexo, que han justificado la exclusión social y jurídica. La cláusula antidiscriminatoria va a impedir, *a priori*, que los poderes públicos otorguen tratos diferenciados basados en dichos motivos, ya sea de forma directa o indirecta.

El derecho antidiscriminatorio ha sido especialmente desarrollado en el ámbito de la discriminación por razón de sexo. Además de la jurisprudencia constitucional, resulta clave lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH). El artículo 3.1 de la LOIEMH entiende por discriminación directa por razón de sexo “*la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable*”. Así mismo, considera discriminación directa por sexo “*todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad*” (artículo 8). Por su parte, la discriminación indirecta por razón de sexo la define en su artículo 3.2 como “*la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados*”.

Pero la prohibición de discriminar no solo obliga a los poderes públicos, sino que alcanza el ámbito de las relaciones entre personas privadas y, de manera especial, el de las relaciones laborales. En el contexto antidiscriminatorio se prevé la inversión de la carga de la prueba. Para ello, la persona que alegue haber sufrido discriminación debe aportar indicios suficientes de dicho trato, es decir tiene que acreditar un panorama indiciario del que surja, de modo razonable, una sospecha fundada de discriminación. Acreditado esto, será la persona demandada quien deba demostrar que existen causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica cuestionada.

En definitiva, el razonamiento jurídico-constitucional parte de una presunción: que si el Derecho utiliza alguna de estas categorías para establecer diferencias entre personas se estará ante una discriminación y, en consecuencia, ante una vulneración del artículo 14 CE.

2 La jurisprudencia constitucional y europea ha incorporado a la cláusula antidiscriminatoria otros factores personales o sociales como la discapacidad, la orientación sexual, la identidad de género, la lengua, la edad, la nacionalidad o el estado civil, entre otras.

No obstante, como toda presunción, puede ser derrotada. Es importante señalar que el contenido de la igualdad constitucional sí admite, si se cumplen unos requisitos, los tratos diferenciados basados exclusivamente en una de estas circunstancias, o en una combinación de estas. Es más, no solo lo permite, sino que lo exige en virtud del mandato establecido en el artículo 9.2 CE o, lo que es lo mismo, de la igualdad material: *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

Por tanto, podrían ser admisibles constitucionalmente las diferencias basadas en alguna de las circunstancias del artículo 14 CE cuando su finalidad sea reequilibrar o reparar la posición social desventajosa de estos colectivos (artículo 9.2 CE), siempre y cuando superen un juicio de igualdad especialmente estricto respecto a la legitimidad de la diferencia y a la exigencia de proporcionalidad. De este modo, se dota de cobertura constitucional a las llamadas medidas de acción afirmativa o positiva³. El artículo 11 LOIEMH contempla las acciones positivas en el ámbito del derecho antidiscriminatorio por razón de sexo en los siguientes términos:

“Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”.

Se cierra aquí la triada de la igualdad constitucional: igualdad formal, cláusula antidiscriminatoria e igualdad material. La aplicación de esta doctrina a la resolución del presente caso práctico requiere, en primer lugar, tener claridad sobre el contenido de la igualdad que se está viendo afectado o interpelado. En ambos casos, al estar el sexo de las personas en la clave de los supuestos de hecho, debemos aplicar la doctrina del derecho antidiscriminatorio.

3 Medidas de acción afirmativa o de acción positiva son términos adecuados para referirse a las iniciativas que buscan dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 9.2 CE. Sin embargo, términos como discriminación positiva o discriminación inversa introducen confusión conceptual y resultan inadecuados, pues por definición una discriminación es una diferencia de trato no justificada, mientras que las medidas de acción positiva se justifican en la consecución de una obligación constitucional como es la igualdad material.

— Aplicación al supuesto de hecho de la Sra. Castillo

La situación vivida por la Sra. Castillo tuvo lugar en el marco de una relación laboral. Si bien la entidad empleadora tiene libertad para organizar su actividad y sus recursos como considere oportuno, lo que alcanza naturalmente a las decisiones discrecionales, la cláusula antidiscriminatoria despliega aquí plenos efectos. Esto implica que dichas decisiones, incluidas las referidas a la promoción profesional, no pueden basarse en motivos discriminatorios. El artículo 24.2 del Estatuto de los Trabajadores establece que los ascensos y la promoción profesional deben ajustarse a criterios y sistemas selectivos que garanticen la ausencia de discriminación directa e indirecta entre hombres y mujeres.

Con los datos que proporciona el enunciado, resulta razonable considerar que en la actuación de la empresa existe un móvil discriminatorio. El hecho de que el requisito de la disponibilidad para viajar de la Sra. Castillo haya sido evaluado exclusivamente en función de su situación actual de embarazo y de los derechos ejercidos durante su primer embarazo constituye, en apariencia, indicios suficientes de una discriminación directa por razón de sexo. Una argumentación suficientemente precisa y concreta en torno a estos indicios y al trato peyorativo sufrido por la Sra. Castillo daría lugar a la inversión de la carga de la prueba. Es decir, será la entidad empleadora la que tendrá la responsabilidad de demostrar, en el marco de un proceso judicial, que en la valoración del perfil de la Sra. Castillo no se introdujeron sesgos asociados al embarazo y a la maternidad. La empresa tendrá que acreditar que la exclusión de la Sra. Castillo del proceso de promoción interna se basó en razones objetivas y ajenas a cualquier ánimo discriminatorio. De lo contrario, es altamente probable que el órgano judicial competente concluya que el trato recibido por la Sra. Castillo ha supuesto una discriminación directa por razón de sexo prohibida *ex* artículo 14 CE.

— Aplicación al supuesto de hecho del Sr. del Río

Para resolver si la diferenciación en las marcas de las pruebas físicas basada en el sexo de las personas aspirantes constituye una medida de acción positiva por razón de sexo debemos aplicar el juicio de igualdad cualificado o especialmente estricto. Ello, porque se cumple la premisa previa, es decir, porque la norma examinada introduce directamente una diferencia entre las personas aspirantes a las plazas convocadas que se basa estrictamente en el sexo. En primer lugar, habrá que determinar si dicha diferencia tiene una justificación objetiva. Para ello, habrá que analizar el elemento diferenciador,

su racionalidad y su razonabilidad. Posteriormente, se reflexionará sobre la proporcionalidad de la medida. Si la medida que introduce la diferencia no superase las fases de dicho juicio, constituiría una discriminación prohibida por el artículo 14 CE.

1) Características del elemento diferenciador: el sexo

Las pruebas físicas que se tienen en cuenta para el acceso al cuerpo de bomberos y bomberas atienden a parámetros en los que, en promedio, las diferencias biológicas entre hombres y mujeres hacen que aquellos obtengan mejores resultados (fuerza, velocidad, potencia). Por el contrario, el proceso selectivo no contempla dentro de las pruebas físicas otras en las que, en promedio, las mujeres obtienen mejores resultados, como la flexibilidad, la coordinación motriz o el equilibrio. Es decir, aunque las pruebas estén formuladas en términos neutros, su aplicación práctica genera resultados desproporcionadamente excluyentes para las aspirantes mujeres. Por tanto, la diferenciación se fija en base a un criterio, el sexo, que resulta relevante jurídicamente porque, en la práctica, produce diferencias significativas entre las personas aspirantes.

2) La diferencia ¿es racional?

Para responder a esta cuestión, debemos examinar si la medida tiene justificación en la consecución de un fin legítimo. A diferencia de lo que ocurre en otros cuerpos relacionados con las emergencias y la seguridad, no existen datos estadísticos oficiales que se refieran al sector del que se ocupa el caso práctico. No obstante, los estudios e informes de diferentes asociaciones y sindicatos estiman que la presencia de bomberas, aunque varía según el consorcio, se sitúa en torno al 1 % de efectivos en todo el territorio nacional⁴. Ante esta realidad, es racional considerar que la diferencia introducida en función al

4 Síndic de Greuges de Catalunya. *Retos y dificultades en el acceso de las mujeres a los cuerpos policiales de Cataluña y al cuerpo de bomberos de la Generalitat*, 2022, p. 67.

Se ofrecen algunos datos más en los planes de igualdad, llamativamente escasos dentro del sector. El I Plan de Igualdad del Consorcio Provincial de Bomberos de Valencia (2022-2025) refleja que, en 2022, el 8 % de la plantilla era femenino. Según el I Plan de Igualdad del Consorcio Provincial de bomberos de Castellón (2022-2026), en 2021 el 11 % de la plantilla era femenino. Según datos oficiales del portal web del Cuerpo de Bomberos de la Generalitat, en 2021 estas representaban el 2,08% del total. No existen datos oficiales para Andalucía, pero la evaluación de impacto de género presentada ante el Proyecto de decreto de acceso por turno libre, promoción interna, movilidad, otras formas de provisión de puestos de trabajo, segunda actividad y formación del funcionariado de los servicios de prevención y extinción de incendios y salvamento, señala que en 2021 había 3.466 bomberos frente a 54 bomberas en dicha comunidad autónoma. El Informe relativo al Anteproyecto de Ley reguladora de los

sexo en las marcas de las pruebas físicas busca la consecución de un fin legítimo: el de alcanzar la igualdad real reconocida en el artículo 9.2 CE. Es decir, su finalidad es la parificación del cuerpo de bomberos y bomberas, un ámbito en el que, si bien históricamente se han establecido requisitos formalmente iguales para uno y otro sexo, resulta evidente que las segundas han estado en una posición de desventaja.

3) La diferencia ¿es razonable?

Para responder a esta cuestión, debemos examinar si la medida se adecúa al fin legítimo de parificación, es decir, si es idónea o congruente con dicho fin. Se constata que el cuerpo de bomberos ha sido históricamente un cuerpo absolutamente masculinizado. La incorporación de mujeres al mismo es muy reciente y, en cualquier caso, sigue siendo excepcional. Esto se debe a una multiplicidad y complejidad de factores entre los que se encuentra el ahora examinado: el diseño de un proceso selectivo basado en unas aptitudes físicas que resultan, en promedio, más ventajosas para los hombres que para las mujeres. De hecho, los escasos estudios que existen al respecto muestran que la mayor brecha entre aspirantes hombres y mujeres se da en las pruebas físicas⁵. Esto se traduce en dificultades específicas para el acceso de las mujeres a este trabajo.

La incorporación de marcas diferenciadas para hombres y mujeres resulta razonable en tanto no suprime las exigencias de una adecuada preparación física de las personas aspirantes, sino que ajustan las marcas para que resulten proporcionadas a las diferentes características biológicas. En un sentido similar ya se ha pronunciado la jurisprudencia europea al señalar, esta vez respecto a la altura mínima exigida en el marco de oposiciones a cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, que una diferenciación entre hombres y mujeres no constituye una discriminación, sino todo lo contrario (STJUE de 18 de octubre de 2017 (C- 409/16)).

En un sentido contrario a la razonabilidad de la medida, habría que argumentar de manera adecuada y solvente que la marca mínima exigida en el caso de los aspirantes varones es la idónea, es decir, la estrictamente necesaria para el adecuado desempeño de la función de bombero (artículo 61.2 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto

servicios de prevención y extinción de incendios y salvamento del País Vasco sitúa dicho porcentaje en el 3 % para el año 2020.

5 Síndic de Greuges de Cataluña. *Retos y dificultades en el acceso de las mujeres a los cuerpos policiales de Cataluña y al cuerpo de bomberos de la Generalitat*, 2022, p. 69.

refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público). Sin embargo, la viabilidad de dicho argumento resulta poco probable por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque la discrecionalidad que existe en torno a esta parte del proceso selectivo se constata fácilmente en que cada convocatoria establece no solo unas pruebas físicas diferentes, sino también unas marcas mínimas que lo son. Lo que se exige para ser bombero en una ciudad es diferente a lo que se exige en otra en relación con las pruebas físicas, por lo que es difícil argumentar que el adecuado funcionamiento del servicio depende estrictamente de una marca mínima en concreto. En segundo lugar, porque habría que probar la vinculación que existe entre las pruebas físicas exigidas, sus notas mínimas y la práctica real del trabajo diario. Por ejemplo, en qué medida trepar la cuerda en la marca definida para los aspirantes varones es fundamental para realizar las funciones diarias de un efectivo de este cuerpo. Al respecto, una vez aprobadas las oposiciones, ¿se continúa evaluando si los bomberos en servicio alcanzan dichas marcas?

4) La diferencia, ¿es proporcional?

Para responder esta cuestión se debe ponderar la igualdad jurídica del artículo 14 CE inciso primero y la igualdad material del artículo 9.2 CE. Para ello, hay que examinar si existen otras medidas alternativas que resulten menos gravosas del derecho a la igualdad jurídica y, por otro lado, si se produce una restricción absoluta de un derecho para un colectivo en concreto. Al respecto, la adopción de marcas mínimas diferentes en las pruebas físicas no genera la exclusión de ningún colectivo del proceso selectivo ni otorga preferencia automática a las aspirantes mujeres en estas oposiciones. Por el contrario, busca atender a criterios de paridad en solo una fase del proceso, las pruebas físicas, y no en otras que son igualmente necesarias para el desempeño de esta función, como la teórica o la aptitud médica. Además, en la fase del proceso en la que se introducen estas diferencias, se observa que estas son mínimas, suponiendo en varias pruebas diferencias que alcanzan tan solo segundos. Esto manifiesta la no afectación a los requisitos de mérito y capacidad (artículo 103.3 CE) que forman parte del contenido del derecho fundamental de acceso a un cargo público en condiciones de igualdad (artículo 23.2 CE).

Por tanto, esta medida es resultado de la adaptación del proceso selectivo a una nueva realidad en la que cada vez hay más aspirantes mujeres, tal y como establece el artículo 61.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Se hace tras constatar que la exigencia de la misma

marca mínima en las pruebas físicas para todos los aspirantes, requisito aparentemente neutro y objetivo, en la práctica coloca a las mujeres en un lugar especialmente preterido en el acceso a esta función pública, es decir, resulta desproporcionadamente excluyente para ellas, dadas las diferencias biológicas promedio existentes entre hombres y mujeres. La medida aquí examinada parifica el proceso selectivo a dicho cuerpo para atender al mandato constitucional de la igualdad real del artículo 9.2 CE. Por tanto, supera el canon de proporcionalidad por adecuarse al fin legítimo del artículo 9.2 CE y por resultar objetiva, razonable y adecuada a la finalidad perseguida.

E. Bibliografía

- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (2019): *Los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional: un recorrido jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 75-160.
- CHANO REGAÑA, Lorena (2024): *La igualdad en el control de la constitucionalidad en España*, Dykinson, Madrid.

Igualdad y no discriminación por razón de discapacidad

Sergio Sánchez París

Investigador predoctoral en Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

Manuel López Vargas, mayor de edad (57 años) personal de administración y servicios de Qty S.A. desde 1995 y con un contrato indefinido, acudió el 2 de abril de 2024 al Centro Base de Ciudad Real, ya que, a finales de 2022, inició el procedimiento de valoración de discapacidad ante el Centro Base de Atención a Personas con Discapacidad de su provincia. Una vez ha sido valorado por el equipo multidisciplinar del Centro, se emite la correspondiente resolución, la cual reconoce al Sr. López Vargas un grado de discapacidad del 35% de tipo psíquica con carácter definitivo. Asimismo, no se expone la necesidad de concurso de tercera persona y tampoco presenta movilidad reducida. En esta línea, el equipo técnico de valoración del Centro Base, en el apartado de orientaciones, acorde con las funciones que ostenta en virtud de la normativa vigente, le recomienda el empleo ordinario con apoyos entre otras cuestiones.

Por consiguiente, D. Manuel López acude al área de RR.HH. de su empresa para solicitar la implantación de medidas de apoyo en su puesto de trabajo y, en lugar de ello, la multinacional acaba prescindiendo de sus servicios. Ante estos hechos, el Sr. López acude a su despacho para que le asesore jurídicamente y se valoren las opciones que tiene.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El caso práctico que se expone es la situación que ha sufrido un empleado que lleva trabajando más de veinticinco años en una empresa multinacional a raíz de la comunicación que realiza al área de RR.HH., ya que les informa que la Administración competente le ha reconocido una discapacidad de tipo psíquica. En este contexto, solicita el establecimiento de medidas de apoyo en su profesión. Sin embargo, la entidad privada, en lugar de ello, le notifica su despido. Por tanto, el trabajador solicita a su despacho que le asesore jurídicamente con el fin de analizar todas las posibilidades que pueden existir acorde con la vivencia que ha padecido.

B. Problemas constitucionales

El Derecho de la discapacidad surge hace relativamente poco (2006, a raíz de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad), lo cual hace que proliferen los conflictos constitucionales. Aunque, muchos de ellos aún no sean reconocidos de tal forma por la doctrina y mucho menos por la academia, ya que muchos/as investigadores/as son reacios a considerar esta disciplina como una propia y autónoma de las Ciencias Jurídicas, lo cual desincentiva, en numerosas ocasiones, el análisis constante que se precisa para una mejora permanente de los asuntos que giran en torno a este tema. Sin embargo, ante los hechos previamente descritos, los problemas que nos encontramos son varios: a) el tradicional ejercicio interpretativo que el art. 10.2 CE insta realizar con los derechos fundamentales y tratados internacionales; b) el art. 14 CE a raíz de la discriminación por la circunstancia social y personal que se presenta; c) el art. 49.1 y 49.2 CE, tanto por el ejercicio en condiciones de libertad e igualdad de los derechos que se prevén en el Título I de la Constitución como por garantizar la autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad en entornos universalmente accesibles.

C. Fuentes

Normativa

Constitución española

Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social

Jurisprudencia

Sentencia 269/1994, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 10/2014, de 27 de enero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 77/2014, de 22 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 3/2018, de 22 de enero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 51/2021, de 15 de marzo, del Tribunal Constitucional

D. Solución

El artículo 14 de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE) reconoce la igualdad “sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. En el caso que nos ocupa, nos debemos centrar en la “circunstancia personal o social”, ya que la discapacidad por motivo de discriminación no existe explícitamente en la norma suprema del ordenamiento jurídico español. Es la doctrina constitucional quien construye la “discriminación por razón de discapacidad” (vid. gr.: STC 269/1994, de 3 de octubre. F.J. 4). Por tanto, a raíz de esta interpretación, el art. 14 CE en paralelo al art. 49 CE, sin que este último sea un derecho fundamental (art. 53.2 CE), debe ser analizado a la luz de lo establecido en el art. 10.2 CE. La justificación jurídico-constitucional se sitúa en el contenido que presenta ambos apartados del artículo 49, ya que establece un mandamiento hacia los poderes públicos y les insta a que se aseguren de que las personas con discapacidad pueden ejercer en igualdad de condiciones los derechos que se prevén en el Título I de la Carta Magna y asegurar, en todo momento, la autonomía e inclusión en entornos universalmente accesibles.

Pues bien, a raíz de lo que antecede, entra en juego dos normas: una nacional y otra supranacional. La primera, el RD 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Y la segunda, la Convención de Nueva York de 2006. La situación que vive el sujeto titular de derechos fundamentales del supuesto fáctico es la de una lesión del derecho a la igualdad de oportunidades, ya que la entidad empresarial le ha privado de seguir desempeñando sus funciones profesionales solamente por el hecho de tener una discapacidad. En consecuencia, la empresa lo que ha causado es una lesión flagrante varios preceptos constitucionales, entre ellos los arts. 10.2, 14 y 49 CE. Pero también los arts. 63 y 66 RD 1/2013, así como los arts. 5 y 27.1.i) de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006.

Al fin y al cabo, Qty S.A. está obligada a velar, en todo momento, por que se realicen los concernientes ajustes razonables para que las personas con discapacidad puedan desempeñar sus funciones laborales en el puesto de trabajo que tienen asignado. En caso contrario, se estaría contraviniendo las bases jurídicas previamente citadas e incluso la vigente doctrina constitucional. En 2018, el Tribunal Constitucional español, dictó una sentencia pionera en el asunto objeto de análisis. Esta es la STC 3/2018, de 22 de enero. La presente resolución abordaba por primera vez los ajustes razonables en el ámbito laboral, a pesar de que existen dos previas que lo hacían sobre este tema, aunque de distinta naturaleza [SSTC 10/2014, de 27 de enero (ajustes razonables en el ámbito educativo) y 77/2014, de 22 de mayo (ajustes razonables en el ámbito de la tutela judicial)]. Es por ello por lo que “la adopción de los ‘ajustes razonables’ en el empleo desempeña un papel fundamental a la hora de combatir la discriminación por razón de discapacidad prohibida por el art. 14 CE” (vid. 51/2021, de 15 de marzo. F.J. 4). Por ende, los ajustes razonables se convierten en una *conditio sine qua non* para garantizar de manera real y eficaz los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

Asimismo, a tenor de lo dispuesto en la STC 51/2021, el Tribunal Constitucional establece que “La respuesta del empleador debe ser expresa y estar debidamente motivada”, sobre todo cuando este “deniegue los ajustes solicitados por considerarlos desproporcionados o indebidos, ya que de lo contrario incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera dicho derecho”. Por consiguiente, siguiendo esta doctrina, Qty, S.A. lo ha incumplido, puesto que no establece explícitamente las razones por los que no aplica los ajustes razonables y mucho menos atribuye la debida motivación. En definitiva, las personas con discapacidad son titulares de derechos fundamentales, son sujetos y no objetos. Por ende, para garantizar los susodichos, en muchas ocasiones, entre ellas la presente, es imprescindible establecer los ajustes razonables. Esta medida se convierte en un instrumento indispensable para proteger a estas personas, de lo contrario se contravendría lo dispuesto en la norma suprema del ordenamiento jurídico español, la legislación que desarrolla gran parte de las bases constitucionales del Derecho de la discapacidad, las normas supranacionales y la doctrina. La discapacidad no es un impedimento para disfrutar de los derechos y libertades que les corresponde al ser humano, y menos aún para desempeñar funciones y puestos laborales.

Igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual

Andrea Garrido Raya

Investigadora predoctoral FPU en Derecho Constitucional

Universidad de Granada¹

I. PLANTEAMIENTO

El Sr. Smith es el propietario de uno de los restaurantes más importantes de España, con sede en Marbella. Fruto de su éxito empresarial, ha participado como invitado en diversos programas de televisión en los que se le ha preguntado sobre sus orígenes, capacidad de emprendimiento y gestión empresarial. En particular, en una de sus intervenciones más recientes fue entrevistado sobre su política de recursos humanos, a lo que el Sr. Smith respondió:

“En *SUBLIME* valoramos el esfuerzo y la seriedad. El éxito exige sacrificio y rectitud. Esas aptitudes tienen que observarse en nuestra mesa y en nuestras cocinas. Ofrecemos una experiencia gastronómica única en la que el cliente no debe verse distraído por ningún otro aspecto que no sea nuestra Carta [...] En ese sentido, no quiero en mi equipo a trabajadores públicamente homosexuales [...] Tienden a interactuar demasiado con el cliente, y su forma de hablar y expresarse distraen al comensal de la experiencia culinaria [...] Es una política estricta, pero tengo derecho a contratar y trabajar con quien quiera, igual que ellos tienen sus derechos”.

1 Doctoranda en el Programa de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Granada y en la Universidad de Maastricht, Países Bajos. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4442-4342>

Valore el caso y resuelva, conforme a Derecho, las siguientes cuestiones:

- A la luz del texto Constitucional, ¿son problemáticas las declaraciones pronunciadas por el Sr. Smith? Y, si lo son, ¿en relación con qué artículo de la Constitución?
- ¿Prohíbe nuestra Constitución la discriminación por orientación sexual?
- Identifique los derechos fundamentales en conflicto y trate de determinar los criterios relevantes para resolver el correspondiente juicio de ponderación.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El caso versa sobre las declaraciones realizadas por un empresario en el marco de una entrevista de acceso público y gratuito, en la que éste afirma que nunca contrataría a personas homosexuales ni haría uso de sus servicios profesionales. El objetivo del caso es valorar si, y llegado el caso, hasta qué punto, políticas empresariales y discursos de carácter discriminatorio encuentran encaje en el Derecho constitucional español.

B. Problemas constitucionales

La resolución del caso requiere conocer el contenido del principio de igualdad de trato y no discriminación, así como su desarrollo en la Constitución española (CE) y legislación nacional, sin olvidar, además, la normativa europea relevante para el caso. A grandes rasgos, la principal problemática constitucional que se plantea concierne la identificación de los derechos fundamentales en conflicto y la realización del correspondiente juicio de ponderación entre ellos.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 14, 20 y 38 de la Constitución española

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación

Jurisprudencia

Sentencia 41/2006, de 13 de febrero, del Tribunal Constitucional
Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de julio de 2008, caso *Feryn*, causa C-54/07

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de abril de 2013, caso *Asociația ACCEPT*, causa C-81/12

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2010, caso *NH*, causa C-507/18

D. Solución

Las declaraciones del Sr. Smith presentan un claro sesgo o prejuicio social que consiste en considerar a las personas homosexuales como trabajadores poco profesionales. Sus declaraciones revelan la aplicación de una política empresarial que pretende excluir del mercado laboral a un sector minoritario de la población, a raíz, exclusivamente, de su orientación sexual. Al implicar dichas declaraciones la ejecución de una medida laboral desfavorable o desigual para una categoría determinada de trabajadores, la controversia jurídico-constitucional radica en apreciar si nos encontramos ante un caso de discriminación ilegítima en el entorno laboral. Es decir, si nos encontramos ante una diferenciación entre individuos contraria a Derecho por vulnerar el derecho a la no discriminación de los empleados, o si, por el contrario, dicha política empresarial de diferenciación está razonada y justificada conforme a Derecho.

El principio de igualdad de trato entre individuos queda recogido en el artículo 14 CE, que dispone, expresamente:

“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

El artículo 14 CE comienza reconociendo el derecho a la igualdad ante la ley, e inmediatamente después concreta su significado estableciendo el principio de no discriminación. Esto significa que el respeto del derecho a la igualdad implica la prohibición de otorgar un trato distinto a los individuos por razón, exclusivamente, de rasgos personales como el sexo, religión, opinión o cualquier

otra circunstancia personal o social. En relación con el caso que se nos plantea, lo cierto es que el artículo 14 CE no se refiere, expresamente, a la orientación sexual como causa prohibida de discriminación. No obstante, el Tribunal Constitucional la ha incluido entre los motivos acogidos por dicho precepto. En concreto, en su sentencia 41/2006, de 13 de febrero, se establece (FJ 3):

“[...] la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría [...]”

Es decir, cualquier acto o decisión que implique un trato diferente o una desventaja para ciertos individuos solo por motivo de su orientación sexual será ilegítimo e inconstitucional por atentar contra la dignidad del individuo (artículo 10.1 CE). El derecho a la no discriminación constituye, pues, un derecho fundamental al que el artículo 53 CE otorga, además, el máximo nivel de protección. Así, este derecho es invocable ante los jueces ordinarios en procedimiento preferente y sumario, y, en su caso, también cuenta con el amparo extraordinario del Tribunal Constitucional (artículo 53.2 CE). Asimismo, goza de la garantía de reserva de ley y contenido esencial (artículo 53.1 CE).

El caso plantea un supuesto de discriminación laboral por orientación sexual. En este sentido, la legislación de referencia vendría a ser, por un lado, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y, por otro, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Ambas normas se encargan de transponer la Directiva 2000/78, aprobada por la Unión Europea con el fin de establecer un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. El objetivo esencial de esta norma es fomentar la plena participación de los ciudadanos en la vida económica y evitar todo tipo de discriminación en el empleo, y, en particular, en el acceso a este último.

Conforme a lo establecido por dicha Directiva, el artículo 34.2 de la Ley 62/2003 dispone que una medida de diferenciación no será discriminatoria o

ilegítima si con ella el empresario pretende alcanzar un objetivo razonable, y si, además, el prejuicio que aquélla impone sobre los trabajadores es proporcional y adecuado al objetivo empresarial. De aquí se deduce que el principio de no discriminación no obliga, en todo caso, a dispensar un trato estrictamente uniforme o igualitario, sino que habilita a otorgar un trato distinto o diferente si éste puede quedar justificado conforme a Derecho.

En nuestro ordenamiento constitucional, los derechos fundamentales proyectan su eficacia en las relaciones jurídicas verticales y horizontales. Las primeras se refieren a la relación entre el individuo y los poderes públicos, mientras que las segundas hacen alusión a las relaciones entre individuos, como la relación jurídica existente entre el empresario y sus empleados. En el caso propuesto, entran en conflicto el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por orientación sexual con los derechos del empresario Smith. En concreto, su derecho a expresar sus convicciones libremente (esto es, su derecho fundamental a la libertad de expresión), y su derecho a diseñar y ejecutar su política de empresa según considere más apropiado para aumentar sus beneficios empresariales (esto es, su derecho fundamental a la libertad de empresa).

Bajo esta premisa, la medida discriminatoria del supuesto planteado, consistente en la afectación del derecho a la igualdad y no discriminación de los trabajadores (artículo 14 CE), podría quedar justificada si responde a objetivos legítimos. Dichos objetivos pueden corresponderse con el respeto de los derechos fundamentales del empresario, recogidos, también, en la CE. Así, el derecho a la libertad empresarial queda recogido en el artículo 38 CE, y el derecho a la libertad de expresión en el artículo 20 CE. Tras comprobar, pues, que la medida discriminatoria responde a un objetivo legítimo, queda por valorar si dicha medida es proporcional. Es decir, si es idónea y necesaria para garantizar los derechos del Sr. Smith. Dicho juicio de proporcionalidad habrá de ser resuelto por el juez responsable del caso. No obstante, conforme a las características de este último y a la luz de los valores que inspiran nuestro texto constitucional, es posible determinar los criterios más relevantes que podrían inspirar dicho juicio de valoración. A tales efectos, conviene desdoblarse el análisis en dos partes. La primera en relación con el conflicto artículo 14 CE-artículo 38 CE y la segunda en relación con el conflicto artículo 14 CE-artículo 20 CE.

Respecto al conflicto entre el derecho a la no discriminación de los trabajadores (artículo 14 CE) y el derecho a la libertad empresarial del Sr. Smith (artículo 38 CE), para su resolución conviene analizar, según lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su interpretación de la

Directiva 2000/78, si con la no contratación de personas homosexuales el Sr. Smith consigue, en la práctica, el entorno de “rectitud y formalidad” que busca ofrecer a sus clientes, además de valorar si tal objetivo podría conseguirlo con la realización de otro tipo de acciones que no diesen lugar a la restricción del derecho a la igualdad de los trabajadores (esto es, la necesidad e idoneidad de la medida). En virtud de la mayor o menor concurrencia de dichos criterios, la práctica laboral bien sería discriminatoria, o bien quedaría amparada por el artículo 38 CE.

Respecto al conflicto suscitado entre el derecho a la no discriminación de los trabajadores y el derecho a la libertad de expresión, el artículo 20.1 CE reconoce, en su letra a), el derecho fundamental a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones a través de cualquier medio de reproducción. Ahora bien, el propio artículo 20 CE, en su párrafo cuarto, también reconoce que dicho derecho no es absoluto y que puede verse restringido por una serie de límites. Entre ellos, los derechos fundamentales de los demás. Teniendo en cuenta que el caso versa sobre un posible caso de discriminación laboral, conviene acudir, nuevamente, a las pautas establecidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su interpretación de la Directiva 2000/78. Así, a la hora de elaborar el juicio de legitimidad de las declaraciones del Sr. Smith, habría que tener en cuenta si éstas se han difundido en un medio de comunicación de carácter público o privado, si los prejuicios sociales en los que se fundamentan son más o menos inciertos, o si aquéllas han sido emitidas por un individuo con una influencia decisiva en la gestión de la empresa. No en vano, el análisis de estas cuestiones permite prever si, a consecuencia de las declaraciones pronunciadas, el régimen de contratación que realmente ejecuta la empresa excluye o no, en la práctica, a los trabajadores homosexuales. En virtud de la mayor o menor concurrencia de estos criterios, el discurso sería discriminatorio, o, por el contrario, quedaría amparado por el artículo 20 CE.

Derecho a la vida e integridad física: La prestación de ayuda para morir

Marta Barranco Dos Santos

Investigadora predoctoral en formación

Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli -

Universidad de Málaga

I. PLANTEAMIENTO

El presente supuesto práctico toma como base el caso de Ramón Sampedro, un hombre tetrapléjico cuya solicitud para recibir asistencia médica para morir en 1995 fue denegada bajo la normativa vigente en aquel momento. Ante esta negativa, Ramón Sampedro terminó causando su propia muerte con ayuda privada en 1998, ingiriendo cianuro, un acto grabado y difundido públicamente. Este evento generó un impacto social y mediático sin precedentes, impulsando un debate sobre la autonomía personal, la integridad y los límites de la intervención estatal en la toma de decisiones al final de la vida.

En aquel momento, el Código Penal (en adelante, CP) de 1973 penalizaba cualquier forma de auxilio al suicidio o incluso el “dejar morir” a quien lo habría hecho naturalmente, reflejando un modelo jurídico en el que el derecho a la vida prevalecía sobre cualquier otro bien constitucional. La reforma del Código Penal de 1995 despenalizó ciertas prácticas como la eutanasia pasiva –omisión de tratamientos médicos de soporte vital– y también la eutanasia indirecta –sedación paliativa con efectos letales–, pero mantuvo la penalización de la eutanasia activa directa, entendida como la provocación directa de la muerte por parte del médico a petición del enfermo (artículo 143 CP).

Con la posterior aprobación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente, se consolidó el consentimiento informado como principio fundamental de la relación médico-paciente, garantizando el derecho a rechazar tratamientos incluso cuando ello condu-

jera al fallecimiento. Sin embargo, estos avances resultaron insuficientes para quienes, sin estar en proceso de muerte inminente, enfrentaban una situación de invalidez o padecimientos graves e irreversibles y deseaban solicitar ayuda para morir. A partir de 2007, la aparición de nuevos casos impulsó una serie de reivindicaciones que culminaron con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2021, de Regulación de la Eutanasia (LORE), que legalizó la eutanasia activa directa bajo la denominación de “prestación de ayuda para morir”, accesible únicamente en contextos eutanásicos, definidos por la concurrencia de una “enfermedad grave e incurable” o un “padecimiento crónico, grave e imposibilitante” que cause sufrimiento intolerable (artículo 3 LORE). La norma establece un procedimiento garantista con verificación médica, evaluación de facultativos independientes e intervención de Comisiones de Garantía y Evaluación, asegurando que la solicitud sea libre, informada y reiterada.

Desde su aprobación, la LORE ha generado un debate constitucional sobre la delimitación del derecho a la vida (artículo 15 CE), la intervención de terceros en la producción de la muerte y los límites de la autodeterminación individual en este contexto. En la STC 19/2023, de 22 de febrero, el Tribunal Constitucional confirmó su constitucionalidad, consolidando su validez dentro del ordenamiento jurídico español, pero dejando abiertas cuestiones que serán objeto de análisis en este caso práctico.

En el presente supuesto práctico, Ramón Sampedro, tras haber vivido 30 años en estado de tetraplejía debido a un accidente que le causó una fractura de vértebra cervical a sus 25 años de edad, solicita la prestación de ayuda para morir conforme a la LORE, alegando que su sufrimiento es irreversible y su estado le impide ejercer plenamente su autonomía. Su solicitud es aprobada por el médico responsable y ratificada por la Comisión de Garantía y Evaluación, pero antes de ejecutarse, un grupo de parlamentarios interpone un recurso de inconstitucionalidad contra la LORE, argumentando que vulnera el derecho a la vida y no protege suficientemente a las personas vulnerables. La admisión del recurso suspende cautelarmente su solicitud, lo que genera un conflicto constitucional sobre la compatibilidad de la prestación de ayuda para morir con los límites del derecho a la vida y la intervención de terceros en la producción de la muerte.

Considerando este contexto y su conocimiento sobre la materia, resuelva las siguientes cuatro cuestiones:

- ¿Cuál es la delimitación del derecho fundamental a la vida? ¿implica este derecho un deber de vivir o permite decisiones autónomas sobre la propia existencia?

- ¿Existe un fundamento constitucional que sirva de legitimación a la legalización de la eutanasia activa directa o prestación de ayuda para morir?
- ¿Incluye este derecho la facultad de solicitar el auxilio de terceros para provocar la propia muerte en un contexto eutanásico? ¿Cómo se justifica esta intervención sin comprometer la protección esencial del derecho a la vida?
- Para reflexionar: A la luz de esta evolución normativa, ¿crees que en el futuro podría ampliarse el derecho a la autodeterminación más allá del contexto eutanásico actualmente previsto? ¿Podría una persona recabar auxilio para morir en situaciones que no afecten directamente al derecho a la integridad personal?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Ramón Sampedro, tetrapléjico desde los 25 años a causa de un accidente, solicita la prestación de ayuda para morir conforme a la Ley Orgánica 3/2021 (LORE), argumentando que su sufrimiento es irreversible y que su estado le impide ejercer plenamente su autonomía. Históricamente, el Código Penal español penalizaba cualquier forma de auxilio al suicidio, si bien su caso se enmarca en el contexto posterior a la reforma de 1995, que despenalizó ciertas prácticas de eutanasia pasiva e indirecta. La reciente aprobación de la LORE ha supuesto un cambio normativo al reconocer la eutanasia activa directa bajo estrictas condiciones. En esta tesitura, la solicitud de Sampedro es aprobada por el médico responsable y ratificada por la Comisión de Garantía y Evaluación. Sin embargo, antes de ejecutarse, un grupo de parlamentarios interpone un recurso de inconstitucionalidad contra la LORE, lo que suspende cautelarmente su solicitud y reaviva el debate sobre la compatibilidad entre la autodeterminación personal, el derecho a la vida y la intervención estatal en la muerte asistida.

B. Problemas constitucionales

A partir del supuesto práctico planteado, surgen diversas cuestiones constitucionales que requieren del análisis del Tribunal Constitucional. En primer lugar, debe determinarse cuál es la delimitación del derecho fundamental a la vida (artículo 15 CE) y si este impone un deber de vivir o permite decisiones

autónomas sobre la propia muerte en contextos de sufrimiento irreversible. Asimismo, deberá analizarse si existe un fundamento constitucional que legitime la eutanasia activa directa o prestación de ayuda para morir y, en caso afirmativo, cuál sería su delimitación. También debe examinarse si la facultad de solicitar el auxilio de terceros en un contexto eutanásico es compatible con la Constitución y si existen alternativas menos lesivas para la protección del derecho a la vida. Finalmente, se plantea si las garantías previstas en la LORE aseguran que la decisión de acceder a la prestación de ayuda para morir sea libre, informada y plenamente autónoma, garantizando el equilibrio entre la autodeterminación del paciente y la protección del derecho a la vida.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 10.1 y 15 de la Constitución española

Artículos 2 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de Regulación de la Eutanasia

Jurisprudencia

Sentencia 53/1985, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 120/1990, de 27 de junio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 137/1990, de 19 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 48/1996, de 25 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 129/1990, de 5 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 37/2011, de 28 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 19/2023, de 22 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Pretty c. Reino Unido*, 29 de abril de 2002

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Lambert y otros c. Francia*, 5 de junio de 2015

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Haas c. Suiza*, 20 de enero de 2011

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Koch c. Alemania*, 19 de julio de 2012

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Mortier c. Bélgica*, 4 de octubre de 2022

D. Solución

1. ¿Cuál es la delimitación del derecho fundamental a la vida? ¿implica este derecho un deber de vivir o permite decisiones autónomas sobre la propia existencia?

La respuesta a esta cuestión permitirá determinar si nuestro ordenamiento constitucional concede una protección absoluta al derecho a la vida y, en consecuencia, si la regulación de la LORE, al ponderar este derecho con otros derechos y valores constitucionales, incurriría en la vulneración del texto constitucional.

El derecho a la vida, consagrado en el artículo 15 CE, ha sido definido por el Tribunal Constitucional (TC) como un derecho esencial y troncal que, junto con la dignidad humana, constituye el presupuesto sin el cual los restantes derechos no podrían existir (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ. 3). Así, el derecho a la vida se configura como el derecho a la protección de la existencia física de las personas, que comporta para el poder público tanto deberes negativos, o de abstención, como deberes positivos de protección frente a ataques de terceros (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ. 4). En el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha interpretado el artículo 2.1 del Convenio (CEDH) en términos similares, estableciendo que los Estados deben no solo abstenerse de privar de la vida arbitrariamente, sino también adoptar medidas efectivas para protegerla (STEDH *Lambert y otros c. Francia*, apartado 139; STEDH *Mortier c. Bélgica*, apartado 141).

En cuanto a la posible existencia de un “deber de vivir”, aunque en algunos pronunciamientos el TC ha atribuido al derecho a la vida un carácter absoluto (STC 48/1996, de 25 de marzo FJ 2), esta absolutización se limita a su dimensión más básica: la protección del derecho frente a agresiones externas. Por ello, aunque los recurrentes alegan que en algunas de sus sentencias (SSTC 120/1990, FJ 7, y 137/1990, FJ 5) el TC sostuvo la necesidad de establecer un deber reforzado de protección para evitar la muerte de un grupo de presos en huelga de hambre –mediante su alimentación forzosa–, el Tribunal aclara que esta doctrina responde a un supuesto específico en el que los reclusos se encontraban en una relación de especial sujeción, bajo la custodia de la Administración penitenciaria. Sin embargo, el TC matiza que ello no implica la existencia de una prohibición general del suicidio. Por el contrario, si un ciudadano libre tomase una decisión autónoma sobre el final de su vida, como fue el caso de Ramón Sampederro, el Estado no podría imponer medidas que vulnerasen su voluntad libre y consciente.

Hasta la aprobación de la LORE, el TC no había tenido oportunidad de pronunciarse sobre la disponibilidad de la propia vida en contextos de

sufrimiento extremo. Sin embargo, en la STC 19/2023, de 22 de febrero, aclara que, aunque el derecho a la vida no comprende un derecho subjetivo a la propia muerte, la jurisprudencia ha reconocido que el derecho a la integridad física y moral (artículo 15 CE) sí protege decisiones como la negativa a recibir tratamientos médicos, incluso cuando ello pueda conducir a la muerte (STC 37/2011, FJ. 5). Este reconocimiento confirma que la protección del derecho a la vida no es absoluta, sino que admite una cierta disponibilidad vinculada a la autonomía personal del titular del derecho.

El TC subraya además que la interpretación del derecho a la vida (artículo 15 CE) debe realizarse en consonancia con los valores y principios fundamentales del sistema constitucional. La Constitución consagra la libertad como valor superior (artículo 1.1 CE) y considera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como pilares fundamentales del orden político y de la paz social (artículo 10.1 CE). Por ello, la protección de la vida no puede concebirse de manera aislada de la voluntad de la persona que la vive. En otras palabras, la Constitución reconoce que las decisiones sobre cómo y cuándo morir forman parte de la autonomía del individuo. De lo contrario, se pasaría de garantizar un derecho frente a injerencia de terceros a invadir el espacio de autonomía personal y libertad individual (STEDH *Lambert y otros c. Francia*, apartado 63; STEDH *Mortier c. Bélgica*, apartado 64).

Respecto de las cuestiones planteadas inicialmente, puede concluirse que, si bien el derecho a la vida no otorga un derecho subjetivo a la propia muerte, tampoco impone una obligación incondicional de vivir que impida el reconocimiento de decisiones autónomas sobre el final de la vida. No obstante, la prestación de ayuda para morir implica la intervención de terceros, lo que podría afectar al contenido esencial del derecho fundamental a la vida. Por ello, resulta necesario determinar si existe otro bien constitucional de igual valor que justifique dicha intervención y sirva de fundamento a la eutanasia activa directa. Solo si este fundamento puede ser identificado será posible afirmar la compatibilidad de la LORE con el texto constitucional, lo que nos lleva a la siguiente cuestión.

2. *¿Existe un fundamento constitucional que sirva de legitimación a la legalización de la eutanasia activa directa o prestación de ayuda para morir?*

Junto con el derecho a la vida, el artículo 15 CE protege el derecho a la integridad física y moral de la persona, que en ningún caso podrá ser sometida a “torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Este derecho garantiza la inviolabilidad de la persona protegiéndola no solo frente a ataques

dirigidos contra su cuerpo o espíritu, sino también frente a cualquier otra intervención que afecte a dichos bienes sin su consentimiento (STC 120/1990, FJ 8). Este derecho de autodeterminación de la persona respecto de las intervenciones en el propio cuerpo, legitima al paciente en uso de su autonomía de la voluntad a decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos, convirtiéndose así las decisiones de “elegir entre los distintos tratamientos médicos disponibles”, “aceptarlos” o “rechazarlos” en la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por la intervención médica. Asimismo, este derecho de autodeterminación se traduce en la facultad de renunciar a medidas terapéuticas salvadoras, impidiendo que pueda realizar una protección de la vida de un paciente contra su voluntad, aun cuando ello se traduzca en la muerte del paciente (STC 37/2011, FJ 5; STEDH *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, apartados 63 y 65; STEDH *Lambert y otros c. Francia*, apartados 142 y 180).

Además, el Tribunal Constitucional ha reconocido que este el derecho a la integridad ha adquirido una dimensión positiva adicional en aquellas situaciones en que su ejercicio se vincula a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (artículos 10 CE y 8 CEDH). Este último valor se identifica con “la facultad de desarrollar el propio proyecto vital” sin injerencias externas (STC 37/2011, FJ 3), ampliando su objeto no solo al rechazo de intervenciones no deseadas “incolumidad corporal”, sino también a la protección de un ámbito de libertad a la hora de adoptar decisiones sobre el propio cuerpo, que abarcaría la decisión de una persona de darse muerte en aquellos supuestos en que se encontrase inmersa en un contexto de sufrimiento personal extremo debido a causas clínicas de gravedad límite, y siempre que estas circunstancias resulten racional y objetivamente constatables conforme a los parámetros de la ciencia médica (contexto eutanásico).

De esta forma, concurriendo estas circunstancias, no nos encontramos ya ante una conducta genérica de disposición de la propia vida realizada en ejercicio de una mera libertad fáctica (*agere licere*), sino ante una de las decisiones vitales –por más que irrevocable y trascendental– de autodeterminación de la persona protegida por el derecho fundamental a la integridad física y moral (artículo 15 CE), en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 CE). Este derecho de autodeterminación garantiza a la persona inmersa en un contexto de sufrimiento extremo un espacio de autonomía individual para trazar y llevar a término un proyecto de fin de vida acorde con su dignidad, de acuerdo con sus propias convicciones y valoraciones acerca del sentido de su existencia (STC 19/2023, FJ 6)

Debe considerarse, además, que este derecho de autodeterminación tiene como presupuesto esencial que su ejercicio responda a la decisión libre y consciente de su titular. A tal efecto, el consentimiento informado se configura como una garantía fundamental de la autonomía del paciente, de manera que su omisión o defectuosa realización supondría una vulneración del propio derecho a la integridad (STC 37/2011, FJ 5). En esta misma línea, el TEDH ha sostenido que el derecho de un individuo a decidir de qué manera y en qué momento debe finalizar su vida, siempre que esté en condiciones de formar libremente su voluntad y actuar en consecuencia, es uno de los aspectos protegidos por el derecho al respeto a la vida privada (artículo 8 CEDH), y que la intervención del Estado en la protección del derecho a la vida debe limitarse a aquellos supuestos en los que la decisión de morir no haya sido adoptada libre y conscientemente (STEDH *Haas c. Suiza*, de 20 de enero de 2011, apartado 51; STEDH *Koch c. Alemania*, de 19 de julio de 2012, apartado 69; STEDH *Mortier c. Bélgica*, de 4 de octubre de 2022, apartados 124, 135 y 136).

3. *¿Incluye este derecho la facultad de solicitar el auxilio de terceros para provocar la propia muerte en un contexto eutanásico? ¿Cómo se justifica esta intervención sin comprometer la protección esencial del derecho a la vida?*

Una vez identificado el fundamento constitucional de la prestación de ayuda para morir, corresponde analizar su configuración como derecho subjetivo prestacional y su compatibilidad con la intervención de terceros en la producción de la muerte. El derecho de autodeterminación en contextos eutanásicos no solo comprende la decisión individual de poner fin a la propia vida, sino también la posibilidad de recabar asistencia para hacerlo de manera segura, indolora y compatible con la integridad personal y la dignidad del paciente.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que, aunque la Constitución no impone un deber prestacional absoluto, el Estado no puede eludir su responsabilidad mediante la omisión regulatoria, pues ello generaría situaciones degradantes o un acceso desigual a la prestación por razones económicas, sociales o familiares, en contravención de los artículos 10.1 y 15 CE. Por ello, el legislador no se limita a despenalizar la eutanasia activa directa, sino que la configura como un “derecho prestacional”, lo que exige la intervención estatal para garantizar su efectividad. En este sentido, se establece su provisión dentro del sistema sanitario público, asegurando un acceso equitativo y reforzando su carácter garantista. Se constata así que la legislación ha evolucionado desde un derecho a “dejarse morir” hacia un derecho a “ser asistido en la muerte”,

fundamentado en la doctrina del TC que niega la existencia de una diferencia sustancial entre la negativa a recibir tratamientos médicos, la solicitud de la retirada del soporte vital, la administración de cuidados paliativos con efectos letales y la prestación de ayuda para morir, dado que todas estas decisiones derivan del legítimo ejercicio de la autonomía personal en conexión con el derecho a la integridad (STC 19/2023, FJ 6).

No obstante, los recurrentes sostienen que la LORE compromete la protección del derecho a la vida (artículo 15 CE) al autorizar la intervención de terceros en la producción de la muerte. Argumentan que esta regulación podría propiciar abusos y generar una “pendiente resbaladiza”, es decir, una expansión progresiva e incontrolada de los supuestos en los que se permite la eutanasia, lo que acabaría erosionando las garantías inicialmente establecidas.

Frente a este argumento, el TC afirma que la intervención de terceros es constitucionalmente legítima siempre que existan garantías normativas que aseguren que la decisión de acceder a la ayuda para morir sea libre, consciente e informada. La LORE cumple con estos requisitos mediante un procedimiento estructurado que exige la reiteración de la solicitud con separación temporal (artículo 6.1), la supervisión médica independiente (artículo 8) y la intervención de las Comisiones de Garantía y Evaluación (artículos 10 y 18), encargadas de verificar la legalidad del proceso y realizar un control posterior para prevenir vulneraciones del derecho a la vida (artículo 18). Además, en el ámbito del CEDH, el TEDH ha señalado que la eutanasia no vulnera el derecho a la vida (artículo 2 CEDH) siempre que cuente con garantías suficientes. En *Mortier c. Bélgica*, (STEDH, 4 de octubre de 2022, apartados 124, 135 y 136), el TEDH estableció que la eutanasia solo es compatible con el Convenio si se sujeta a estrictos mecanismos de control normativo, tales como un marco regulatorio preciso, supervisión médica independiente y verificación de la autenticidad de la voluntad del solicitante.

En conclusión, la LORE satisface estos requisitos, asegurando que la intervención de terceros en la eutanasia activa directa se realice dentro de un marco normativo garantista que protege tanto la vida como la autonomía del paciente. Por ello, el Tribunal Constitucional concluye que el derecho a la vida no impone una obligación de vivir, y que la autodeterminación sobre el final de la propia existencia, en contextos de sufrimiento extremo, encuentra fundamento en el derecho a la integridad personal. En este sentido, declara la constitucionalidad de la LORE, permitiendo que Ramón Sampredo acceda a la prestación de ayuda para morir tras años de padecimiento.

4. Para reflexionar: A la luz de esta evolución normativa, ¿crees que en el futuro podría ampliarse el derecho a la autodeterminación más allá del contexto eutanásico actualmente previsto? ¿Podría una persona recabar auxilio para morir en situaciones que no afecten directamente al derecho a la integridad personal?

Derecho a la integridad física y moral: Interrupción voluntaria del embarazo y derecho a la objeción de conciencia

Oihane Murua Astorquiza

Investigadora predoctoral en Derecho Constitucional y de la

Unión Europea

Universidad del País Vasco (UPV-EHU)

I. PLANTEAMIENTO

Ainhoa es una mujer que padece una enfermedad llamada *agenesia del cuerpo calloso* –una patología que se caracteriza por la falta de formación de una región cerebral llamada *cuerpo calloso*–. Además, cuenta con recursos económicos limitados.

En julio de 2022 Ainhoa quedó embarazada. Le realizaron la primera ecografía el día 22 de octubre de 2022 en el Hospital Santa Lucía de Cartagena, en la Región de Murcia. En ella se detectó una anomalía que, según el doctor que realizó la prueba, podría ser *agenesia del cuerpo calloso*. Las palabras empleadas por el facultativo fueron: “no, es que lo mismo es *agenesia del cuerpo calloso*”. La paciente fue citada para otra revisión el día 20 de noviembre de 2022.

Ante la noticia recibida, Ainhoa decidió acudir a una clínica privada el día 5 de noviembre de 2022. Tras realizar un examen los facultativos le comunicaron que, efectivamente, parecía que el feto podría tener *agenesia del cuerpo calloso* total. Le advirtieron de que, en caso de querer interrumpir el embarazo, debía apresurarse debido al estado avanzado de la gestación.

Tras recibir dicha información, Ainhoa volvió al Hospital Santa Lucía, pero, al no tener cita, no fue atendida. Entonces decidió desplazarse a su centro de salud para ser atendida por su matrona. La matrona envió un fax

al Hospital Santa Lucía para que la paciente pudiera ser citada con carácter urgente. El hospital le citó para el día 10 de noviembre.

El 10 de noviembre, en su semana veintitrés + tres de gestación, Ainhoa fue atendida por los profesionales del servicio de ginecología y obstetricia del Hospital Santa Lucía. En dicha cita le comunicaron que no podían descartar la posibilidad de que el feto padeciera *agenesia del cuerpo calloso*. No obstante, según los médicos, el diagnóstico no podría ser totalmente certero hasta la semana treinta y dos de gestación. Le explicaron a la paciente las posibilidades diagnósticas, acordaron realizar otra valoración en un plazo de diez días —el 20 de noviembre—, y hablaron de la posibilidad de realizar una resonancia magnética. En cualquier caso, según Ainhoa, los profesionales no le informaron de sus posibilidades en relación con la interrupción voluntaria del embarazo.

Absolutamente preocupada, tras salir de dicha cita, el mismo día 10 de noviembre la paciente decidió acudir nuevamente a una clínica privada donde le realizaron un examen ultrasónico, a tiempo real, mediante una sonda abdominal. La prueba parecía confirmar el diagnóstico de *agenesia del cuerpo calloso* total, y le volvieron a señalar la necesidad de realizar una resonancia magnética nuclear. También detectaron otras malformaciones cerebrales del feto.

Con el fin de acelerar el proceso, el día 13 de noviembre, Ainhoa acudió a otra clínica privada de Madrid para que le realizaran la resonancia magnética. Junto a la resonancia el médico de dicho centro también prescribió un estudio genético. Las pruebas confirmaron una agenesia del 90%, además de malformaciones encefálicas bilaterales. Le explicaron a la paciente que el pronóstico neurológico era malo: era muy probable que el cuadro se asociase con discapacidad intelectual, afectación motora y crisis epilépticas que llevarían a una situación de dependencia grave y ausencia de autonomía. Se recomendó la valoración por el comité ético para considerar la interrupción del embarazo, y la decisión de los padres.

El día 14 de noviembre la paciente volvió a su centro médico con dichos estudios. Su doctora de cabecera llamó al Hospital Santa Lucía para que atendieran a la paciente urgentemente. Pese a ello, mantuvieron la cita del 20 de noviembre.

El día 20 de noviembre Ainhoa acudió a su cita en el Hospital Santa Lucía donde fue atendida por el servicio de ginecología y obstetricia y el servicio de neurología pediátrica. El neurólogo pediátrico le confirmó que la enfermedad del feto era muy grave y le dio toda la información y explicaciones que pidió sobre el probable diagnóstico y pronóstico de la vida del

feto en caso de nacer. La información recibida coincidía con lo expuesto en la clínica privada de Madrid.

Con toda esa información, Ainhoa decidió abortar y presentó su solicitud de interrupción voluntaria del embarazo al comité asesor clínico de Murcia. El 26 de noviembre recibió una llamada donde le informaron de que su solicitud había sido aprobada por el comité clínico. Le explicaron que la interrupción del embarazo se llevaría a cabo en una clínica privada de Madrid.

El director gerente del área I del Servicio Murciano de salud afirmó mediante escrito que:

“Por las noticias que tiene esta Dirección Gerencia, el 100% de los facultativos especialistas en ginecología/obstetricia del hospital y Servicio Murciano de Salud están acogidos a la objeción de conciencia para la práctica de abortos en los hospitales públicos de la región, por lo que esta prestación sanitaria se lleva a cabo, cuando se cumplen los requisitos establecidos, mediante la derivación a las clínicas privadas inscritas para ello por la Consejería de Salud.

No obstante, tampoco existe ningún registro de facultativos en relación a la objeción de conciencia en el derecho al aborto voluntario, porque ningún facultativo ha pedido poder practicar interrupciones voluntarias de embarazo en la sanidad pública de la Región de Murcia”.

De ese modo, el día 1 de diciembre la paciente acudió a una clínica privada de Madrid donde le practicaron un parto inducido, ya que, debido a lo avanzado de la gestación, era imposible practicar un procedimiento menos invasivo —es decir, un legrado—. Ainhoa afirma que al llegar al centro la esperaban un grupo de manifestantes antiabortistas.

Tras la interrupción del embarazo practicada en Madrid, la paciente volvió a Cartagena. El día 3 de diciembre acudió a su médica de cabecera para realizar el seguimiento y revisión posparto. Su doctora de cabecera le derivó al Hospital Santa Lucía. Sin embargo, en el hospital le dijeron que no podían atenderla y que debía ir a una clínica especializada en la interrupción voluntaria del embarazo, rechazando darle tratamiento médico y apoyo psicológico. Con la ayuda de su hermana, la paciente se vio obligada a trasladarse a la ciudad de Murcia para la revisión.

Ainhoa se pone en contacto con usted para averiguar si la actuación del Hospital Santa Lucía y del Servicio Murciano de Salud se ajustó a Derecho.

Preguntas orientativas para abordar el caso:

1. ¿Actuaron los profesionales sanitarios del Servicio Murciano de Salud con la diligencia debida en el proceso de diagnóstico e información de la paciente?

- ¿Ocultaron información a la paciente para obstaculizar su decisión sobre la interrupción del embarazo?
- ¿Demoraron las pruebas diagnósticas indebidamente para dificultar la decisión de la paciente?
- 2. ¿Se puede acreditar que existía una objeción de conciencia generalizada de los profesionales sanitarios de Murcia para la práctica de abortos? ¿Se ejerció el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con los requisitos legalmente fijados?
- 3. ¿Estaba justificado que la interrupción del embarazo se realizara en una localidad distinta a la de la residencia de la paciente?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso práctico busca dar respuesta a la consulta formulada por Ainhoa sobre la actuación del Hospital Santa Lucía y del Servicio Murciano de Salud en relación a la asistencia sanitaria que recibió durante su proceso de embarazo e interrupción voluntaria del mismo. En la primera revisión del embarazo que tuvo lugar el 22 de octubre de 2022, Ainhoa fue informada de que el feto presentaba una serie de malformaciones encefálicas que podrían ser *agenesia del cuerpo calloso*, enfermedad que ella misma también presentaba. Desde entonces se inició todo un proceso de diagnóstico que se prolongó un mes, hasta el 20 de noviembre de 2022, y en el que la paciente recurrió en repetidas ocasiones a centros privados para realizar las pruebas diagnósticas necesarias –en ocasiones, incluso, fuera de su Comunidad Autónoma–. Tras la confirmación del diagnóstico y ante el mal pronóstico para la vida del feto, la paciente decidió interrumpir el embarazo en un estado avanzado de gestación. El comité clínico le comunicó el día 26 de noviembre de 2022 que su solicitud había sido aprobada. No obstante, le explicaron que el procedimiento tendría lugar en Madrid. Según la información facilitada por el Servicio de Salud de Murcia, ningún facultativo de la Región había pedido practicar interrupciones voluntarias del embarazo. El 100% de los facultativos especialistas en ginecología y obstetricia del Servicio Murciano de Salud estaban acogidos a la objeción de conciencia, si bien no existía ningún registro de facultativos en relación a la objeción de conciencia en el derecho al aborto voluntario. De ese modo, el aborto se produjo finalmente el 1 de diciembre de 2022 en una clínica privada de Madrid, a través de un parto inducido.

B. Problemas constitucionales

El problema constitucional en cuestión tiene dos vertientes: por un lado, la protección de los derechos de la paciente a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, el derecho a su integridad física y psíquica, y su derecho a la igualdad y la no discriminación; y, por otro lado, el derecho fundamental de los facultativos a ejercer la objeción de conciencia frente a un procedimiento médico como la interrupción voluntaria del embarazo. En el presente caso se debe valorar si los profesionales sanitarios del Servicio de Salud de Murcia actuaron con la diligencia debida en el proceso de diagnóstico e información de la paciente y si dificultaron indebidamente la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. También se deben analizar los requisitos legales para el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y la adecuación de la derivación realizada a una clínica privada de Madrid para la realización de la intervención.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 10.1, 10.2, 14, 15 y 30.2 de la Constitución española (CE)

Artículos 3, 9 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). También el artículo 1 del Protocolo nº 12 al CEDH

Artículos 1, 12 y 16e) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

Artículos 15, 17, 18 y 19 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Jurisprudencia

Sentencia 44/2023, de 9 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 78/2023, de 3 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia de 30 de octubre de 2012, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *P. y S. c. Polonia*

D. Solución

A modo de consideración preliminar cabe destacar que, según reiterada jurisprudencia constitucional –STC 78/2023, FJ 5 y STC 44/2023, FJ 3 D–, no todas las infracciones de la ley que regula el ejercicio del derecho a la interrupción del embarazo conllevan la infracción del derecho fundamental a la

integridad física y moral de la mujer. Según el Tribunal Constitucional (STC 78/2023, de 3 de julio. FJ 5) “para poder apreciar su vulneración es preciso que la previsión legal incumplida incida directamente en el ámbito tutelado por este derecho fundamental, lo que sucederá tanto en los casos en los que no se respete el ámbito de libertad que el legislador otorga a la mujer para que pueda adoptar de forma autónoma y sin coerción de ningún tipo la decisión que considere más adecuada en cuanto a la continuación o no de la gestación, como en aquellos en los que se dificulte de manera relevante el acceso a la prestación sanitaria”.

En este orden de cosas, la primera cuestión a valorar en el presente caso es si los profesionales sanitarios del Servicio de Salud de Murcia actuaron con la diligencia debida en el proceso de diagnóstico e información de la paciente, y si intentaron obstaculizar indebidamente el ejercicio del derecho a la interrupción del embarazo.

Pues bien, del relato aportado en el planteamiento del caso no puede derivarse que se haya probado inequívocamente que los profesionales pusieran obstáculos indebidos para que la paciente pudiera ejercer su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Los facultativos parecen haber cumplido con su deber de informar adecuadamente a la paciente de los datos que disponían en cada momento. En la ecografía realizada el 22 de octubre se detectaron anomalías sugestivas de una patología acorde a la *agenesia del cuerpo calloso*, pero no se pudo realizar un diagnóstico porque el embarazo de la paciente no estaba suficientemente avanzado como para poder diagnosticar de forma certera. Cuando el facultativo explicó a la paciente que el feto podría padecer *agenesia del cuerpo calloso* –las palabras empleadas por el médico fueron: “no, es que lo mismo es agenesia del cuerpo calloso”– este informó, con mayor o menor acierto, de la información disponible en aquel momento. Asimismo, en la cita del día 10 de noviembre los médicos volvieron a señalar que no podían excluir la posibilidad de que el feto padeciera de agenesia del cuerpo calloso, indicando que era demasiado pronto para poder realizar un diagnóstico definitivo. Se le explicaron a la paciente las posibilidades diagnósticas, se fijó una nueva cita para realizar otra valoración en un plazo de 10 días, y se contempló la posibilidad de realizar una resonancia magnética. No cabe deducir de ello que los profesionales sanitarios trataran de ocultar información a la paciente. En la cita del 20 de noviembre tuvo lugar el diagnóstico final. La paciente fue atendida por el servicio de ginecología y obstetricia y el servicio de neurología pediátrica. Según se relata en el planteamiento del caso, el neurólogo pediátrico le confirmó que la enfermedad del feto era muy

grave y dio a la paciente toda la información y explicaciones que pidió sobre el probable diagnóstico y pronóstico de la vida del feto en caso de nacer.

Asimismo, tampoco parece haberse probado de forma inequívoca que los profesionales sanitarios demorasen indebidamente las pruebas diagnósticas para dificultar la decisión de la paciente. En la cita del 10 de noviembre se hizo constar la posibilidad de realizar una resonancia magnética. Según señala el Tribunal Constitucional en la STC 78/2023, FJ 6, “del hecho de que la recurrente acudiera a solicitar una segunda opinión a la sanidad privada y de que fuera en uno de estos centros donde se hiciera la resonancia y el estudio genético, no puede deducirse que estas pruebas no se las fueran a realizar en el hospital público”. Los servicios de salud privados permitieron que la paciente pudiera realizar las pruebas diagnósticas necesarias con mayor celeridad, cosa que la carga de trabajo del sistema público de salud dificulta. Pero ello no demuestra que dichas pruebas no se fueran a realizar en el hospital público, o que fueran demoradas intencionadamente para dificultar la decisión de la paciente sobre la continuación o no del proceso de gestación.

La segunda cuestión por valorar es la legalidad de una objeción de conciencia generalizada. Existen dos motivos por los que no se puede dar por acreditada dicha situación: en primer lugar, el escrito del director gerente del área I del Servicio Murciano de salud dice que “*por las noticias que tiene esta Dirección Gerencia*, el 100% de los facultativos (...) están acogidos a la objeción de conciencia para la práctica de abortos en los hospitales públicos de la región”. De los términos empleados en el escrito, no se puede saber si esas *noticias* son o no oficiales. En segundo lugar, el propio escrito reconoce que no existe ningún registro de facultativos objetores de conciencia en el derecho al aborto voluntario. Esto vulnera abiertamente lo dispuesto en el artículo 19.2 –y 19 *bis*, en la redacción actual– de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, donde se establece que el derecho a la objeción de conciencia ha de ejercerse de forma individual y manifestarse anticipadamente por escrito. Que no haya médicos/as que hayan pedido practicar abortos no implica, de ninguna manera, que todos los profesionales sean objetores de conciencia. La objeción de conciencia es una excepción que debe ser interpretada *stricto sensu*. La única circunstancia que exime a los profesionales de practicar interrupciones voluntarias del embarazo es el ejercicio de la libertad de conciencia en los términos establecidos en la Ley Orgánica 2/2010, y en el presente caso no se puede entender que se hayan cumplido dichos requisitos legales.

Finalmente, queda valorar la derivación de la paciente a un centro privado ubicado en una localidad distinta a la de su residencia –en este caso,

una clínica privada de Madrid– para practicar la interrupción del embarazo. Teniendo en cuenta que en el presente caso no se puede acreditar la objeción de conciencia de los profesionales de la Región de Murcia, no se puede justificar que la paciente fuera derivada a una clínica privada de Madrid para realizar el aborto. De acuerdo con la STC 44/2023, FJ 8, el legislador ha creado “una obligación a cargo de las administraciones públicas de garantizar una prestación pública de la interrupción voluntaria del embarazo que se configura como un derecho público subjetivo de carácter prestacional”. Según la Ley Orgánica 2/2010, la posibilidad de realizar derivaciones a centros privados es excepcional, únicamente prevista para los supuestos en los que los servicios públicos de salud no puedan facilitar la prestación a tiempo. En el presente caso no queda probado que concurra dicha circunstancia. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también señaló en su sentencia de 30 de octubre de 2012, en el asunto *P. y S. c. Polonia*, FJ 105 a 108, que los Estados están obligados a organizar sus servicios sanitarios de manera que pueda garantizarse que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios no impida que los pacientes puedan acceder a las prestaciones que tienen derecho en virtud de la legislación vigente.

En ese orden de cosas, teniendo en cuenta que el Servicio Murciano de Salud derivó a la paciente a un centro privado de Madrid sin acreditar adecuadamente que dicha prestación no pudiera ser dada a tiempo por los servicios públicos, se vulneró no solo el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 2/2010, sino también el derecho fundamental de la paciente a su integridad física y moral –artículo 15 CE– en relación con el derecho a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad –artículo 10.1 CE–. Siendo el derecho al aborto un derecho de configuración legal que forma parte del contenido del derecho a integridad física y moral de la mujer, la infracción de las garantías del derecho a la interrupción del embarazo también conlleva la vulneración de los derechos fundamentales de la mujer.

Derecho a la libertad religiosa

María Dolores Requena de Torre

Profesora Ayudante Doctora

Universidad Pontificia Comillas

I. PLANTEAMIENTO

Doña Elena Méndez es una mujer de 65 años que, como cada domingo, se dirige a la plaza central del pueblo para acudir a la iglesia de San Miguel y participar en la misa del mediodía. Al llegar al templo, se encuentra con un grupo de manifestantes reunidos en la puerta que, con pancartas y megáfonos, expresan sus reivindicaciones políticas en ejercicio de su derecho de reunión. Aunque la multitud le dificulta el acceso, la señora Méndez finalmente logra entrar.

Al comienzo de la celebración religiosa, los asistentes se inquietan, pues no pueden escuchar al sacerdote. Los gritos y consignas de los manifestantes, amplificadas por el uso de megáfonos, se cuean en el templo, impidiendo el desarrollo normal de la ceremonia. Pese a los intentos del sacerdote por elevar la voz y proseguir con la misa, la interrupción persiste durante toda la celebración.

Al finalizar la misa, uno de los feligreses, indignado por la situación, acude a usted en busca de asesoramiento legal, pues está convencido de que su derecho a la libertad religiosa ha sido vulnerado.

Cuestiones:

1. ¿Resulta afectada la libertad religiosa de quienes estaban en la iglesia?
2. ¿Debía haber tomado alguna medida la autoridad gubernativa para conciliar el ejercicio del derecho de reunión con el derecho a la libertad religiosa?
3. ¿Considera una diferencia relevante si los gritos provenientes de la manifestación fuesen contrarios al ideario religioso católico o si *simplemente* fuesen de carácter político, ajeno al ideario religioso?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En este supuesto práctico se plantea un ejemplo de aparente colisión entre derechos fundamentales: la libertad religiosa (artículo 16 de la Constitución española; en adelante, CE) y el derecho de reunión (artículo 21 CE).

B. Problemas constitucionales

A partir del supuesto descrito, se plantean varios problemas de carácter constitucional. ¿Se vulnera la libertad religiosa cuando coincide, en tiempo y lugar, con el ejercicio del derecho de reunión? ¿Cuál debe ser el papel del Estado ante este aparente conflicto de derechos? ¿Debía el Estado imponer determinadas medidas al ejercicio del derecho de reunión para garantizar el ejercicio de la libertad religiosa, o mantenerse neutral en base a su aconfesionalidad? Estas cuestiones que se suscitan nos llevan a una reflexión más profunda sobre las obligaciones que asume el Estado en virtud del artículo 16 de la Constitución; y en atención a sus frecuentes colisiones con otros derechos fundamentales como puede ser la libertad ideológica, prevista en el mismo artículo 16 CE, la libertad de expresión (artículo 20 CE) o, como se refleja en el supuesto práctico, la libertad de reunión. Sin duda, la convivencia pacífica en una sociedad plural y democrática exige una adecuada respuesta ante el posible solapamiento de conductas legítimas, ambas necesitadas de tutela por parte del Estado.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 16 y 21 de la Constitución española

Artículos 9 y 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa

Jurisprudencia

Sentencia 195/2003, de 27 de octubre, del Tribunal Constitucional

D. Solución

Para comenzar a resolver este caso debemos concretar el contenido del derecho a la libertad religiosa a fin de observar su posible afectación. Así, el

artículo 16.1 de la Constitución reconoce el derecho a la libertad religiosa y de culto “sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Un derecho desarrollado por la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa, que reconoce expresamente en su artículo 2.1, letra b) que la libertad religiosa comprende la práctica de los actos de culto. Lo que nos permite afirmar que la libertad religiosa de quienes se encontraban reunidos en la iglesia en el momento de los hechos se vio afectada al suponer una injerencia en la práctica de sus actos de culto.

La siguiente cuestión que debemos abordar hace referencia al papel del Estado en la conciliación de estos dos derechos fundamentales. Una pregunta de gran interés dado el rol que juega el Estado en el ejercicio de ambos derechos, más manifiesto que en el de otras libertades fundamentales. Así, el artículo 21 CE hace referencia al papel del Estado en la recepción de la necesaria comunicación previa para el ejercicio del derecho. Posición que, a menudo, le exige una actuación efectiva para garantizar que la celebración de esa reunión previamente comunicada pueda desarrollarse de manera pacífica. Por su parte, el artículo 16 CE no solo reconoce el derecho a la libertad religiosa, sino que también establece un principio de neutralidad seguido de un mandato de cooperación con las confesiones religiosas; principios que deben interpretarse sistemáticamente para salvar la antinomia, y a la luz del mandato general contenido en el artículo 9.2 de la Constitución.

Con ello, y conscientes del papel tan determinante que juega el Estado en la garantía de estos derechos, cuyo ejercicio parece solaparse de un modo insalvable, resulta esclarecedor el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia 195/2003 que avala (al menos en lo que a este caso nos interesa) la actuación adoptada por un órgano gubernativo para salvaguardar el ejercicio del derecho de reunión y de la libertad religiosa en un caso de características asimilables a las aquí planteadas. En este caso el Tribunal Constitucional considera que la proscripción del uso de la megafonía durante el tiempo de celebración de los oficios religiosos, impuesta por la autoridad gubernativa, fue conforme a Derecho; pese a reconocer que la posibilidad de optar por el uso de megafonía o de otros medios para la transmisión del mensaje forma parte del derecho del artículo 21.1 CE:

“Hemos de convenir en que la proscripción del uso de la megafonía impuesta por la autoridad gubernativa, circunscrita al tiempo de la celebración de los “oficios religiosos” y no absolutamente impeditiva del uso de aquel vehículo material de expresión para los congregados de la plaza, sino temporalmente

limitativa de dicho uso, supuso una limitación adecuada y necesaria para la preservación del ejercicio otro derecho fundamental, en este caso, el derecho a la libertad religiosa, amparado por el artículo 16.1 CE como manifestación religiosa de culto. Tal limitación observó igualmente las exigencias de la proporcionalidad en sentido estricto, pues los términos de la prohibición gubernativa no comprometieron el ejercicio del derecho de reunión en mayor intensidad de la que tendía a favorecer el ejercicio concurrente de otro derecho fundamental (SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFFJ 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 37/1998, de 17 de febrero; FJ 8; 186/2000, de 10 de julio, FJ 6)".

Lo que nos permite concluir que la autoridad gubernativa, a la que se comunicó la celebración de una concentración, podía (y debía) haber tomado alguna medida como la descrita para hacer posible el legítimo ejercicio de ambos derechos. Una limitación amparada en el respeto a los derechos de los demás, como elemento constitutivo del orden público.

Aclarados estos puntos, pasamos a la tercera cuestión que pone el foco de atención en el contenido de la propia manifestación; una cuestión no exenta de polémica. Así, en la referida sentencia 195/2003 no encontramos respuesta a esta controversia ya que el mensaje que pretendía proyectarse durante el ejercicio del derecho de reunión era un mensaje ajeno a la doctrina religiosa. Sin embargo, podríamos aventurarnos a señalar que el mensaje a transmitir durante el ejercicio del derecho de reunión debe resultar indiferente en unas circunstancias como las descritas; pues la posible lesión al derecho a la libertad religiosa se produce aquí por la mera perturbación acústica producida al llevarse a cabo una sonora reivindicación en la puerta de un lugar de culto.

No obstante, el mensaje sí que podría tener relevancia en otro contexto si vulnerase la inmunidad de coacción inherente al ejercicio de los derechos que integran la libertad religiosa (artículo 2.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa). Y podría incluso alcanzar relevancia penal si las circunstancias en las que se produce la afectación al culto religioso constituyesen los elementos de alguno de los tipos previstos para la tutela del ejercicio del derecho fundamental a la libertad religiosa. En ese caso, podríamos estar ante un caso de ofensa contra los sentimientos religiosos (no exentos de polémica): profanación, previsto en el artículo 524 del Código Penal (CP) o escarnio, en el 525 CP. O incluso, si la barrera que impidiera la celebración del culto religioso no fuese meramente sonora sino física, donde podría incurrirse en uno de los delitos previstos en el artículo 522 o 523 del CP, siempre que se dieran los elementos previstos en el tipo (en particular, el elemento de violencia,

intimidación, fuerza u otro acto ilegítimo para llevar a cabo la perturbación en la celebración del acto de culto).

Finalmente, debemos señalar que la libertad religiosa y el ejercicio de los derechos de reunión y manifestación son derechos fundamentales indiscutiblemente relacionados. Por un lado, porque el derecho reconocido en el artículo 21 de la CE puede servir de herramienta necesaria para el ejercicio de la libertad religiosa cuando esa reunión sirve de vehículo para la manifestación pública de las creencias, o para la celebración de un rito religioso. Pero también cuando, como se evidencia en este caso, ambos derechos colisionan. Dado el papel activo que juega el Estado como garante de su realización efectiva, conviene reivindicar la necesidad de una modulación adecuada de estos derechos, que hagan posible la convivencia pacífica en una sociedad plural y democrática.

E. Bibliografía

- GARCÍA GARCÍA, Ricardo (2015): “La libertad de expresión ejercida desde los derechos de reunión y manifestación en colisión con la libertad religiosa”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 37.
- LÓPEZ ALARCÓN, Mariano (1996): “Tutela de la libertad religiosa”, en FERRER ORTIZ, Javier (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado español*, EUNSA, Pamplona, pp. 153-158.
- PORRAS RAMÍREZ, José María (2023): *Derecho de la libertad religiosa*, 10ª edición Tecnos, Madrid.

Derecho al honor, derecho a la intimidad y libertad de comunicación

José Luis García Guerrero

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

El Sr. Ilich es uno de los parlamentarios más destacados de la nación y se ve obligado a comparecer en juicio para mantener la custodia de su hija de trece años que le reclama su exmujer. Durante el proceso la letrada de su exmujer sostiene que el Sr. Ilich debe perder la custodia de su hija en interés de la menor, ya que va a acreditar mediante el personal del servicio doméstico y los escoltas que el padre lleva una desordenada vida sexual, que la hija es testigo de las múltiples parejas del padre e, incluso, que corren rumores de que estando la hija en el domicilio ha llegado a celebrar orgías. La abogada sostiene que el Sr. Ilich es un libertino, amoral, irresponsable e incapaz de educar a su hija.

En la sección de información del diario La Nación, el Sr. Juárez relata que en el juicio por la custodia de la hija del Sr. Ilich ha quedado acreditado que éste celebra orgías en su casa en presencia de su hija y que parece que en las mismas han participado en numerosas ocasiones prostitutas, y continúa el redactor de la noticia relatando los hechos acaecidos en el juicio con todo lujo de detalles. El Sr. Ilich se dirige indignado a su abogado y le solicita que intervenga contra la letrada de su exmujer y contra el Sr. Juárez.

Conteste fundadamente a todas las cuestiones que constitucionalmente se plantean en este caso práctico.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso plantea la presunta vulneración del derecho a la intimidad y al honor de un parlamentario, el Sr. Ilich, ya que en el transcurso de un juicio por la custodia de su hija la abogada de la parte contraria alude a hechos relativos a su vida sexual, además de sostener, entre otros calificativos, que es un libertino e irresponsable. Posteriormente, esta misma información es recogida por el Sr. Juárez en la sección de información del diario La Nación, que afirma que había quedado acreditada, entre otras cuestiones, la celebración de orgías con prostitutas en casa del Sr. Ilich.

B. Problemas constitucionales

Partiendo de los hechos que se acaban de describir, el caso propone una serie de problemas constitucionales que, en síntesis, implican un enfrentamiento entre bienes constitucionalmente protegidos: el primero entre la libertad de comunicación de la letrada, en cuanto a las declaraciones que se han comentado anteriormente, y la intimidad y el honor del Sr. Ilich; el segundo entre la libertad de información del Sr. Juárez, el periodista del Diario La Nación, y, de nuevo, el derecho al honor y a la intimidad del Sr. Ilich.

C. Fuentes

Para resolver los problemas que se acaban de plantear es necesario acudir, en primer lugar, a la Constitución española (en adelante CE), en concreto a los apartados a) y d) del artículo 20 CE, esto es la libertad de expresión y la libertad de información, junto con el derecho al honor y a la intimidad del artículo 18.1 CE, reforzado por la intimidad del domicilio del artículo 18.2 CE; así como al artículo 118 CE sobre el deber de colaboración con los jueces en los procesos constitucionales, además de a los artículos 24 y 10.2 CE.

En segundo lugar, serán de utilidad la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, en relación con el artículo 39.4 CE, que dispone que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, interpretado de conformidad con la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989, ratificada por España en 1990, así como la Declaración del Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959 y la Resolución A3-0172/92 del Parlamento Europeo que aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño. Junto con el artículo 2 de la LO 1/1996 dispone,

como principio general, que en su aplicación “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. De igual forma, el artículo 7 de la Ley 1/1982, de protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que prohíbe revelar datos privados de una persona o familia conocidos a través de su actividad profesional, así como el artículo 199.1 del Código Penal, que castiga a quien revelare secretos ajenos de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o relaciones laborales.

En lo referente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, encontraremos la Sentencia (en adelante, STC) 38/1988, FFJJ 2º y 3º que sienta doctrina consolidada sobre la defensa letrada, prevista en el artículo 24 CE y su conexión con la libertad de comunicación; y en el mismo sentido, la STC 205/1994, FJ 6º. La STC 190/1996, FJ 3º, que no incluye en la libertad de información los rumores, junto con la STC 105/1990, FJ 8º, que diferencia entre la crítica, la reprobación y la calificación de conductas y el insulto o la expresión gravemente injuriosa; la primera está permitida y la segunda proscribida. Y, además, las SSTC 107/1988; 320/1994, FJ 3º; 105/1990, FJ 4º; 172/1990, FFJJ 2º, 3º y 4º; 232/1992, FJ 4º y 132/1995, FJ 4º, en los términos que se explicarán más adelante.

Por último, son relevantes la libertad de información del artículo 20.1.d) CE y el derecho al honor y la intimidad del artículo 18.1 CE, reforzado por su apartado segundo relativo a la inviolabilidad del domicilio. En la resolución del conflicto entre estos bienes constitucionales es especialmente relevante lo dispuesto en la STC 190/1996, FJ 3º. La condición de diputado del Sr. Ilich podría traer a colación las SSTC 107/1988 y 105/1990, que debilitan los derechos a la personalidad de los titulares de funciones públicas o de personajes públicos. La relevancia pública de los asuntos judiciales puede requerir de la utilización de la STC 320/1994, FJ 3º. La protección jurídica de la familia del artículo 39.1 CE y la del menor en su apartado 4 pueden ser relevante en los preceptos legales y acuerdos internacionales transcritos supra. La referencia a prostitutas y orgías podría requerir del delito de injurias del artículo 208 del Código Penal.

D. Solución

Como se ha explicado, el primer problema que se plantea en el supuesto es entre la libertad de comunicación de la letrada y la intimidad y el honor del Sr. Ilich; concretamente cuando la abogada sostiene: “que va a acreditar mediante el personal del servicio doméstico y los escoltas que el padre lleva

una desordenada vida sexual, que la hija es testigo de las múltiples parejas del padre, e, incluso, que corren rumores de que estando la hija en el domicilio ha llegado a celebrar orgías. La abogada sostiene que el sr. Ilich es un libertino, amoral, irresponsable e incapaz de educar a su hija”.

Este primer problema, relativo a la libertad de comunicación, engloba tanto a la libertad de información como a la libertad de expresión; ambas están exorbitantemente reforzadas porque entran en conexión sistemática con la libertad de información en el ejercicio de la defensa letrada, prevista en el artículo 24.2 CE, según una consolidada jurisprudencia sentada desde la STC 38/1988, FFJJ 2º y 3º. La conexión refuerza ambas libertades ejercidas por la letrada, y no aparecen elementos que la debiliten, como pudieran ser, entre otros, las dilaciones indebidas o la falta de respeto a las otras personas que participan en la administración de justicia. Y la STC 205/1994, FJ 6º, aclara que esta conexión dota a la libertad de expresión de una especial resistencia que la hace inmune a restricciones que operarían en otro contexto siempre que se atenga a la finalidad que la origina, lo que es predicable también de la libertad de información. No obstante, hay un mayor refuerzo al discurso de la letrada porque este pretende la protección del menor, lo que origina una nueva conexión sistemática con el artículo 2 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que debe ser interpretado de conformidad con los acuerdos internacionales arriba relacionados conforme dispone el artículo 10.2 CE.

El fundamento del discurso de la letrada proviene de las declaraciones como testigos del personal doméstico y de los escoltas del Sr. Ilich. En un principio parecería que esa declaración no debería producirse si se atiende a la protección de la intimidad, reforzada por producirse los hechos en el domicilio, cuya inviolabilidad lo convierte en el templo de la intimidad. Así lo desarrollan el artículo 7 de la Ley 1/1982, de protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que prohíbe revelar datos privados de una persona o familia conocidos a través de su actividad profesional, así como el artículo 199.1 del Código Penal, que castiga a quien revelare secretos ajenos de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o relaciones laborales. A favor de la declaración de estos testigos se situaría la libertad de información de la letrada, que incluye la búsqueda de la referida información, que se refuerza exorbitantemente al considerar los efectos interpretativos del principio de prevalencia del interés superior del menor, lo que lleva a considerar que en la correspondiente ponderación resulta razonable que este último conjunto de bienes constitucionales sean los prevalentes, cediendo la intimidad. Sin embargo, el bien que cede debilitadamente debe mantener parte de su contenido, lo que puede lograrse si la defensa del Sr.

Ilich solicita que la comparecencia de los testigos se realice a puerta cerrada, lo que preservaría una buena parte de su intimidad.

Aceptada la declaración de los testigos, hay que resaltar que en el discurso de la letrada hay dos partes claramente discernibles. En una primera se entremezclan elementos de las libertades de información y expresión, concretamente cuando califica la vida sexual del Sr. Ilich como desordenada, fundando dicha afirmación en que la hija es testigo de las múltiples parejas del padre y que corren rumores de que estando aquélla en el domicilio se han llegado a celebrar orgías. En este sentido, la STC 6/1985 ya aclaró que cuando aparezcan entremezcladas las libertades de información y expresión habrá que atender al elemento predominante en el mensaje, que en este supuesto se estima que es la libertad de información. No obstante, esta libertad, para gozar de la protección constitucional, requiere de la veracidad de la información, lo que no se produce en una parte muy relevante de su discurso, concretamente, cuando habla de rumores sobre la celebración de orgías. Desde la STC 190/1996, FJ 3º, es claro que los rumores son contrarios a la veracidad que exige la libertad de información para disfrutar de la tutela constitucional.

La libertad de información, en los términos que se acaban de reseñar, reforzada por la defensa letrada y la protección del menor, entrarían en confrontación con la intimidad, reforzada por producirse en el interior del domicilio, y con el honor del Sr. Ilich. En consecuencia, se estima razonable que la afirmación de que la hija es testigo de las múltiples parejas sexuales del padre puede efectuarse a puerta cerrada en el juicio, prevaleciendo sobre la intimidad del Sr. Ilich. En cambio, se defiende que su honor queda menoscabado por la afirmación de la letrada de que corren rumores de que estando la hija en el domicilio se han llegado a celebrar orgías, al no cumplirse el requisito de veracidad imprescindible para que la libertad de información disfrute de tutela constitucional.

La segunda parte discernible en el discurso de la letrada se sitúa claramente en el campo de la libertad de expresión, porque con fundamento en las declaraciones de los testigos califica al Sr. Ilich de “libertino, amoral, irresponsable e incapaz de educar a su hija”. Esta vertiente subjetiva del discurso de la letrada, que se inserta en el apartado a) del artículo 20 CE, se refuerza con la defensa letrada y la protección del menor, y colisiona con el honor del Sr. Ilich. El resultado de la ponderación es favorable al primer conjunto de bienes constitucionales, como confirma la STC 105/1990, FJ 8º, que diferencia entre la crítica, la reprobación o la calificación de conductas y el insulto o la expresión gravemente injuriosa. Evidentemente, el discurso de la letrada

realiza una evaluación personal muy desfavorable, indudablemente subjetiva, pero no lesiona el honor por no incurrir en insultos o expresiones injuriosas.

El segundo problema constitucional que se plantea concierne a la libertad de información del Sr. Juárez y al honor y a la intimidad del Sr. Ilich, cuando el periodista publica en la “sección de información” del Diario La Nación que “ha quedado acreditado que” el Sr. Ilich “celebra orgías en su casa en presencia de su hija y que parece que en las mismas han participado en numerosas ocasiones prostitutas”.

En la resolución del conflicto se debe tener presente que el Sr. Juárez, en su artículo, se sitúa en la esfera de la libertad de información del artículo 20.I.d) CE. Así lo indica su relato de hechos o noticias, con lo que se halla en la esfera de la objetividad, así como el hecho de que la publicación se produce en la “sección de información” del Diario la Nación. Su libertad de información no se refuerza por la relevancia pública del juicio de la custodia porque la STC 320/1994, FJ 3º, limita esta trascendencia a los asuntos penales.

La jurisprudencia constitucional para resolver el conflicto entre la libertad de comunicación y los derechos de la personalidad, en consolidada línea iniciada por la STC 107/1988, FJ 2º, estima que en la concordancia práctica es especialmente relevante que se trate de libertad de información o de expresión porque las limitaciones serían muy diferentes. Por otra parte, en el mismo fundamento estima que es esencial la materia a la que se refiera la comunicación, porque se debe diferenciar entre asuntos de relieve público y aquellos meramente privados, lo que puede suceder por la condición del sujeto de la comunicación (parlamentario destacado) o por la materia objeto de la discusión. La distinción tiene una importancia capital, porque, cuando el conocimiento del contenido del mensaje sea necesario por su interés público, en caso de conflicto, la vertiente institucional de la libertad de comunicación convierte en preponderante este derecho. “Por el contrario, la eficacia justificadora de dichas libertades pierde su razón de ser en el supuesto de que se ejerciten en relación con conductas privadas carentes de interés público y cuya difusión y enjuiciamiento públicos son innecesarios, por tanto, para la formación de la opinión pública libre en atención a la cual se les reconoce su posición prevalente” (SSTC 105/1990, FJ 4; 172/1990, FFJJ 2, 3 y 4; 232/1992, FJ 4; 132/1995, FJ 4, entre otras).

Aquí se estima que la libertad de información del Sr. Juárez afecta a un sujeto público, pues el Sr. Ilich es un destacado parlamentario nacional, pero la información sobre el juicio de su custodia es materia privada carente de interés público y cuya difusión y enjuiciamiento público es innecesaria para formar la

opinión pública libre. En consecuencia, la libertad de información no se refuerza exorbitantemente porque no entra en conexión sistemática con el valor pluralismo político, con el principio democrático y con el derecho fundamental a la participación política, que aquí se considera que es el primer criterio para reforzar la libertad de información, y tampoco puede ampararse en el segundo criterio, que consiste en que la materia tenga relevancia pública, esto es, que sea necesario su conocimiento por la ciudadanía.

Una vez analizado el primer bloque de bienes constitucionales en conflicto es el momento de ocuparse del segundo. El derecho a la intimidad, que se refuerza considerablemente por la inviolabilidad del domicilio, resulta afectado cuando la información dice tener acreditado que el Sr. Ilich celebra orgías en su casa, en presencia de su hija, y que parece que en las mismas han participado en numerosas ocasiones prostitutas. También se afecta el derecho al honor, esto es, el derecho a insertarse en la sociedad, a participar en la misma, a recibir estima social, porque en una concepción clásica del honor el organizar orgías y contratar prostitutas merece cierta reprobación social que no quiere sufrir el Sr. Ilich, como acredita al acudir a un abogado pidiendo la reparación de sus derechos fundamentales. El bloque de bienes constitucionales alrededor de los derechos fundamentales al honor, intimidad e inviolabilidad del domicilio resultarían reforzados por la protección jurídica a la familia y especialmente por la de la menor, dado que habría un riesgo cierto de que su hija de trece años leyera esa información o se la transmitieran otras personas o adolescentes, con cierto peligro de burlas o incluso acoso.

Conforme a lo sintetizado hasta el momento parece bastante evidente que la concordancia práctica debe concluir que racionalmente los derechos preponderantes son el bloque nucleado alrededor del derecho a la intimidad y al honor y que cede completamente el bloque de la libertad de información al tratarse de una noticia que no conecta sistemáticamente con el principio democrático y que no tiene relevancia para formar la opinión pública, por lo que el Sr. Ilich no debe sufrir una reducción en la protección que la Constitución le otorga a su honor e intimidad, que se refuerzan, además, con la protección jurídica al menor y a la familia, y con haberse producido los supuestos hechos en su domicilio, templo sagrado de la intimidad personal y familiar.

Asimismo, se debe recordar que la STC 190/1996, FJ 3º, tras exigir diligencia profesional para cumplir con el requisito de la veracidad que otorga protección constitucional a la libertad de información, establece respecto al nivel de diligencia que “dicho nivel se sitúa en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho, en un extremo, y la transmisión de suposiciones, meras invenciones, insinuaciones insidiosas, o noticias

gratuitas o infundadas cuando la información pueda suponer el descrédito ajeno (SSTC 6/1988, 171/1990, 139/1995), en el otro”.

Además, el Sr. Juárez no disfruta de la protección de la libertad de información porque lo transmitido es información no veraz (STC 190/1996, FJ 3º). Los rumores de orgías relatados por la letrada se convierten en la noticia en “hechos acreditados”, introduciéndose *ex novo* otro nuevo rumor: “parece” que en las orgías participan en numerosas ocasiones prostitutas. Además, con un especial dolo, se indica que la hija presencia las orgías.

Finalmente, es muy probable que pudiera prosperar un delito de injurias si se considera que el artículo 208 del Código Penal las tipifica de la siguiente forma: “Es injuria la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (...)”. La alteración de la noticia dando por hecho la celebración de orgías en su casa, que las mismas son presenciadas por su hija y que las mujeres son prostitutas obligan a concluir que hay cierto dolo que busca lesionar la dignidad del parlamentario, menoscabar su fama y atentar contra su propia estimación.

Derecho a la vida privada y familiar¹

Penélope Oliva Boza²

Contratada predoctoral en formación (FPI)

Universidad Nacional de Educación a Distancia

I. PLANTEAMIENTO

Mercedes, docente de profesión, reside en una pequeña localidad afectada por elevados niveles de ruido debido a la actividad constante de bares y discotecas en la zona, lo que ha impactado negativamente en su calidad de vida y en la de su familia, ya que su hija menor sufre de insomnio y estrés debido a la contaminación acústica.

Un día, al salir de clase, Mercedes se encuentra con Victoria, una compañera a la que no veía desde hacía tiempo. Al preguntarle esta por su familia, Mercedes le cuenta su problema con el ruido. Al notar su preocupación, Victoria no dudó en contarle que una prima suya tuvo un problema similar con un aeropuerto situado cerca de su casa y que decidió llevar el asunto a la vía judicial, animándole a emprender el mismo camino si la situación persistía.

Intrigada, Mercedes le pide más detalles. Victoria, recordando lo que su prima le había contado, le explica que existen catálogos de derechos internacionales que, aunque no provienen de los poderes estatales, están relacionados con los derechos

1 Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “La génesis de nuevos derechos fundamentales en el constitucionalismo global (IUSGÉNESIS)”, financiado por el Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI 2020, Convocatoria 2021, Consejería de Universidad, Investigación e Innovación de la Junta de Andalucía ProyExcel_00457) y por la Agencia Española de Investigación (PID2021-126875OB-100R-FEDER).

2 Contratada predoctoral en formación del departamento de Derecho Político de la UNED (Ayuda PRE2022-103623, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por el FSE+ en el marco del proyecto de investigación PID2021-124531NB-I00 “El Estado de Partidos: raíces intelectuales, rupturas y respuestas jurídicas en el marco europeo”).

reconocidos por los países firmantes. Victoria le menciona que su prima le habló de un derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en un convenio internacional que podría abrir una vía de protección contra los ruidos molestos a través del derecho a la intimidad reconocido en la Constitución española (CE).

Cansada de la situación, Mercedes decide seguir el consejo de su compañera y acude a un despacho de abogados con el fin de recibir asesoramiento y poner remedio al problema. Tras detallarle el procedimiento a seguir y las probabilidades de éxito, Mercedes toma la decisión de aceptar la propuesta de honorarios y dar inicio al proceso, demandando al ayuntamiento de su localidad al no haber actuado diligentemente en defensa de los derechos e intereses legítimos de los vecinos del lugar.

El derecho al que hacía referencia Victoria es el derecho al respeto de la vida privada y familiar, recogido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), cuya interpretación corresponde al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Teniendo en cuenta que este derecho no tiene reflejo exacto en nuestra Constitución – no existe un derecho fundamental a la vida privada y familiar en España – ha sido el artículo 10.2 CE el que ha abierto la puerta a una asimilación de contenidos entre este y el derecho a la intimidad reconocido en la Constitución española.

El caso llega al Tribunal Constitucional (TC), que debe determinar si la contaminación acústica puede vulnerar el artículo 18.1 CE. Para ello, es necesario resolver previamente las siguientes cuestiones: 1) qué se protege a través del derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH; 2) cuál es la relación existente entre dicho derecho y los comprendidos en el artículo 18.1 CE; 3) cómo el Tribunal Constitucional ha establecido mecanismos de diálogo con el TEDH en relación con un derecho de contornos tan amplios; así como 4) qué papel juega el artículo 10.2 CE en esta tarea y cuál es su alcance. Resueltas las cuestiones anteriores, 5) razone si es posible en un supuesto como el planteado otorgar protección constitucional a través del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE).

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Después de conocer que el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 CEDH puede abrir una vía de protección constitucional en España frente a ruidos indeseados a través del derecho

fundamental reconocido en el artículo 18.1 CE y tras recibir asesoramiento jurídico, una madre de familia decide emprender un proceso judicial que llega hasta el Tribunal Constitucional.

B. Problemas constitucionales

En el supuesto de hecho formulado se ha planteado un problema de aparición de nuevos derechos o de nuevas vertientes de los derechos ya existentes en España. Más concretamente, se pretende analizar la posibilidad de ampliación de nuestro catálogo de derechos por la vía del artículo 10.2 CE, precepto que hace referencia a la especial función interpretativa que deben cumplir los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España. Ello se ha hecho a través de un caso en el que hay que abordar la relación entre el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH) –en su vertiente conocida como derecho al silencio– y el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE). Se trata, por tanto, de determinar si, a pesar de que el derecho a la vida privada y familiar no tiene reflejo exacto en nuestra Constitución, es posible realizar una equiparación entre ambos derechos que permita otorgar protección constitucional a los afectados. Esto requiere estudiar su contenido, su relación, así como el papel que desempeña la cláusula de apertura del artículo 10.2 CE en este proceso.

*Es importante precisar que lo que el supuesto plantea es si se puede proteger como derecho fundamental en España lo que se ha denominado “derecho al silencio”, así como que si la vía para ello es a través del derecho a la intimidad y sobre la base del artículo 10.2 CE. No se cuestiona, por tanto, ni la interpretación dada por el TEDH al artículo 8 CEDH ni que tal derecho sea invocable ante los tribunales ordinarios españoles en virtud del artículo 96.1 CE como derecho subjetivo, que no constitucional.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 10.2 y 18 de la Constitución española

Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Jurisprudencia

Sentencia 73/1982, de 2 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 231/1988, de 2 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 36/1991, de 14 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 201/1997, de 25 de noviembre, del Tribunal Constitucional
Sentencia 119/2001, de 24 de mayo, del Tribunal Constitucional
Sentencia 16/2004, de 23 de febrero, del Tribunal Constitucional
Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, del Tribunal Constitucional
Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre, del Tribunal Constitucional
Sentencia 51/2011, de 14 de abril, del Tribunal Constitucional
Sentencia 150/2011, de 29 de septiembre, del Tribunal Constitucional
Sentencia 11/2016, de 1 de febrero, del Tribunal Constitucional
Sentencia 66/2022, de 2 de junio, del Tribunal Constitucional
Auto 40/2017, de 28 de febrero, del Tribunal Constitucional
Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Powell y Rayner contra Reino Unido*, de 21 de febrero de 1990
Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *López Ostra contra España*, de 9 de diciembre de 1994
Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Hatton y otros contra Reino Unido*, de 2 de octubre de 2001
Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Christine Goodwin contra el Reino Unido*, de 11 de julio de 2002
Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Moreno Gómez contra España*, de 16 de noviembre de 2004
Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Cuenca Zarzoso contra España*, de 16 de enero de 2018.

D. Solución

Para abordar la resolución del supuesto planteado debemos comenzar por identificar los dos derechos implicados: el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE), de un lado, y, de otro, el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8.1 CEDH). Se trata, como vemos, de dos derechos diferentes, con distinto origen: interno e internacional, respectivamente. Sabemos, porque así nos lo indica el propio enunciado, que es el derecho al respeto de la vida privada y familiar el que nos puede proporcionar el cauce para proteger en España por la vía constitucional la situación controvertida (contaminación acústica por exceso de ruido), así como que la vía para ello podría estar en el artículo 10.2 CE.

Con estos mimbres argumentativos, y de cara a responder la primera de las cuestiones planteadas, habría que ver cuál es el contenido del derecho convencional (pregunta 1), para así poder determinar si una situación como la descrita tendría cabida en el ámbito de protección del mismo. Esta será la base para tratar de establecer la relación entre este derecho y el reconocido a nivel interno (pregunta 2).

Lo que el artículo 8.1 CEDH establece es el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Nosotros centraremos nuestra atención en el derecho al respeto de la vida privada y familiar. La lectura del precepto conduce fácilmente a establecer una similitud entre los derechos comprendidos en él y los contenidos en nuestro artículo 18 CE (especialmente con el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio). Lo cierto es que existe cierta correspondencia entre unos y otros. Sin embargo, la interpretación que se ha llevado a cabo de dichos derechos por sus respectivos intérpretes determina que haya una disparidad de contenidos, alejando la concepción convencional de la nacional.

Mientras que el TC maneja fundamentalmente una visión clásica de la intimidad, identificada con un ámbito reservado al individuo para sí y su familia de una publicidad no querida (STC 73/1982, FJ 5; o STC 231/1988, FJ 3), la vida privada carece de definición exhaustiva y no puede limitarse a un círculo íntimo, sino que engloba además el derecho al pleno “desarrollo personal”, a la “autonomía” o a la “autodeterminación” como tal (Asunto *Christine Goodwin contra el Reino Unido*). Pero más contraste aún existe en relación con la noción de vida familiar, que no puede ser identificada con la intimidad familiar del artículo 18.1 CE. La vida familiar en la jurisprudencia de Estrasburgo presenta un contenido notablemente ampliado y se caracteriza por su naturaleza casuística. En cambio, la intimidad familiar ha sido concebida en la jurisprudencia constitucional como una dimensión adicional de la intimidad personal, sin entidad propia y diferenciada (STC 236/2007, FJ 11).

Por cuestiones lógicas, no se trata ahora de realizar un análisis exhaustivo del contenido del artículo 8 CEDH. Lo que nos interesa destacar de cara a resolver el supuesto son dos cuestiones. La primera de ellas es que, independientemente de la similitud que presenta el derecho a la vida privada y familiar con los derechos del artículo 18 CE, su alcance es diferente, así como que ello se debe fundamentalmente a la interpretación tan amplia que ha realizado el TEDH de este derecho, lo que ha determinado que el TC haya afirmado expresamente que “el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8.1 CEDH y el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18.1 CE no son coextensos” (ATC del Pleno 40/2017, FJ 3). La

segunda es que uno de los contenidos controvertidos del artículo 8.1 CEDH, con difícil encaje en nuestro sistema constitucional, es el derecho al silencio o a la paz medioambiental. Desde el caso *López Ostra contra España*, el TEDH ha ido consolidando su doctrina sobre cómo la contaminación ambiental, y, en concreto, la contaminación acústica (asunto *Powell & Rayner contra Reino Unido* o *Hatton y otros contra Reino Unido*) puede afectar al correcto ejercicio del derecho a la vida privada y familiar e impedir el disfrute del domicilio. Esto ha abierto un polémico debate en España en relación con la posible existencia de un derecho fundamental al silencio, lo que constituye precisamente el objeto de estudio del presente supuesto.

En cualquier caso, antes de adentrarnos en el análisis del caso concreto, y teniendo en cuenta la disparidad de contenidos entre los derechos controvertidos, se hace necesario cuestionarnos cómo el TC ha ido construyendo mecanismos de diálogo con el TEDH y ha ido integrando en la doctrina constitucional su jurisprudencia en relación con el derecho a la vida privada y familiar (pregunta 3). En este sentido, ya se ha señalado que es el propio supuesto el que nos indica que la solución podría estar en el artículo 10.2 CE, de modo que las preguntas 3) y 4) serán respondidas conjuntamente.

En efecto, el diálogo entre el TC y el TEDH en relación con el derecho al respeto de la vida privada y familiar se ha ido desarrollando sobre la base de la cláusula de apertura del artículo 10.2 CE. En virtud de este precepto, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y cualesquiera normas relacionadas con ellos deberán ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales suscritos por España en materia de derechos humanos. Dentro de la categoría de tratados internacionales en materia de derechos humanos a que hace referencia el precepto, el CEDH, que es donde se reconoce el derecho a la vida privada y familiar, adquiere especial relevancia al representar el consenso generalizado sobre el alcance de los derechos humanos en el continente europeo, cuya asunción nos vincula a través del artículo 10.2 CE.

Ello cobra especial relevancia en la medida en que se ha defendido que la función que cumple el artículo 10.2 CE va incluso más allá de la interpretación o aclaración del enunciado normativo, extendiéndose a la concreción del contenido de la norma iusfundamental. El propio TC ha afirmado que este contenido se convierte en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución (STC 36/1991, FJ 5). En consecuencia, dichos tratados y la interpretación que de los mismos realicen los órganos encargados de su interpretación pasan a integrar el contenido de los derechos reconocidos en el ámbito interno, ampliando su alcance y reconociendo nuevas vertientes.

Ahora bien, es doctrina consolidada del TC que el artículo 10.2 CE no constituye una vía de creación de nuevos derechos fundamentales que no estén previamente recogidos en el texto constitucional (STC 36/1991, FJ 5). Como resultado, se viene considerando que no permite incorporar al contenido de un derecho fundamental otros que, reconocidos por el tratado internacional, no puedan conectarse con el enunciado constitucional que lo reconoce. Esta limitación, como puede imaginarse, plantea problemas específicos al considerar la relación que se establece entre los derechos reconocidos en el artículo 18.1 CE y 8.1 CEDH, en la medida en que ya se ha dicho que no se reconoce en España un derecho fundamental a la vida privada y familiar como tal.

Sin embargo, lo cierto es que pese a tener una aproximación restrictiva del alcance de la obligación constitucional de interpretación conforme del artículo 10.2 CE y a pesar de considerar que no existe en nuestro sistema un derecho fundamental a la vida privada y familiar, el TC ha incorporado a su propia doctrina razonamientos del TEDH yendo mucho más allá de lo que a través de su jurisprudencia tradicional sobre el derecho a la intimidad podría admitir (como ejemplos, SSTC 201/1997; 176/2008; 51/2011; 11/2016, o 66/2022).

Uno de esos ámbitos en los que es posible apreciar un acercamiento entre uno y otro derecho se da en relación con la doctrina sobre el derecho al silencio. Se trata de una doctrina controvertida que no ha estado exenta de críticas y objeciones, y que se recoge en las SSTC 119/2001, 16/2004 y 150/2011, cruciales para resolver el presente supuesto.

En ellas, el Tribunal Constitucional, al amparo del artículo 10.2 CE, integra en el contenido del derecho a la intimidad la doctrina del TEDH sobre el derecho al silencio, haciendo derivar del mismo obligaciones positivas –alterando su jurisprudencia tradicional– y concluyendo que la exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, siempre que puedan calificarse objetivamente como evitables e insoportables, “ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida” (STC 119/2001, FJ 6). Posteriormente, en la STC 16/2004 reproduce el FJ 6 de la STC 119/2001 para volver a considerar que una exposición prolongada a un determinado nivel de ruido puede incidir en la esfera del derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario (FFJJ 3 y 4). Y lo mismo en relación con la STC 150/2011, que viene motivada por unos hechos idénticos a los

de la STC 119/2001 y que, a su vez, son muy parecidos a los que se han planteado en el presente supuesto práctico (molestias derivadas del ruido generado por la multitud de establecimientos ubicados en la zona, con la particularidad de que en los casos analizados se trataba de zonas calificadas como “acústicamente saturadas”). Las críticas a esta doctrina se deben fundamentalmente a que alteran el tratamiento tradicional del derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional y a que derivan de “una interpretación insostenible...de la previsión contenida en el artículo 10.2 CE” (apartado 2 del Voto Particular del Magistrado Manuel Aragón Reyes a la STC 150/2011).

Lo curioso de estos casos es que, tanto en la STC 119/2001 como en la STC 150/2011, a pesar de que se asume la jurisprudencia del TEDH en la materia, no se estima el amparo. Sin perjuicio de las diferencias existentes entre uno y otro caso (que no son en exceso relevantes para el supuesto que estamos resolviendo), la denegación del amparo se debió esencialmente a la falta de prueba del nivel de ruido padecido en la vivienda. Como era de esperar, al haberse separado de sus postulados previamente asumidos, ello condujo a dos condenas del Estado español por parte del TEDH: asunto *Moreno Gómez contra España* y *Cuenca Zarzoso contra España*.

De los pronunciamientos del TEDH se extraen dos ideas esenciales: la innecesaridad de prueba sobre el nivel sonoro existente cuando concurren circunstancias como las de los supuestos analizados, que afectaban a zonas calificadas como acústicamente saturadas; así como la responsabilidad de la Administración cuando no adopta medidas para paliar los efectos derivados del ruido o las que adopta son insuficientes o ineficaces.

Consecuentemente, en un supuesto como el planteado, el TC podría optar por: 1) asumir los postulados del TEDH sobre la materia –como hizo en los casos estudiados– y conceder el amparo, siempre que se demuestre (o no sea necesario demostrar porque ya esté acreditado) que el nivel de ruido en la vivienda es elevado y que la Administración no haya tomado medidas o estas hayan resultado insuficientes; 2) denegar el amparo si no se cumplen estos requisitos; o 3) modificar su doctrina constitucional en la materia en defensa de una visión clásica de la intimidad, en virtud de la cual la exposición a ciertos niveles de ruido no supondría una intromisión en la intimidad, asumiendo el riesgo de una eventual condena al Estado español si el caso llegara al TEDH.

En suma, cabe indicar las siguientes respuestas:

- 1) El artículo 8.1 CEDH protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Se trata de un derecho que ha sido interpretado de forma muy amplia por el TEDH, lo que hace muy difícil delimitar su con-

tenido. Muestra de ello es el reconocimiento, dentro de su ámbito de protección, de un derecho al silencio o a la paz medioambiental.

- 2) Aunque existen similitudes entre los derechos del artículo 8.1 CEDH y los del artículo 18 CE, el alcance del primero es mucho mayor. El TC maneja fundamentalmente una visión clásica de la intimidad (ámbito reservado al individuo para sí y su familia de una publicidad no querida).
- 3) El diálogo TC-TEDH en relación con el derecho a la vida privada y familiar se ha ido desarrollando sobre la base de la cláusula de apertura del artículo 10.2 CE.
- 4) La interpretación dada al artículo 10.2 CE determina que pueda servir, no para crear nuevos derechos fundamentales, pero sí para actualizar el contenido de los ya existentes a partir del reconocimiento de nuevas vertientes que no estuvieran inicialmente incluidas, y siempre que exista conexión entre esta y el derecho constitucionalmente reconocido (aunque es una doctrina que ha recibido bastantes críticas).
- 5) Se podrá otorgar la protección dispensada por el derecho fundamental a la intimidad si el TC asume esta interpretación del artículo 10.2 CE y hace suyos los postulados del TEDH sobre la materia (y siempre que se cumplan los requisitos estudiados).

E. Bibliografía

- MATIA PORTILLA, Francisco Javier (2012): “¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del artículo 10.2 CE”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 94, pp. 355-377.
- OLIVA BOZA, Penélope (2024): “La relevancia iusfundamental del derecho a la vida privada y familiar en España”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 40, pp. 213-262.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro (1999): *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y REDONDO SACEDA, Lara (2023): “El Derecho al respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia (un contenido notablemente ampliado del Derecho a la intimidad)”, en GARCÍA ROCA, Javier, SANTOLAYA MACHETTI, Pablo y PÉREZ MONEO, Miguel (coords.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 593-693.

Inviolabilidad del domicilio

Yolanda López Nieto

Profesora Universitaria en Formación (FPU 22/02062)

de Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

El Sr. Martínez Gómez trabaja como director financiero en una importante empresa con sede en Madrid y Barcelona. Por ello, aunque su residencia habitual se encuentra en Madrid, con frecuencia se ve obligado a trasladarse también a Barcelona y, en ocasiones, a pasar allí algunas semanas. Por ello, el Sr. Martínez Gómez decidió alquilar una habitación en un piso compartido con dos personas más para poder alojarse allí y estar más cómodo, aunque hay largos periodos de tiempo en los que el Sr. Martínez Gómez no acude a su piso y otros en los que pasa allí dos días, una semana o un mes dependiendo del volumen de trabajo.

Recientemente, en la empresa donde trabaja se han advertido movimientos irregulares de dinero y se cree que algún trabajador ha utilizado su puesto de trabajo para pasar dinero de la cuenta propia de la empresa a su cuenta personal. La empresa inicia una investigación interna y el Sr. Martínez Gómez, debido al puesto que ocupa, resulta el principal sospechoso. Ante la difícil situación, se pone en conocimiento de la policía y el Inspector a cargo del caso ordena a dos agentes que registren el piso de Barcelona del Sr. Martínez Gómez en busca de algún documento que lo vincule con el delito.

Cuando los agentes acuden a la vivienda, el Sr. Martínez Gómez no se encuentra allí, pues hace semanas que no va, pero abre la puerta uno de sus compañeros, que les deja pasar. Estos registran el salón y, al no encontrar nada, deciden entrar en la habitación del Sr. Martínez Gómez ya que la puerta estaba entreabierta. En uno de los cajones, efectivamente, encuentran

documentos que demuestran que estaba falsificando las cuentas de la empresa. Esto provoca que los agentes inmediatamente se pongan en contacto con el Juez para que emita una resolución judicial que contenga la orden de registro de la vivienda.

E imaginemos que, en caso de que la resolución judicial sea válida, en el transcurso del registro de la vivienda se encuentra una pistola con la que se ha cometido otro delito diferente.

Ante esta situación, el Sr. Martínez Gómez se dirige a usted como abogado alegando que se ha vulnerado su derecho a la inviolabilidad del domicilio para que solucione jurídicamente todas estas cuestiones.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En este supuesto se nos plantea el caso en el que un piso compartido es objeto de registro policial ante la sospecha de que uno de sus habitantes ha cometido un delito. En el momento del registro el Sr. Martínez Gómez no se encontraba presente, pues este piso es su segunda residencia, ni existía autorización judicial previa, siendo su compañero de piso el que permite la entrada de los agentes de policía. Durante el registro, se encuentran los documentos que prueban la comisión del delito y los policías solicitan, en ese momento, la autorización del juez. Además, se plantea el supuesto de que, con una resolución judicial válida para la entrada al domicilio, se encuentra un arma que se ha utilizado para la comisión de otro delito.

B. Problemas constitucionales

Ante los hechos descritos anteriormente, nos encontramos que está en juego el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Partiendo de esta premisa, existen cuatro problemas que deben ser analizados para poder concluir o no la vulneración del derecho: en primer lugar, este piso no es la residencia habitual de la persona a la que va dirigida el registro. En segundo lugar, a la hora de realizarse el registro, quien presta el consentimiento es una persona diferente, aunque reside en la vivienda. Y, por último, los agentes de policía registran tanto las zonas comunes como la habitación del Sr. Martínez Gómez, en la que encuentran indicios de haber cometido un delito y es entonces cuando se pide la resolución judicial que contenga la orden de registro de la vivienda. Y, por último, qué sucede con el arma utilizada en

otro delito que se ha encontrado en el registro de la vivienda avalado por una resolución judicial destinada a la investigación de un delito distinto.

C. Fuentes

Normativa

Artículo 18.2 de la Constitución española

Artículos 545 a 572 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Sentencia 22/1984, de 17 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 160/1991, de 18 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 69/1999, de 26 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 3964/1979, de 18 de mayo, del Tribunal Supremo

Sentencia 1803/2002, de 4 de noviembre, del Tribunal Supremo

Sentencia 768/2007, de 1 de octubre, del Tribunal Supremo

Sentencia 103/2015, de 24 de febrero, del Tribunal Supremo

Sentencia 587/2020, de 6 de noviembre de 2020, del Tribunal Supremo

D. Solución

Comenzando por la primera de las cuestiones planteadas, debemos preguntarnos qué es un domicilio constitucional para determinar si la vivienda que ha sido objeto del registro puede enmarcarse en la protección del artículo 18.2 de la Constitución (en adelante, CE). Para ello el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado una amplia y detallada doctrina en este ámbito, teniendo como base dos conceptos principales: el espacio físico y el uso que se le da al mismo. Así, el Tribunal Supremo (TS), en la STS 3964/1979, de 18 de mayo, explica que el domicilio “es el hogar destinado a la habitación de una persona, lugar, cerrado donde se reside y satisfacen las condiciones de la vida doméstica, protegida porque es el recinto de la vida íntima del hogar familiar” (FJ 3) y, en la misma línea, señala que es el “espacio inviolable en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima” (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5) y que “lo que se protege no es solo un espacio físico sino también lo que en él hay de emanación de una persona física y de su esfera privada” (STC 69/1999, de 26 de abril, FJ 2). Por tanto, se puede observar la estrecha conexión del derecho

a la inviolabilidad del domicilio con la protección de la intimidad, como señala la ya mencionada STC 22/1984, de ahí que sea esencial el uso que se le dé al espacio físico para poder considerarlo como domicilio constitucional. Y ese uso es, precisamente, el desarrollo de la libertad más íntima y de los actos privados (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5). En este sentido, el propio TC ha establecido lugares concretos que considera domicilio constitucional tales como la habitación de un hotel, un camarote de barco y, en lo aquí nos interesa, una segunda vivienda, todo ello bajo el argumento del uso al que se destinan estos espacios, como se acaba de explicar. A estos efectos, en la STC 94/1999, de 31 de mayo, el Alto Tribunal destaca “la irrelevancia a efectos constitucionales de la intensidad, periodicidad o habitualidad del uso privado del espacio, si, a partir de otros datos (...) puede inferirse el efectivo desarrollo de la vida privada en el mismo” (FJ 5). Cabe añadir que recientemente el Tribunal Supremo ha reconocido las segundas viviendas dentro del concepto de morada (STS 587/2020, de 6 de noviembre de 2020, FJ 2).

Por tanto, de todo ello se desprende que resulta irrelevante que el Sr. Martínez Gómez no pasara en el piso largas temporadas o con una periodicidad determinada, ya que el destino del espacio era de segunda vivienda, donde desarrollaba su vida íntima cuando allí se encontraba. Consecuentemente, nos encontramos ante un domicilio amparado en el artículo 18.2 CE.

Entrando en la segunda de las cuestiones planteadas, resulta obvio y así se desprende del propio precepto constitucional mencionado que la inviolabilidad del domicilio no constituye un derecho absoluto, sino que tiene tres límites: el consentimiento, la resolución judicial y el flagrante delito. Hemos visto en este caso que los agentes entran en el domicilio porque una de las personas que allí residen, un compañero de piso del Sr. Martínez Gómez, les permite la entrada. Es la jurisprudencia, de nuevo, la que detalla los aspectos del consentimiento, en concreto, la STS 1803/2002, de 4 de noviembre, FJ 2, expone, entre otros: que sea otorgado por persona capaz de forma consciente y libre, oral o por escrito, expresa o tácita (si, a través de sus actos, consta de modo inequívoco) u otorgado por el titular legítimo del domicilio. Es en este último donde debemos detenernos puesto que el título es indiferente, pero debe ser legítimo: esto es, puede ser el propietario o el arrendatario, usufructuario, etc. Además, de acuerdo con la citada Sentencia, quien debe prestar el consentimiento, como ocurre en el caso que nos ocupa, es el morador. En el caso de una vivienda compartida, esto es, con varios moradores, para la entrada en las zonas comunes, como el salón, valdrá con el consentimiento de alguno de los titulares de la vivienda. Consecuentemente, el registro que se hace del salón resulta válido. Ahora bien, para las habitaciones privadas

de los pisos compartidos es necesario el consentimiento de quien las ocupe, puesto que de acuerdo con la doctrina del TC antes expuesta, es ahí donde se realizan los actos concernientes a la libertad más íntima. Por tanto, el registro efectuado en la habitación del Sr. Martínez Gómez sin su consentimiento no resulta válido.

Y, en lo que se refiere a la tercera cuestión, cuando existe una resolución judicial que permite la entrada en el domicilio resulta indiferente si el titular de la vivienda otorga su consentimiento o no. En este caso, el Juez que otorga la resolución ponderará la inviolabilidad del domicilio con cualesquiera otras circunstancias o intereses que se den en el caso. Resulta imprescindible poner de relieve que la resolución judicial debe ser previa a la entrada. Así lo ha declarado el TC en múltiples ocasiones, debido a que la resolución es un mecanismo preventivo cuya función es la protección del derecho, no reparar la violación una vez que se haya producido. De ahí que la ponderación que realiza el Juez a la hora de emitir la resolución sea de forma previa (STC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8). En consecuencia, no podemos considerar válida la resolución judicial emitida una vez que los agentes ya han entrado en el domicilio del Sr. Martínez Gómez y han finalizado el registro. Así, las pruebas obtenidas en el registro, siguiendo el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial son inválidas: “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, que deriva de la “doctrina del fruto del árbol envenenado”, introducida por la STC 114/1984, de 29 de noviembre. Los documentos (fruto) no surten efecto porque el registro no es válido (árbol envenenado).

Cuestión distinta es la que se nos sugiere en la cuarta y última pregunta. Partimos de la premisa de que la resolución judicial es válida y previa a la entrada, destinada a investigar el delito económico, y que durante el registro se halla una pistola con la que se ha cometido otro delito. Esto es lo que se denomina hallazgo casual y, de nuevo, ha sido desarrollado tanto por la doctrina del TC como la del TS. Así, por ejemplo, la STS 768/2007, de 1 de octubre, FJ 1, sostiene que hallar elementos probatorios de un delito durante la investigación de otro distinto no supone la nulidad de ese hallazgo como prueba de cargo. En el mismo sentido, la investigación de unos hechos “no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllos, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los arts. 259 y 284 LECrim” (STS 103/2015, de 24 de febrero, FJ 5). Precisamente,

la STS 582/2014, de 8 de julio, trata precisamente el hallazgo casual de una pistola en el curso de un registro a una vivienda con otro motivo. Expone el Tribunal que, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, el descubrimiento “se instala en la nota de flagrancia” y, por tanto, de acuerdo con el artículo 286 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se puede recoger como prueba.

Consecuentemente, y en virtud de todo lo anteriormente expuesto, con una resolución judicial válida para realizar el registro de la habitación del Sr. Martínez Gómez, la pistola encontrada –hallazgo casual– resulta una prueba válida.

Inviolabilidad del domicilio y libertad personal

María Luz Martínez Alarcón
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

Dos ciudadanos (A y B) están siendo investigados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado por su implicación en un delito de tráfico de drogas. La policía conoce que se encuentran desde hace un mes viviendo en una finca como arrendatarios y durante todo ese tiempo ha realizado una vigilancia de lo sucedido en el interior de dicha vivienda utilizando prismáticos y sin autorización judicial.

Después del mes de vigilancia, deciden poner en marcha un operativo para registrar la finca en el momento que les parece más propicio para detener a ambos ciudadanos, presuntamente responsables de un delito contra la salud pública, así como para aprehender los efectos o instrumentos del delito. Antes de ello, recaban del juez competente la correspondiente autorización judicial. Con dicha autorización, se personan en la finca y, tras vencer la resistencia opuesta, realizan el registro de conformidad con lo dispuesto en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una vez dentro de la finca, constatan que, en efecto, se está produciendo un delito de tráfico de drogas en su interior. Detienen a los dos ciudadanos (pues los dos se encontraban en la finca) y aprehenden las pruebas del delito.

La detención se produce siguiendo lo dispuesto en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ambos ciudadanos son trasladados a la dependencia policial e informados de su derecho a la asistencia letrada durante la detención preventiva.

El ciudadano A solicita la designación de un abogado de oficio y se telefona inmediatamente al Colegio de Abogados para que proceda a dicha

designación. El abogado del turno de oficio designado se persona en las dependencias policiales para asistir al ciudadano A dentro del plazo legal de personación previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde que recibe el encargo. Después de entrevistarse personalmente con el detenido comunica que este no declarará ante la policía, sino que lo hará ante el juez. Además, interpone un *Habeas Corpus* por considerar que el ciudadano A se encuentra en una situación de detención ilegal.

El ciudadano B renuncia a la asistencia letrada durante la detención preventiva. La policía no le toma declaración a la espera de que pueda declarar ante el juez.

Cuestiones:

1. ¿Soy titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando alquilo una vivienda? Justifique su respuesta.
2. Imagine que es usted el abogado de oficio que ha sido designado para asistir al ciudadano. ¿Cómo valoraría, desde un punto de vista constitucional, la vigilancia policial del domicilio con prismáticos y sin autorización judicial?
3. Si ha contestado la anterior pregunta en el sentido de que ha habido una violación del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio. ¿Podría entenderse que la intervención posterior del juez, autorizando la entrada y registro del domicilio, así como la práctica de dicho registro de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permiten salvar la constitucionalidad de la previa vigilancia con prismáticos y sin autorización judicial?
4. Atendiendo a la respuesta que ha dado a las dos anteriores preguntas, ¿cabe, en efecto, la interposición del *Habeas Corpus* en ese supuesto? Justifique su respuesta.
5. ¿Cómo valoraría la decisión de renuncia a la asistencia letrada en el caso del ciudadano B?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Los ciudadanos A y B, coarrendatarios de una finca, están siendo investigados por su implicación en un delito de tráfico de drogas. El operativo policial comienza, en primera instancia, con un seguimiento con prismáticos de

la finca para el que no se requirió autorización judicial. Estimados los indicios del delito a partir de estas pesquisas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad solicitan autorización judicial para proceder al registro de la finca, donde constatan los hechos por los que se les investigaba. Una vez en detención preventiva, el ciudadano A solicita un abogado de oficio que insta el procedimiento de *Habeas Corpus*, mientras que el ciudadano B renuncia a la asistencia letrada.

B. Problemas constitucionales

En el marco de una investigación a dos sujetos por su implicación en un delito de tráfico de drogas nos encontramos ante un supuesto en el que están en juego dos derechos fundamentales: el derecho a la inviolabilidad de domicilio y el derecho a la libertad y a la seguridad personal.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 17 y 18 de la Constitución española

Artículo 1 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *Habeas Corpus*

Artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

Artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Sentencia 10/2002, de 17 de enero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 189/2004, de 2 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 329/2016, de 20 de abril, del Tribunal Supremo

D. Solución

El derecho a la inviolabilidad de domicilio se regula en el artículo 18, apartado 2, de la Constitución española. Este precepto establece que “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”. Según dicho precepto, la entrada en un domicilio solo será constitucionalmente lícita si media consentimiento del titular del derecho o flagrante delito. En el caso de que no concurra ninguno de dichos supuestos, será precisa la autorización judicial.

El artículo 17 de la Constitución española regula el derecho a la libertad y a la seguridad. Su apartado segundo se refiere a la detención preventiva en los siguientes términos: “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”.

Pregunta 1: Sí lo soy. Los elementos determinantes para considerar que nos encontramos ante un domicilio constitucionalmente protegido son el USO y la APTITUD.

El Tribunal Constitucional, ante la ausencia de definición expresa del concepto de domicilio por parte del constituyente, ha ido perfilando la noción de domicilio constitucional de la persona física señalando que “el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el art. 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo, aunque sea eventual. Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye un elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, la intensidad o periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo”.

En este caso, los ciudadanos, además de cometer un delito en su interior, desarrollan vida privada en el sentido de íntima en la finca en cuestión. Es decir, la utilizan como domicilio. Además, la finca es un lugar apto para el desarrollo de la vida privada en el sentido de íntima. El título jurídico que los habilita para utilizar dicha finca como domicilio es irrelevante. Se trata de un domicilio constitucionalmente protegido, aunque esté ocupado a título de arrendatario. Como señala el Tribunal Constitucional, el tipo de título jurídico que habilite su uso es irrelevante a efectos de su consideración como domicilio constitucionalmente protegido.

Pregunta 2: Como una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio. El Tribunal Supremo considera que la vigilancia policial con prismáticos y sin autorización judicial vulnera el derecho a la inviolabilidad de domicilio.

Este tipo de vigilancia supone una intromisión en el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio.

La afectación del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio solo resulta lícita, desde el punto de vista constitucional, si se realiza en los

supuestos tasados por el artículo 18.2 de la Constitución, esto es, si media consentimiento del titular del domicilio o, a falta de dicho consentimiento, concurre flagrante delito o se dispone de autorización judicial. Además, se ha reconocido la constitucionalidad de la entrada en domicilio en casos de estado de necesidad.

En este supuesto no se da ninguna de las causas que pueden justificar dicha intromisión. Luego, se produce una violación del derecho fundamental concernido.

Pregunta 3: No puede entenderse que la intervención posterior del juez, autorizando la entrada y registro del domicilio, así como la práctica de dicho registro de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permitan salvar la constitucionalidad de la previa vigilancia con prismáticos y sin autorización judicial. Es más, la primera prueba obtenida con violación del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio (vigilancia con prismáticos y sin autorización judicial) “contamina” el registro y la detención efectuados con posterioridad, que también incurren así en inconstitucionalidad. Es lo que se conoce como la “doctrina de los frutos del árbol envenenado”. Además, hay que tener en cuenta que el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial establece que “(...) No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Pregunta 4: Sí cabe interponer *Habeas Corpus* puesto que nos encontramos ante un supuesto de detención ilegal en virtud de lo dispuesto en el artículo primero de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *Habeas Corpus*. Su letra d) indica que nos encontramos ante un caso de detención ilegal cuando se trata de personas privadas “de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida”.

Pregunta 5: El artículo 17.3 de la Constitución dispone que todo detenido tiene derecho a la asistencia de un abogado en las diligencias policiales y judiciales, en los términos establecidos por la ley, que no es otra que la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En principio, se trata de un derecho fundamental irrenunciable (no es posible renunciar a la asistencia letrada en un supuesto de detención preventiva).

El artículo 520.8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal solo contempla un supuesto de renuncia admisible: si la detención “lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico, siempre que se le haya facilitado información clara y suficiente en

un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dichos derechos y las consecuencias de la renuncia. El detenido podrá revocar su renuncia en cualquier momento”.

Como en ese caso no estamos ante este tipo de delitos, la renuncia de asistencia letrada durante esta detención preventiva es inconstitucional. La policía debería haberlo comunicado así al detenido informándole de que, en el caso de no designar abogado, se pondría en conocimiento del Colegio de Abogados para que procediera al nombramiento de un abogado del turno de oficio.

Derecho al secreto de las comunicaciones

Supuesto de diligencia de interceptación de las telecomunicaciones mediante SITEL

María Ruiz Dorado

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

El señor X presentó una denuncia ante el Grupo número 5 del Cuerpo de Policía Nacional de Ourense por un robo con violencia, cometido el pasado 14 de febrero de 2021, durante el cual resultó herido leve y le sustrajeron la cartera y el teléfono móvil en el cajero de la entidad bancaria BBVA.

El 16 de febrero de 2021, el Grupo número 5 del Cuerpo de Policía Nacional de Ourense presentó un oficio ante el Juez instructor solicitando que se ordenase a diversos proveedores de servicios de comunicaciones la transmisión, al centro de recepción de SITEL, de los números de teléfono activados, del 14 de febrero hasta la actualidad, con el código IMEI del móvil sustraído, los datos personales o de filiación de los titulares o usuarios de los números correspondientes a las tarjetas SIM activadas con dicho código y su geolocalización; así como la interceptación de las comunicaciones de las líneas telefónicas con la que se esté usando dicho móvil. Además, la Policía Judicial alegó que tenían sospechas de que se pudiese tratar de una organización criminal dedicada al robo y venta de terminales móviles.

Mediante auto de 18 de febrero de 2021, el Juez Instructor autorizó la diligencia solicitada. Y, en concreto, la interceptación de las comunicaciones por un periodo de 1 mes (debiéndose informar de los resultados semanalmente), la transmisión al centro de recepción de SITEL de los números de teléfono activados con el código IMEI del móvil sustraído, los datos per-

sonales o de filiación de los titulares o usuarios de los números correspondientes a las tarjetas SIM activadas con dicho código, y su geolocalización; alegando únicamente que, aunque no se tenían certezas de que este robo se hubiese llevado a cabo por una organización criminal, la medida, a su juicio, era proporcional para el fin público perseguido (averiguación de los delitos de: pertenencia a una organización criminal previsto en el artículo 570 bis del Código Penal –en adelante, CP– y de robo con violencia recogido en el artículo 242 CP).

Como consecuencia de la diligencia de interceptación de las telecomunicaciones mediante SITEL, se localizó al señor B (ahora ACUSADO) en posesión del terminal y algunas conversaciones acerca del robo cometido; no quedando acreditado su pertenencia a una organización criminal (artículo 570 bis CP). Por tanto, sólo se le acusa de un delito de robo con violencia (artículo 242 CP).

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El objeto del presente caso práctico es dar respuesta a la consulta formulada por la defensa (abogado del acusado), sobre algunas cuestiones jurídicas entorno a la licitud y constitucionalidad, de la medida de interceptación de las telecomunicaciones mediante SITEL (que afectan principalmente al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones consagrado en el artículo 18.3 CE), a la que ha sido sometido su cliente (acusado).

B. Problemas constitucionales

De acuerdo con la situación de hecho expuesta, y teniendo en cuenta la afectación al derecho al secreto de las comunicaciones que supone la diligencia de investigación tecnológica practicada, se suscitan las siguientes cuestiones jurídicas:

Primera: Si la resolución judicial por la que se autoriza la interceptación legal de las telecomunicaciones mediante SITEL cumple con las exigencias establecidas para su validez y, por ende, constitucionalidad.

Segunda: Si, en este caso, la diligencia de interceptación de las telecomunicaciones mediante SITEL sería constitucional, desde el punto de vista material.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 18, 24 y 104 de la Constitución española

Artículos 579; 588 bis. b.2; 588 ter. a.; 588 ter. d. 1; y 588 ter. d. 2. Del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Artículos 242 y 570 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Jurisprudencia

Sentencia de 2 de octubre de 2018 (Asunto C-207/16), del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia 33/1982, de 8 de junio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 59/1985, de 6 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 320/1994, de 28 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 325/1994, de 12 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 55/1996, de 28 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 37/1998, de 17 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 136/1999, de 20 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 186/2000, de 10 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 235/2001, de 13 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 123/2002, de 20 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 167/2002, de 18 de septiembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 56/2003, de 24 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 24/2004, de 24 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 259/2005, de 24 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 136/2006, de 8 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 173/2011, de 7 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 86/2014, de 29 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 97/2015 de 24 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 249/2088, de 20 de mayo, del Tribunal Supremo

Sentencia 776/2008 de 18 de noviembre, del Tribunal Supremo

Sentencia 668/2009, de 18 de julio, del Tribunal Supremo

Sentencia 6864/2009, de 5 de noviembre, del Tribunal Supremo

Sentencia 8244/2013, de 16 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Informe de la Agencia Española de Protección de Datos 213/2004

Informe de la Agencia Española de Protección de Datos 133/2008

D. Solución

Primera: Centrándonos en la resolución judicial por la que se autoriza la interceptación de las comunicaciones mediante SITEL, hemos de advertir que no es suficiente sin más una simple resolución judicial. La misma ha de cumplir una serie de requisitos o exigencias so pena de conculcar básicamente el derecho al secreto de las comunicaciones; pero también otros derechos que pueden verse afectados por la diligencia en cuestión (los derechos reconocidos en los artículos 18.4 y 24 CE).

Partiendo desde el inicio, en la petición del Ministerio Fiscal o de la policía judicial de autorización de la medida tecnológica a la autoridad judicial competente deberá de contener: la descripción del hecho objeto de investigación y la identidad del investigado o de cualquier otro afectado por la medida, siempre que tales datos resulten conocidos; la exposición detallada de las razones que justifiquen la necesidad de la medida de acuerdo a los principios rectores establecidos en el artículo 588 bis. a. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), así como los indicios de criminalidad que se hayan puesto de manifiesto durante la investigación previa a la solicitud de autorización del acto de injerencia; los datos de identificación del investigado o encausado y, en su caso, de los medios de comunicación empleados que permitan la ejecución de la medida; la extensión de la medida con especificación de su contenido; la unidad investigadora de la Policía Judicial que se hará cargo de la intervención; la forma de ejecución de la medida; la duración de la medida que se solicita; y el sujeto obligado que llevará a cabo la medida, en caso de conocerse (artículo 588 bis. b.2. LECrim).

Y, en nuestro caso en concreto, no se ha determinado la identificación del número de abonado, del terminal o de la etiqueta técnica; la identificación de la conexión objeto de la intervención; o los datos necesarios para identificar el medio de telecomunicación de que se trate (artículo 588 ter. d. 1 LECrim).

Además, para determinar la extensión de la medida la petición podrá tener como objeto: el registro y la grabación del contenido de la comunicación, con

indicación de la forma o tipo de comunicaciones a las que afecta; el conocimiento de su origen o destino, en el momento en el que la comunicación se realiza; la localización geográfica del origen o destino de la comunicación; el conocimiento de otros datos de tráfico asociados o no asociados, pero de valor añadido a la comunicación (artículo 588 ter. d. 2 LECrim).

Una vez expuesto lo anterior, los requisitos o exigencias que ha de cumplir la resolución judicial por la que se autoriza la interceptación legal de las telecomunicaciones mediante SITEL son:

- Justificación de la existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención, es decir, los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados (STS 6864/2009, de 5 de noviembre [FJ 2, párrafo segundo]).
- Que quede debidamente acreditado que la obtención de los datos resulta necesaria para la represión de infracciones penales y que, tratándose de datos especialmente protegidos, sean absolutamente necesarios para los fines de una investigación concreta (Informes de la Agencia Española de Protección de Datos 213/2004 y 133/2008).
- Que se trate de una petición concreta y específica, al no ser compatible con lo señalado anteriormente el ejercicio de solicitudes masivas de datos (Informes de la Agencia Española de Protección de Datos 213/2004 y 133/2008).
- Determinación del número o números de teléfono que deben ser intervenidos; el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo; los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución (STS 6864/2009, de 5 de noviembre [FJ 2, párrafo quinto]).

A estos requisitos han de añadirse los mencionados para la petición de autorización judicial de la medida, pues nuestra jurisprudencia constitucional ha admitido la motivación por remisión; motivación por remisión que conlleva que la resolución judicial por la que se autoriza la interceptación de las telecomunicaciones se considera suficientemente motivada si la solicitud policial (a la que puede remitirse) contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (SSTC 167/2002, de 18 de septiembre (FJ 2); 259/2005, de 24 de octubre (FJ 2); 136/2006, de 8 de mayo de 2006 (FJ 4); entre otras).

Aplicado a nuestro caso y dando respuesta a la primera cuestión jurídica planteada, debemos advertir los siguientes aspectos:

- No se ha cumplido el requisito de existencia de los presupuestos materiales habilitantes de la intervención, es decir, los datos objetivos que puedan considerarse indicios de la posible comisión de un hecho delictivo grave y de la conexión de las personas afectadas por la intervención con los hechos investigados; pues como ya ha quedado puesto de manifiesto no existían indicios razonados sino meras sospechas o rumores.
- No queda acreditado que los datos obtenidos sean necesarios para los fines de una investigación concreta; pues pese a que resultan de utilidad, se podían haber obtenido por medios menos gravosos de derechos fundamentales.
- No se cumple el requisito de ser una petición concreta y específica, ya que estamos ante una solicitud masiva de datos de la que no se podían prever resultados concretos; puesto que se trata de un muestreo, con el fin de encontrar un infractor, pero afecta a muchas personas que no tienen por qué estar relacionadas con el delito.
- No se cumple el requisito de determinación del número o números de teléfono que deben ser intervenidos; dado que solo se hace alusión a los teléfonos que hayan sido activados con el código IMEI del teléfono sustraído, sin determinar cuáles en concreto.
- Sí se cumple el requisito de determinación del tiempo de duración de la intervención. En auto de 18 de febrero de 2021, el juez instructor autorizó la medida durante 1 mes.
- Sí se cumple el requisito de quién ha de llevar a cabo la medida, pues se autoriza expresamente al Grupo núm. 5 del Cuerpo de Policía Nacional de Ourense.
- Sí se cumple el requisito de determinar los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución. En el auto de 18 de febrero de 2021, el juez instructor estableció una periodicidad semanal de traslado de los resultados obtenidos.

Por consiguiente, entendemos que, al no cumplirse los requisitos establecidos por la normativa y jurisprudencia en materia, estamos ante unas pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales; pruebas que deben ser excluidas del proceso por ser ilícitas o prohibidas.

Segunda: Para realizar un estudio de la constitucionalidad de la diligencia de interceptación de las telecomunicaciones mediante SITEL debemos determinar y analizar los derechos fundamentales que pueden verse lesionados y los bienes o valores constitucionales, para proceder a su ponderación. En este sentido, puede verse lesionado principalmente el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE); pero también como se realiza un tratamiento y cesión de datos personales y todo ello tiene lugar en el seno de un procedimiento judicial pueden verse vulnerados el derecho a la protección de datos de carácter personal (artículo 18.4 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y el derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE)¹.

El derecho al secreto de las comunicaciones, cuyo antecedente lo encontramos en la inviolabilidad de la libertad y el secreto de la correspondencia conformado en la Revolución francesa (Asamblea Nacional de 1790: *Le secret des lettres est inviolable*), constituye una garantía de la vida privada, puesto que permite a su titular preservar un ámbito de actuación libre de la intromisión de terceros y, especialmente, de los poderes público.

En cuanto a la regulación del derecho en cuestión, como ya ha quedado puesto de manifiesto en el apartado de “normativa” aparece reconocido en numerosos cuerpos legales tanto a nivel internacional como nacional.

Este derecho se engloba dentro de los derechos consagrados en el artículo 18 CE, cuyo denominador común es la protección de la intimidad personal y/o familiar. A priori, podría entenderse que todos los derechos reconocidos en el mencionado artículo del Texto Fundamental, son diferentes manifestaciones de la protección de la intimidad; en cambio, la protección del derecho al secreto de las comunicaciones tiene entidad propia, configurándose como un derecho autónomo, pues las comunicaciones deberán resultar protegidas con independencia de su contenido (SSTC 123/2002, de 20 de mayo; 56/2003, de 24 de marzo; 173/2011, de 7 de noviembre; 97/2015 de 24 de febrero; entre otras). Por todo ello, el valor o bien jurídico protegido por dicho derecho y garantizado por nuestra Norma Fundamental es la libertad de las comunicaciones, no la intimidad.

La idea de libertad de las comunicaciones, a la que hacíamos referencia, presenta una estructura particularmente compleja; estructura que, según Díez-Picazo, merece ser analizada:

1 Por motivos de limitación al objeto de este capítulo (derecho al secreto de las comunicaciones), los derechos fundamentales contenidos en los artículos 18.4 y 24 CE no serán objeto de estudio.

En primer lugar, sólo la comunicación indirecta que ha de valerse de algún medio técnico (postal, telegráfico, telefónico, correo electrónico, etc.) está cubierta por el artículo 18.3 CE. Fuera de dicha protección quedaría la comunicación directa (verbal o no verbal), ya que aquí depende esencialmente de los propios comunicantes evitar la interferencia de terceros; con independencia de la posible aplicabilidad del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 CE.

En segundo lugar, protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones no están sólo el “soporte” y el “mensaje”, sino también las circunstancias de la comunicación.

En tercer lugar, el derecho al secreto de las comunicaciones no rige entre los propios comunicantes. La persona que da a un tercero acceso a una comunicación de la que es parte, o le informa sobre el contenido de la misma, no vulnera el derecho consagrado en el artículo 18.3 CE; dependiendo del contenido divulgado podrá lesionar el derecho a la intimidad.

En último lugar, en lo que respecta al contenido de la comunicación, el secreto admite grados dependiendo de las características técnicas y, por tanto, también de las expectativas de reserva, del medio empleado para la comunicación.

Por otro lado, los bienes o valores constitucionales que se intentan proteger con dicha diligencia son: el orden público y la seguridad ciudadana.

En lo que se refiere al orden público, la principal problemática que plantea este término es justamente su contenido, habida cuenta que estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado. En este sentido, debemos tener en cuenta que el orden público es un término preconstitucional, que a lo largo de su evolución constitucional ha servido y sirve para la limitación, a veces injustificada o excesiva, de derechos fundamentales y libertades públicas; es decir, para justificar, en algunas ocasiones, la injerencia de los poderes públicos en el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas.

La jurisprudencia ha hecho un esfuerzo por concretar el concepto de orden público. En este sentido la STSJ de Madrid de 8244/2013, 16 de julio (FJ 2), muy acertadamente, puso de manifiesto que: “Por orden público ha de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico [...]”.

Por orden público ha de entenderse el conjunto de principios, pautas, normas y parámetros no formalizados que rigen un Estado, en un momento

histórico determinado y de conformidad con el ordenamiento jurídico existente, en aras a preservar el pacífico y correcto funcionamiento de la sociedad.

En lo que a la seguridad ciudadana se refiere, no podemos pasar por alto que también estamos ante un concepto jurídico indeterminado; puesto que se hace alusión expresa a dicha seguridad en diversas normas del ordenamiento jurídico español (*vgr.* artículo 104 CE, entre otros), pero no existe ninguna norma que defina su contenido de manera concreta y específica.

Por otro lado, es frecuente en la doctrina y la jurisprudencia, el uso de los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública como sinónimos sin especificar el contenido y los límites de estos conceptos; y esta carencia de precisión se debe, probablemente, a la indeterminación de que adolecen.

Atendiendo al tratamiento jurisprudencial de los conceptos en cuestión, podemos observar cómo, inicialmente, el Tribunal Constitucional define la seguridad pública como “la actividad, dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas” (STC 33/1982, de 8 de junio [FJ 3]); de lo que se desprende que el Alto tribunal entendía que el concepto de seguridad pública abarcaría tanto el concepto de seguridad ciudadana como el concepto de orden público.

Posteriormente, la STC 59/1985, de 6 de mayo (FJ 2) aclara que la seguridad pública es un concepto más estricto en el que hay que situar “de modo predominante las organizaciones y los medios instrumentales, en especial los cuerpos de seguridad a que se refiere el artículo 104 de la Constitución”.

Sin embargo, en la STC 325/1994, de 12 de diciembre, a nuestro juicio, parece apreciarse un cambio de criterio del Alto Tribunal, tendente a considerar la seguridad pública, la seguridad ciudadana y el orden público como sinónimos que se van empleando, dependiendo del contexto.

En definitiva, de conformidad con el Tribunal Constitucional, creemos que la seguridad ciudadana es la forma “moderna” de hacer alusión al orden público. De ahí que podemos encontrar múltiples sentencias en las que aparece la expresión de orden público y seguridad ciudadana utilizados de forma indistinta (SSTC 235/2001, de 13 de diciembre; 24/2004, de 24 de febrero; 86/2014, de 29 de mayo; entre otras).

Por último, vamos a proceder a su ponderación, con el fin de determinar si tal diligencia resultaría constitucional, desde el punto de vista material.

En materia de conflictos entre derechos fundamentales y bienes o valores constitucionales, el presupuesto del que hay que partir es que tales antino-

mias han de resolverse como conflictos de principios y no de normas. En este sentido, el Tribunal Constitucional afirmó que “no se trata de establecer jerarquía de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando cada uno de ellos en su eficacia recíproca, para terminar, diciendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la CE señala” (STC 320/1994, de 28 de noviembre).

Además, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, matizó que: “[...] a los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)” [SSTC de 55/1996 de 28 de marzo (FFJJ 6, 7, 8 y 9); 37/1998, de 17 de febrero (FJ 8); 136/1999 de 20 de julio; 186/2000, de 10 de julio (FJ 6)].

Pues bien, en este supuesto, a nuestro juicio, debemos partir de la premisa de que el SITEL en sí, como aparato, no puede ser constitucional ni inconstitucional, sino que tenemos que atender al uso que de él se haga. A este respecto, poniendo en un lado de la balanza los derechos que pueden verse lesionados (el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la protección de datos de carácter personal, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías) y en el otro lado los bienes o valores constitucionales que protege (orden público y seguridad ciudadana), se puede afirmar que la intervención de las telecomunicaciones mediante SITEL sería constitucional siempre y cuando se cumplan los requisitos procesales ya mencionados en el fundamento jurídico primero, y se lleve a cabo dicha diligencia, de conformidad con los principios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad.

En atención a ello y de conformidad con los principios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad (y de los requisitos procesales anteriormente mencionados), consideramos que para que la intervención de las telecomunicaciones mediante SITEL sea constitucional, sólo tendría que ser predicable respecto de delitos dolosos graves cuya pena sea superior a cinco años, delitos de terrorismo o criminalidad organizada y delitos cometidos utilizando nue-

vas tecnologías (como pone de manifiesto el artículo 588 ter. a. LECrim, en relación con el artículo 579.1 del citado cuerpo legal²); pues el SITEL es un sistema muy invasivo de derechos fundamentales, y dado que la averiguación de los precitados delitos resulta muy compleja por las grandes infraestructuras, medios y recursos de los que disponen los sujetos infractores, esta medida sería proporcionada, necesaria para la averiguación de los mencionados delitos e idónea (no hay otra medida menos gravosa de derechos fundamentales por la que se obtenga dicha información).

Y, por ende, en delitos de menor importancia, a nuestro juicio, sería una medida desproporcionada e innecesaria para conseguir el fin público perseguido (averiguación de la verdad en la comisión de un delito tipificado en el Código Penal); así como porque los perjuicios que conllevaría (estamos ante una lesión de los derechos fundamentales mencionados) serían inferiores a los beneficios que reportarían (obtención de una información que se podría haber obtenidos con otros medios menos gravosos de derechos fundamentales).

En respuesta de la cuestión jurídica segunda planteada, debemos afirmar que en el presente caso, los derechos que pueden verse vulnerados son: el derecho al secreto de las comunicaciones (por la intervención de las comunicaciones y de identificación del titular de la línea); el derecho a la protección de datos de carácter personal (por la geolocalización del terminal y el código IMEI); el derecho a la tutela judicial efectiva (porque la resolución judicial por la que se autoriza la diligencia no resulta suficientemente motivada y se ha causado indefensión) y el derecho a un proceso con todas las garantías (se ha podido vulnerar la presunción de inocencia y la prohibición de valoración de la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales). Por otro lado, los bienes o valores constitucionales que se intentan proteger con la diligencia objeto de análisis son el orden público y la seguridad ciudadana. A este respecto, poniendo en un lado de la balanza los derechos que pueden verse lesionados (el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la protección de datos de carácter personal, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías) y en el otro lado los bienes o valores constitucionales que protege (orden público y seguridad ciudadana), se puede afirmar que:

- La medida de intervención de las comunicaciones del acusado sería de dudosa constitucionalidad pues consideramos que la medida era innecesaria, inidónea y desproporcionada, al no superar el juicio de

2 Sentencia de 2 de octubre de 2018 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-207/16.

proporcionalidad por existir otros medios menos gravosos de derechos fundamentales como: observancia de las grabaciones de las cámaras de seguridad de la entidad bancaria BBVA, la geolocalización del terminal y el interrogatorio del acusado, entre otras.

- La medida de geolocalización del terminal móvil sustraído resulta constitucional pues es una medida idónea, necesaria y proporcionada para localizar el terminal móvil sustraído y al posible autor del delito de robo; por lo que no tenemos motivos fundados para dudar de su constitucionalidad, desde el punto de vista material.
- La medida de instar a las operadoras de telecomunicaciones a ceder los datos relativos a todas las líneas que se hayan dado de alta con el código IMEI del terminal sustraído deviene de dudosa constitucionalidad, dado que no superaría el juicio de proporcionalidad al resultar una medida excesiva y muy invasiva de, entre otros, el derecho a la protección de datos de carácter personal y que parece atender a fines exploratorios y no a un fin público concreto perseguido; y, máxime, cuando lo que se autoriza es la interceptación de un muestreo de líneas y no de líneas concretas y específicas sobre las que se tienen indicios razonados y fundados.

En definitiva, a excepción de la geolocalización, el resto de las medidas de investigación llevadas a cabo resultarían de dudosa constitucionalidad por vulnerar los derechos fundamentales descritos con anterioridad. Además, se están utilizando medios muy invasivos de derechos fundamentales y desproporcionados para la averiguación de un delito (robo con violencia: artículo 242 CP, debido a que la investigación por delito de pertenencia a una organización criminal estaba basada en simples rumores) que no se puede considerar como delito grave, ni delito informático, ni delito cometido por organización criminal, contraviniendo la doctrina del TJUE, TC y TS sobre la materia. Y, por ende, estaríamos ante pruebas obtenidas vulnerando derechos fundamentales y deberían ser excluidas del procedimiento penal.

Derecho a la protección de datos

Daniel Jove Villares
Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Oviedo

I. PLANTEAMIENTO

Justicia ha oído muchas veces hablar sobre la importancia de los datos personales, ha visto los banners con las políticas de cookies que aparecen cuando entra por primera vez en una web, se ha sorprendido cuando, en alguna ocasión, después de hablar con sus amigas de ir de viaje le ha aparecido algún post de Instagram con imágenes idílicas de lugares que había mencionado en la conversación. Sin embargo, Justicia no le había dado mayor importancia al asunto, lo veía como normal, el signo de los tiempos; sí, quizá supieran algunas cosas de su vida, pero eran cosas triviales y ella es una buena persona, “no tiene nada que ocultar”. Un buen día, en el aleatorio de Youtube, le aparece un vídeo sobre Data Brokers y Microtargeting² y comienza a concienciarse un poco más acerca de la importancia de los datos personales y su protección.

-
- 1 Solove, Daniel J., “Nothing to Hide: The False Trade off Between Privacy and Security”. *Yale University Press*, 2011. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3976770>.
 - 2 Este vídeo del canal de Lord Draugr: <https://www.youtube.com/watch?v=7PN-YmJraMc&list=PL1s&channel=LordDraugr>. La serie de vídeos que dedica a la privacidad es muy interesante, aunque para una información completa y, como una primera lectura para introducirse en temas de privacidad, es recomendable el libro *Privacidad es poder: Datos, vigilancia y libertad en la era digital*, de Carissa Véliz (a quien entrevista). Aunque para un acercamiento más jurídico al derecho a la protección de datos, vid. Troncoso Reigada (ed.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2021; Jove Villares, Daniel, *La protección de lo sensible*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; Villalba Cano, Laura, *El contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*. Análisis en perspectiva multinivel, Aranzadi, Pamplona, 2023.

Consecuentemente, cuando en clase de Derecho Constitucional le explican el artículo 18.4 CE y le indican que ahí se reside el derecho fundamental a la protección de datos, comienza a hacer un montón de preguntas, sus compañeras y compañeros, contagiados por el interés de Justicia y las respuestas que recibían, se aventuraron a plantear cuestiones que les iban surgiendo a raíz del animado debate que se estaba gestando en el aula.

Como todo momento mágico, resulta imposible reproducir aquí lo que aquel día Justicia vivió en clase, sin embargo, sí sabemos que, al llegar a casa, Justicia anotó algunas de las cuestiones que se habían realizado aquel día memorable y que, por falta de tiempo, no pudieron ser contestadas. ¿Te animas a responderlas tú?

1. “Tengo fotos y conversaciones de mis amigas y amigos en el móvil, por lo que ha explicado en clase, eso es un tratamiento de datos personales, ¿significa que se me puede aplicar las exigencias de las normativas de protección de datos? Por cierto, ¿cuáles son?”
2. “El código postal es un dato que mucha gente tiene en común, ¿entonces puedo decir que es un dato personal mío? ¿O si no es exclusivo no es personal?”
3. “Si un dato personal está en Internet y lo puede ver todo el mundo, esto es, si es un dato público, ¿deja de ser un dato personal? La persona a la que se refiere ese dato, ¿puede hacer algo?”
4. “A veces me llegan correos de publicidad sobre productos y yo no he dado consentimiento para ello, lo único que he hecho es comprar en esa tienda. ¿Pueden usar mis datos personales sin que yo haya consentido previamente? ¿Hay otras bases de licitud que justifiquen el uso de mis datos? ¿Cuál podría ser en este caso?”
5. “¿Podría el Gobierno, para conocer mejor el mercado del alquiler, hacer un Real Decreto en el que haga un censo de cuántas viviendas están arrendadas en todo el país? Imaginemos que la respuesta fuese afirmativa, ¿qué datos podría pedir y cuáles no de la siguiente lista de informaciones personales? ¿Por qué? Datos obligatorios solicitados: Nombre y apellidos de la persona arrendadora; Nombre y apellidos del cónyuge o pareja de la persona arrendadora; cantidad que reciben en concepto de alquiler y modo de pago; correo electrónico de contacto; teléfono de contacto; nombre de las personas arrendatarias, relación existente entre las personas arrendatarias”.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En una clase de Derecho Constitucional quedan sin responder una serie de preguntas vinculadas al derecho a la protección de datos, una alumna decide anotarlas y tratar de responderlas. Las preguntas, variadas en su formulación, abordan diferentes facetas del derecho a la protección de datos, un derecho complejo y lleno de aristas.

B. Problemas constitucionales

Los problemas constitucionales que se plantean están vinculados al contenido del derecho a la protección de datos y a la delimitación normativa de su alcance. Así, la primera de las preguntas está relacionada con el ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos. La segunda con el concepto de dato personal. La tercera, aunque también conecta con el concepto de dato personal, se cuestiona, sobre todo, acerca de las facultades de actuación de que dispone una persona respecto de las informaciones a ella referidas. La cuarta conecta con el principio de licitud del tratamiento. En la quinta y última pregunta se plantea la posibilidad de regular mediante Real Decreto la posibilidad de recabar un conjunto de informaciones por parte de las Administraciones. Además, obliga a plantearse la adecuación y pertinencia de las informaciones solicitadas, pensando en las implicaciones que su tratamiento pueda tener.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 18.4, 53 y 81 de la Constitución española

Artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Artículos 1, 2, 4.1 y 4.2, 5, 6, 9, 12 a 22, 83 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)

Artículos 2, 6, 8, 9 y 12 a 18 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales

Jurisprudencia y resoluciones

Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 76/2019, de 22 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia asunto C-101/01, *Lindqvist*, 6 de noviembre de 2003, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia asunto C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*, de 20 de diciembre de 2017, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia asunto C-25/17, *Jehovan todistajat*, de 10 de julio de 2018, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia asunto C-184/20, *OT y Vyriausioji tarnybinės etikos komisija*, de 1 de agosto de 2022, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia asunto C-446/21, *Maximilian Schrems y Meta Platforms Ireland Ltd*, de 4 de octubre de 2024, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos en el expediente núm. EXP202309208. Recurso de reposición interpuesto por El león de El Español publicaciones, S.A.

D. Solución

Pese a que el artículo 18.4 de la Constitución española de 1978 (en adelante CE) no parece reconocer, en su tenor literal, el derecho a la protección de datos, el Tribunal Constitucional ha sabido anclar en ese precepto este derecho fundamental. En efecto, ha sido la labor interpretativa del Alto Tribunal la que ha ido deslindando el derecho a la protección de datos de otros derechos afines, como el derecho a la intimidad, con el que tendía a confundirse en sus orígenes, por considerarlo una manifestación más de la protección de la esfera más reservada de la persona. Finalmente, y después de toda una serie de sentencias que, a lo largo de los años 90, permitieron ir acotando el ámbito de actuación del derecho a la protección de datos, la STC 292/2000, de 30 de noviembre, dio el aldabonazo definitivo, al definir de manera clara el contenido del derecho fundamental a la protección de datos. Este, es un derecho autónomo que confiere a sus titulares un poder de disposición y control sobre las informaciones a ellos referidas. Es decir, se reconoce al individuo la capacidad para “decidir [...] [qué] datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y [...] también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso” (STC 292/2000, FJ 7).

Con esta conceptualización como punto de partida, podemos comenzar a resolver las cuestiones suscitadas. La primera de ellas, plantea una situación en la que una persona pregunta si pueden aplicarle las exigencias de las normativas de protección de datos por tener fotos y conversaciones de sus amigas y amigos en el móvil. En este caso, la duda que se está formulando es si toda actuación con datos de carácter personal es susceptible de tener que cumplir con las exigencias de la normativa de protección de datos, dicho en breve, se trata de saber si se prevén excepciones a la aplicación del marco normativo y, de ser la respuesta afirmativa, comprobar si la situación específica tiene cabida dentro de los presupuestos de la exclusión de responsabilidad.

Consecuentemente, el primer paso es conocer el marco normativo del derecho a la protección de datos. Un derecho que, como se acaba de ver, tiene reconocimiento constitucional, sin embargo, desde la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), se ha europeizado. En efecto, el contenido esencial, así como los elementos definitorios del derecho fundamental deben buscarse primeramente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la normativa europea, reservándose la legislación nacional solo para precisar y concretar aquellos aspectos que el derecho comunitario haya dejado abiertos o sobre los que carezca de competencia la UE (como pueden ser algunas cuestiones vinculadas al tratamiento de datos en materia penal). Aunque la normativa que disciplina el tratamiento de datos personales es muy amplia, y cada vez más sectorializada, pudiendo hablarse de un ecosistema europeo del dato, a los efectos de resolver este caso será suficiente con la norma básica de referencia en la materia, el RGPD. Además, se habrá de tomar en consideración la LO 3/2018, para complementar y precisar el alcance del derecho fundamental.

De este modo, si acudimos al artículo 2.2.c) del RGPD, constatamos que a los tratamientos de datos efectuados “por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas” no les es de aplicación el RGPD. Pero, ¿qué se entiende por actividad personal o doméstica? El considerando 18 del RGPD ofrece algunos ejemplos de actividades que tendrían esa condición: “la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones, o la actividad en las redes sociales y la actividad en línea realizada en el contexto de las citadas actividades”. Por lo tanto, el supuesto planteado, en principio, estaría excluido del ámbito de aplicación de la normativa europea. No obstante, no debe sacarse como conclusión general aplicable a todo caso que el uso de redes sociales por particulares esté amparado por la excepción doméstica, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido señalado que es necesario ponderar factores como la capacidad de control de

la información publicada en redes o el impacto en los derechos fundamentales que esta pueda tener (por ejemplo, por servir para revelar las creencias religiosas de una persona)³.

La segunda de las preguntas anotadas por Justicia tiene el siguiente tenor: “*El código postal es un dato que mucha gente tiene en común, ¿entonces puedo decir que es un dato personal mío? ¿O si no es exclusivo no es personal?*”. En última instancia, lo que aquí se cuestiona es si, para considerarse dato personal de una persona, esa información debe estar referida exclusivamente a ella. Esta pregunta obedece, claramente, a una confusión generada por expresiones como “mis datos personales” o “esa información es personal”. El derecho a la protección de datos no debe confundirse con una especie de derecho de propiedad, no existe un monopolio de la información que nos atañe. Los datos son personales no porque sean míos, en sentido posesivo, sino porque están referidos a mí. Así se desprende del artículo 4.1 del RGPD, que define dato personal como “toda información sobre una persona física identificada o identificable (‘el interesado’); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente”.

Si la información sirve para conectar con una persona, será dato personal de esta, sin que eso excluya que pueda haber informaciones compartidas para una pluralidad más o menos amplia de sujetos. El código postal es un ejemplo, pero existen otros muchos, como los datos genéticos que se comparten con familiares sanguíneos, el color de piel, ojos o pelo, la estatura e incluso el nombre propio (pues rara vez será único y exclusivo). Que sea necesario combinar esos datos con otros para lograr la identificación completa de un sujeto específico no niega su condición de dato personal. Así lo recordó el TJUE en el asunto *Nowak*⁴, al señalar que “unos mismos datos pueden concernir a varias personas físicas y, por lo tanto, ser datos personales de cada una de estas” (apdo. 45).

Muy relacionada con el concepto de dato personal y, sobre todo, con lo que el derecho a la protección de datos supone, está la pregunta referida a los datos personales hechos públicos. Esto es, “*si un dato personal está en Internet y lo puede ver todo el mundo, ¿deja de ser un dato personal? La persona a la que se refiere ese dato, ¿puede hacer algo?*”. La respuesta que debe darse a esta

3 Al respecto, véanse la pionera sentencia del asunto C-101/01, *Lindqvist*, 6 de noviembre de 2003 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o la importante, sentencia del asunto C-25/17, *Jehovan todistajat*, de 10 de julio de 2018 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

4 Sentencia asunto C-434/16, *Peter Nowak c. Data Protection Commissioner*, de 20 de diciembre de 2017 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

pregunta es sencilla, no importa que los datos sean de conocimiento público, el poder de disposición y control sobre la información no desaparece, pues siguen siendo datos de carácter personal. La importancia del carácter público radicarán en que ese será un factor modulador en caso de que se produzca un conflicto de intereses entre el interesado y, por ejemplo, el responsable que haya utilizado esos datos. Como el carácter público de la información no resta un ápice a su condición de dato personal, su titular podrá ejercitar las facultades de actuación que el derecho a la protección de datos le confiere, p. ej. acceso, rectificación, oposición, supresión, portabilidad... (todos los previstos en los artículos 15 a 22). Además, tiene derecho a ser informado de quién utiliza esa información, con qué base de licitud, para qué finalidades o si la está compartiendo con otros.

La cuarta de las preguntas que Justicia quiere resolver conecta con la base de licitud de los tratamientos. Recordemos que un compañero de su clase había comentado lo siguiente: *“A veces me llegan correos de publicidad sobre productos y yo no he dado consentimiento para ello, lo único que he hecho es comprar en esa tienda. ¿Pueden usar mis datos personales sin que yo haya consentido previamente? ¿Hay otras bases de licitud que justifiquen el uso de mis datos? ¿Cuál podría ser en este caso?”*. El comentario/pregunta del compañero de Justicia es más que atinado, pues el Tribunal Constitucional español, en la sentencia de referencia del derecho a la protección de datos, había considerado que una de las manifestaciones del poder de control es que confiere “el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales” (STC 292/2000, FJ 6). Siendo así, ¿cómo es posible que se puedan tratar datos personales sin consentimiento? La respuesta debe buscarse en el modelo establecido por el RGPD. Si se consulta su artículo 6, se comprobará que el consentimiento es sólo una de las seis bases de licitud que pueden legitimar el tratamiento de información personal. No es, por tanto, una base privilegiada de licitud.

Se ha producido una evolución respecto del rol del consentimiento en materia de protección de datos, lo que ahora se exige es que el tratamiento sea lícito (artículo 5.1.a RGPD) y, para ello, debe responder a alguna de las bases previstas en el artículo 6 del RGPD, pero esta no tiene que ser necesariamente el consentimiento. En este caso concreto, y dado que se trata de publicidad comercial, lo más probable es que el tratamiento responda a “la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento” (artículo 6.1.f RGPD), pues, como indica el Considerando 47 del RGPD, puede acudirse al interés legítimo como base de licitud “cuando existe una relación pertinente y apropiada entre el interesado y el responsable, como en situaciones

en las que el interesado es cliente”. No obstante, el interés legítimo no es una hoja en blanco para que el responsable haga lo que estime conveniente con la información del interesado, sino que deberá realizar un análisis minucioso de la posible afectación de los derechos y libertades del interesado, así como de sus “expectativas razonables” respecto del uso de los datos.

En el caso suscitado, habría que valorar si se realizó esa evaluación o no. En caso de no haberse producido, estaríamos ante una vulneración del derecho fundamental, pues el tratamiento no sería lícito, con las consecuencias que ello conlleva, sin ir más lejos, sería una vulneración del principio de licitud y las vulneraciones de principios se consideran infracciones muy graves, con multas que pueden alcanzar los “20 000 000 EUR como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía” (artículo 83.5 RGPD). Además, al interesado siempre le queda la posibilidad de ejercitar el derecho de oposición (artículo 21 RGPD), en caso de que no desease que ese tratamiento continuase.

La última de las cuestiones resulta un poco más compleja, en ella se plantea un escenario poliédrico, del que surgen diversas incógnitas. La primera que se nos plantea se refiere a la posibilidad de regular por Real Decreto (una norma infralegal) la recopilación de datos de carácter personal. Para responder a esta cuestión debería conocerse cuál es la base de licitud en la que se funda el tratamiento. Si fuese la existencia de un interés público (conocer el mercado de la vivienda de alquiler), este debería estar fundado en “una competencia atribuida por una norma con rango de ley” (artículo 8 LO 3/2018, de protección de datos). Esto no quiere decir que la recopilación deba regularse necesariamente por ley, pero sí que debe obedecer a una competencia legalmente establecida, competencia que podría ser la propia Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda.

Sin embargo, hay un factor adicional que debemos considerar antes de dar por buena la regulación mediante Real Decreto y es la posible existencia de datos especiales, esto es, de informaciones que “revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física” (artículo 9 RGPD). ¿Por qué esto es relevante? Porque en el caso de operar con datos especialmente sensibles, el TC ha señalado que “el legislador está constitucionalmente obligado a adecuar la protección que dispensa a dichos datos personales, en su caso, imponiendo mayores exigencias a fin

de que puedan ser objeto de tratamiento y previendo garantías específicas en su tratamiento, además de las que puedan ser comunes o generales” (STC 76/2019, FJ 6); garantías que, por cierto, también deben estar legalmente establecidas, tal y como se explica de manera pormenorizada en el FJ 8 de la STC 76/2019.

Teniendo esto en cuenta, lo siguiente que debemos preguntarnos es, en el mencionado Real Decreto, ¿se recopilan datos especiales? Aunque *prima facie* pudiera parecer que no, lo cierto es que, al solicitar el nombre y apellidos del cónyuge o pareja, así como al preguntar por las relaciones entre los arrendatarios, se podría estar revelando información relativa a la orientación sexual de los interesados, con lo que podría llegar a entenderse que, en este caso, estamos ante un tratamiento de datos especiales. Este tipo de inferencias, que permiten llegar a conocer información sensible a partir de otra que no lo es, ya ha sido considerado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, p. ej. en el asunto C-184/20, *OT y Vyriausioji tarnybinės etikos komisija*, advirtiendo de la necesidad de extremar las medidas de seguridad y garantía cuando pudieran llegar a darse situaciones de este cariz.

Más allá de las problemáticas apuntadas, en cualquier tratamiento de datos personales debe evaluarse si se respetan los principios del tratamiento previstos en el artículo 5 del RGPD. En este caso, llama la atención la cantidad de datos solicitados, por lo que pudiera existir una vulneración del principio de minimización (artículo 5.1.c RGPD). En efecto, conforme a este principio, solo podrán tratarse los datos que sean “adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que” fueron recabados. No parece justificado que, para realizar un censo de viviendas arrendadas, y conocer la situación del mercado del alquiler, se soliciten datos como las relaciones personales de los intervinientes. Tampoco se justifica que sea obligatorio aportar dos vías comunicación (móvil y correo), si el objetivo es poder comunicarse con los arrendatarios, con uno de los dos datos debería ser suficiente. Podrían llegar a pedirse los dos, pero haciendo solo uno de ellos obligatorio, planteando el otro como optativo. En definitiva, el Real Decreto comportaría una vulneración del principio de minimización de la información.

Libertad de circulación y residencia

Yolanda López Nieto

Profesora Universitaria en Formación (FPU 22/02062) en

Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

Un avión proveniente de La Habana aterriza en el aeropuerto Barajas-Adolfo Suárez. En el control policial de fronteras, las autoridades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado deniegan la entrada a España a la Sra. Belmonte, de nacionalidad cubana, por no disponer del visado necesario para autorizar la entrada, no disponiendo, además, de ningún otro documento que justifique su entrada en España salvo su documento de identidad. Tras la emisión de la resolución de Denegación de Entrada, se ponen inmediatamente en marcha para que la Sra. Belmonte regrese a Cuba lo antes posible. La Sra. Belmonte, ante esta situación, se dirige a usted por una posible vulneración del derecho fundamental a la entrada en España, previsto en el artículo 19 de la Constitución Española (en adelante, CE).

Por otra parte, en ese mismo control policial de fronteras, las autoridades detienen al Sr. Pontones, de nacionalidad española, ya que existía una orden de búsqueda y captura contra él, emitida por un juez, en el marco de una investigación por delitos de estafa de más de 900.000 euros y pertenencia a grupo criminal. Tras esta detención y la pertinente instrucción, el Juez del caso dicta un Auto de procesamiento donde se acuerda la libertad provisional del Sr. Pontones imponiéndole como medida cautelar comparecer en el Juzgado de Instrucción N.º 2 de Cáceres, ciudad en la que reside habitualmente y donde tiene una vivienda en propiedad, cada dos días, ante el riesgo de fuga que presenta, hasta que se celebre el juicio. El Sr. Pontones acude igualmente a usted alegando una vulneración de su derecho a la libertad de circulación y de

residencia, recogidos en el artículo 19 CE, ya que, ante esta medida impuesta por el juez, no puede acudir a su segunda vivienda en San Sebastián.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En este caso nos encontramos ante dos conflictos jurídicos diferentes pero que ambos están relacionados con los derechos fundamentales recogidos en el artículo 19 CE, esto es, libertad de circulación, libre elección de residencia, entrada y salida de España. En primer lugar, una nacional cubana a la que se le ha denegado la entrada al país por carecer del visado necesario para ello y se han iniciado los trámites de devolución. Y, en segundo lugar, un nacional español al que se le ha impuesto una medida cautelar consistente en ir a firmar todos los días al Juzgado de Instrucción N.º 2 de Cáceres, lo que le impide residir en su segunda vivienda.

B. Problemas constitucionales

En lo que se refiere a la Sra. Belmonte, debemos resolver si existe una vulneración del derecho a la entrada en España, recogido en el artículo 19 CE, ante la resolución de Denegación de Entrada que se le ha impuesto por parte de las autoridades, por tanto, debemos estudiar la titularidad de estos derechos en relación con los extranjeros. Por su parte, en lo referente al Sr. Pontones es necesario igualmente analizar si existe vulneración de los derechos de libre circulación y de residencia ante la medida impuesta por el juez, pues le impide circular y residir libremente por el territorio español o si, por el contrario, esta medida es ajustada a Derecho.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 13 y 19 de la Constitución española

Artículos 25 a 25 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018

Jurisprudencia

Auto 227/1983, de 25 de mayo, del Tribunal Constitucional

Auto 650/1984, de 7 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 85/1989, de 10 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 28/1999, de 8 de marzo, del Tribunal Constitucional

D. Solución

La primera cuestión que se nos plantea, esto es, la titularidad del derecho a la entrada en España de una persona extranjera (la Sra. Belmonte), nos lleva a analizar la titularidad de los derechos contenidos en el artículo 19 CE, que establece: “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”.

A priori, el tenor literal del artículo parece señalar que los únicos titulares de los derechos contemplados en el artículo 19 CE son “los españoles” y no cabría, por tanto, atribuir la titularidad de los mismos a los extranjeros. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha declarado en numerosas ocasiones a este respecto que la literalidad del artículo 19 CE no es suficiente para analizar la titularidad de los extranjeros sobre estos derechos, sino que debe ponerse en relación con otros preceptos constitucionales que conforman la posición jurídica de los extranjeros en España, siendo el más importante, en este asunto, el artículo 13 CE (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 2).

En efecto, señala el artículo 13.1 CE: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. En consecuencia, los extranjeros pueden ser titulares de los derechos contenidos en el artículo 19 CE, cuestión distinta es que deban someterse a las condiciones o los límites que en su caso imponga el legislador, tal y como establece el propio artículo 13.1 CE, convirtiéndose, por tanto, en unos derechos de configuración legal. El TC ya declaró en su STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3, que eran las leyes y los tratados internacionales los encargados de modular el ejercicio de estos derechos de los extranjeros. Señala esta misma sentencia que estos derechos siguen siendo derechos constitucionales para los extranjeros, lo que conlleva su protección constitucional, pero son derechos de configuración legal en

cuanto a su contenido, lo cual permite modular el ejercicio de los mismos dependiendo de la nacionalidad o la ciudadanía del titular. Todo ello a excepción de aquellos derechos que se consideran imprescindibles para la garantía de la dignidad humana donde no se puede establecer un tratamiento desigual para los extranjeros con respecto a los españoles. Es importante señalar en este sentido que los derechos contenidos en el artículo 19 CE no se considera que formen parte del núcleo duro de los derechos inherentes a la dignidad de las personas, como sí pueden ser, por ejemplo, el derecho a la vida, a la intimidad o a la libertad ideológica.

Así las cosas, es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social la encargada de configurar los derechos de entrada y salida de España para los extranjeros en sus artículos 25 a 28. El artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000 establece que los extranjeros que pretendan entrar en España deberán hallarse provistos de pasaportes o documentos de viaje que acrediten su identidad, junto con otra serie de documentos que justifiquen su estancia, y, además, en los casos que proceda estar provistos de visado. Por su parte, el Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de países cuyos nacionales estén exentos de esa obligación, establece en su Anexo I que Cuba es uno de los países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros.

En conclusión, tras este análisis, la Sra. Belmonte es efectivamente titular de los derechos de entrada y salida de España, pero su ejercicio depende de lo establecido en las leyes y los tratados a tal efecto, pues, aunque sea un derecho protegido constitucionalmente su contenido es de configuración legal, como se ha expuesto. La normativa esencial en este asunto, esto es, la Ley Orgánica 4/2000 y el Reglamento (UE) 2018/1806, establecen, por un lado, la necesidad de contar con un pasaporte o documento de identidad, otra serie de documentos que justifiquen la entrada, así como un visado cuando sea necesario; y, por otro lado, Cuba es uno de los países cuyos nacionales requieren de este visado. La Sra. Belmonte solo poseía su documento de identidad a la hora de entrar en nuestro país y no disponía de visado, de ahí que las autoridades le denegasen la entrada, a pesar de ser titular del derecho recogido en el artículo 19 CE. Por tanto, no existe vulneración del artículo 19 CE.

El segundo problema que se nos plantea es la imposición de la medida cautelar de comparecencia en el Juzgado de Instrucción N.º 2 de Cáceres

al Sr. Pontones, lo cual le impide acudir y residir en su segunda residencia en San Sebastián. Bien, para analizar si esta medida constituye o no una vulneración de los derechos de circulación y de libre elección de residencia es necesario entender el contenido y los límites de los mismos. El contenido esencial del derecho de libertad de circulación proclamado en el artículo 19 CE constituye la posibilidad de que cada persona decida el lugar en el que quiere estar, bien de manera transitoria o bien de manera permanente (ATC 227/1983, FJ 2) en el territorio español. Por su parte, el derecho a la libre elección de residencia implica la libertad de habitar en un determinado lugar, lo que conlleva la elección, por parte de su titular, de fijar su residencia en una vivienda concreta y determinada (STC 28/1999, de 8 de marzo, FJ 7). Esto impone, además, la obligación a los poderes públicos de no intervenir en el ejercicio de la libre circulación y la libre elección de residencia. Por tanto, cierto es que el Sr. Pontones, como titular de estos derechos, tiene la facultad de elegir dónde establecer su residencia, tanto de manera temporal como permanente, así como el desplazamiento por todo el territorio nacional. Esto le posibilita establecer su residencia, el tiempo que estime oportuno, en su segunda vivienda que tiene en San Sebastián. La medida impuesta por el juez en este caso afecta claramente al derecho a la libertad de circulación y de la libre elección de residencia, puesto que obliga al sujeto en cuestión a estar en un determinado sitio en momentos concretos. Dada la distancia entre Cáceres y San Sebastián y la obligación de comparecer cada dos días, se limita enormemente la libertad de circulación del Sr. Pontones quien, además, se ve obstaculizado de designar su residencia habitual en San Sebastián por este mismo motivo. Así lo ha reconocido también el Tribunal Constitucional cuando ha resuelto casos similares al presente, entre otras, en la STC 85/1989, de 10 de mayo, declarando que ciertamente es una medida cautelar que restringe el derecho a la libre elección de residencia (FJ 3).

Ahora bien, los derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución, incluidos los del artículo 19 CE, no son derechos fundamentales absolutos, sino que pueden ser sometidos a límites, siempre bajo una serie de garantías para ello, tales como la habilitación legal previa, el fin constitucionalmente lícito –como puede ser la satisfacción del *ius puniendi* estatal, esto es, la persecución de delitos–, y el respeto del principio de proporcionalidad. El Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 530 prevé que el investigado o encausado que esté en libertad provisional constituirá *apud acta* obligación de comparecer en los días que le sean señalados en el respectivo auto. Por tanto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé expresamente esta medida

cautelar, dejando, además, al juez decidir en el Auto la periodicidad con la que el investigado o encausado debe comparecer.

Consecuentemente, la medida cautelar está legalmente prevista y el Juez ha actuado conforme a lo establecido en la ley. Teniendo en cuenta además que en Cáceres el Sr. Pontones ya tenía una vivienda donde residía, hasta entonces, de manera habitual, y la gravedad del delito, aunque en efecto esta medida afecte al derecho a la libertad de circulación y a la libre elección de residencia, no supone una vulneración de los mismos, ya que la resolución judicial impone esta obligación dentro de los supuestos legales y de forma racional y proporcionada. Así mismo lo establecen la STC 85/1989, de 10 de mayo y el ATC 650/1984, entre otros.

Libertad de expresión

Ana Galdámez Morales

Profesora de Derecho Constitucional

Universidad de Huelva

I. PLANTEAMIENTO

Libertad de expresión y sus límites en torno al caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*.

Año 2014: la fotografía que immortalizaba el beso de una pareja gay desató el aluvión de comentarios. Habían publicado la instantánea en Facebook –en un perfil accesible al público en general– con el objetivo de anunciar el comienzo de su relación y recibieron más de ochocientos mensajes, muchos de ellos de contenido notoriamente discriminatorio, con el siguiente tenor literal: “Voy a vomitar –deberían castrarlos o quemarlos; curaos, zopencos– eso es lo que digo”; “Si nacisteis pervertidos y tenéis este trastorno, id y esconderos en sótanos y haced lo que queráis allí, maricones. Sin embargo, no arruinaréis nuestra bonita sociedad, labrada por mi madre y por mi padre, en la que los hombres besan a las mujeres y no se restriegan las pollas. Espero de verdad que mientras vayáis andando por la calle, a uno de vosotros le reviente la cabeza y le salte el cerebro”; “estos maricones me han jodido el almuerzo; si me dejaran, le dispararía a cada uno de ellos”; “¡¡¡¡¡Escoria!!!!!! A la cámara de gas con los dos”; “jodidos maricones, arden en el infierno, basura”; “A la hoguera con esos maricones...”; “¡Maricones ¡A la hoguera con esas zorras!”.

Las autoridades públicas lituanas –fiscalía y tribunales nacionales– rechazaron iniciar una investigación sobre el alcance de tales comentarios. Los afectados, en la consideración de que el motivo de esta negativa fue, precisamente, su orientación sexual, acuden a usted en busca de asesoramiento jurídico para responder adecuadamente a las siguientes cuestiones: 1. ¿Qué derecho o derechos fundamentales se ejercen en este caso y cuáles pueden

verse vulnerados?; 2. En el supuesto que se plantea, ¿puede considerarse la aplicación del discurso de odio como límite al ejercicio de la libertad de expresión?; 3. ¿Qué función desempeñan los derechos de la comunicación en una sociedad democrática?; 4. Conforme a una adecuada ponderación, ¿qué derecho fundamental debería prevalecer?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El caso práctico planteado busca enfrentar al estudiante a la resolución de una situación jurídica problemática derivada del ejercicio del derecho a la libertad de expresión en el contexto comunicativo contemporáneo. Se trata de la expresión pública de un sentimiento afectivo compartido por una pareja, a través de la publicación de una fotografía en una red social, por un lado; y de la expresión discursiva del rechazo a través de los numerosos mensajes que acumuló la publicación en un corto periodo de tiempo, por otro.

Los protagonistas de la fotografía requieren de ayuda para articular su defensa: se pretende un enfoque vinculado a la protección de la libertad de expresión como derecho fundamental, sin desatender la función operativa de los posibles límites a su ejercicio, orientados a evitar la discriminación que pueda extenderse en forma de discurso de odio a través de los nuevos canales y plataformas de comunicación social.

B. Problemas constitucionales

Los principales interrogantes que se plantean desde la perspectiva constitucional tienen que ver con el alcance de los límites al ejercicio de la libertad de expresión: el concepto de discurso de odio, entendido en un sentido amplio, así como su concreción cuando el mensaje de odio o la agresión discursiva se produce por razón de la expresión de la identidad de género o la orientación sexual.

En un segundo término, se plantea el análisis de los requisitos para el ejercicio legítimo del derecho y la necesaria ponderación cuando éste entra en conflicto con otros derechos fundamentales, teniendo en cuenta las posibilidades –hasta ahora inéditas– de expansión de la discriminación que ofrecen las herramientas comunicativas digitales.

C. Fuentes

Normativa

Artículo 20.1 a) de la Constitución Española

Artículo 10 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos

Artículo 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de enero de 2020, caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de febrero de 2012, caso *Vejdeland y otros c. Suecia*

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de julio de 2009, caso *Féret c. Bélgica*

Sentencia 6/1981, de 16 de marzo, del Tribunal Constitucional (en especial, FJ 3)

Sentencia 159/1986, de 16 de diciembre, del Tribunal Constitucional (en especial, FJ 6)

Sentencia 121/1989, de 3 de julio, del Tribunal Constitucional (en especial, FJ 2)

Sentencia 168/1986, de 22 de diciembre, del Tribunal Constitucional (en especial, FJ 2)

Sentencia 29/2009, de 26 de enero, del Tribunal Constitucional (en especial, FJ 5)

D. Solución

La libertad de expresión es un derecho fundamental y una libertad de amplísimo contenido que se configura, en los sistemas jurídicos occidentales, como una garantía básica para crear y mantener la necesaria opinión pública libre, que es presupuesto necesario en el proceso de legitimación de la democracia.

A través de la comunicación y de la transmisión de mensajes, opiniones y juicios de valor, construimos, entre todos, nuestro imaginario; consolidamos estructuras y patrones sociales. El debate es un ejercicio necesario para el desarrollo de una sociedad, vinculado a la dimensión objetiva de un derecho fundamental protegido especialmente por ser considerado un pilar de la

democracia. Así lo estableció el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia más temprana:

El art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos¹.

[E]l artículo 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas².

Es el sentido del alcance y la configuración jurídica del artículo 20.1 a) de la Constitución Española, así como del resto de instrumentos normativos que protegen el derecho a la libertad de expresión en el ámbito supranacional. Sin embargo, la reproducción de estereotipos y la proliferación de mensajes discriminatorios puede hacer que la dignidad de la persona, como otro bien jurídico a proteger, se quiebre.

Internet, como nuevo marco tecnológico de la comunicación, resulta determinante a la hora de articular una aproximación jurídica a la libertad de expresión, ya que nos impone la obligación de reformular el marco normativo y los límites que aplicamos al ejercicio del derecho.

1 Sentencia 6/1981, de 16 de marzo, del Tribunal Constitucional, FJ 3.

2 Sentencia 159/1986, de 16 de diciembre, del Tribunal Constitucional, FJ 6.

Porque, si bien el discurso de odio es una cuestión eminentemente de contenido —siendo esenciales el elemento subjetivo y la intención de discriminar a cierto colectivo o grupo social, en el presente caso— el tratamiento jurídico del derecho no puede ser el mismo cuando utilizamos un soporte tremendamente invasivo, de carácter expansivo y con la capacidad de situar al usuario digital en una posición especialmente vulnerable.

Dentro de estos límites con base en los cuales puede restringirse el ejercicio de la libertad de expresión, tenemos el discurso de odio. El Consejo de Europa lo ha definido como “aquella forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio basada en la intolerancia contra las minorías”. Es la misma definición que ha hecho suya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y que aplica para limitar la libertad de expresión, de dos formas distintas: en algunos casos, ha optado por aplicar la cláusula de abuso de derecho del art. 17 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH), privando de protección a este tipo de discursos y, en otros, ha optado por la ponderación a la luz del artículo 10 CEDH, aplicando el test de proporcionalidad de la injerencia en relación con el fin legítimo perseguido y con su necesidad en una sociedad democrática.

Con frecuencia, el Tribunal Europeo ha reconocido el potencial ofensivo de los discursos que incitan al odio y ha resuelto restringiendo la libertad de expresión, aun cuando no hubiera una clara incitación a la violencia. Esto lo vemos, por ejemplo, en la STEDH de 9 de febrero de 2012, caso *Vejdeland y otros vs. Suecia*. Los recurrentes habían sido condenados por la distribución de panfletos, en una escuela de secundaria, en los que se decía que la homosexualidad es “una inclinación sexual desviada con un efecto moral destructivo en la esencia de la sociedad sueca”. Se afirmaba también que la homosexualidad es una de las principales causas de contagio del VIH y de otras enfermedades de transmisión sexual.

En este caso, el TEDH afirma que “no hay una incitación directa a la violencia contra los homosexuales, pero sí una ofensa que puede incitar al odio, aunque no se trate de una llamada a cometer actos de violencia”. Además, dice, “la discriminación basada en la orientación sexual es de igual gravedad que aquella que se basa en la raza, el origen o el color”.

El supuesto planteado es un caso real que, una vez agotada la vía judicial interna, llegó al Tribunal Europeo, el cual resolvió por medio de la Sentencia de 14 de enero de 2020, caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*. El Tribunal condenó al Estado de Lituania por incumplimiento de la obligación de investigar

casos de posible discriminación –la cual se extiende a las cuestiones relativas a orientación sexual e identidad de género³– en virtud del artículo 13 CEDH.

Consideró el TEDH que “uno de los motivos para rechazar la incoación de las diligencias previas fue la desaprobación por parte de los tribunales de la demostración pública de la orientación sexual” de los demandantes⁴, a pesar de “las obligaciones positivas que pesan sobre el Estado, inherentes al derecho al respeto efectivo a la vida privada derivado del art. 8 CEDH”⁵.

En relación con el potencial viral de los contenidos, sostiene el Tribunal que “a la luz de su accesibilidad y su capacidad para almacenar y comunicar enormes cantidades de información, Internet desempeña una importante función en mejorar el acceso del público” a unos contenidos con importante repercusión⁶. En consecuencia, “la publicación de un único comentario de odio, relativo a que dichas personas deberían ser “asesinadas”, en la página de Facebook del primer demandante era suficiente para ser tomado con la debida seriedad”⁷. Así, concluye el Tribunal:

[Que] los comentarios de odio con palmarios llamamientos a la violencia por parte de particulares y dirigidos contra los demandantes y la comunidad homosexual en general fueron instigados por una actitud intolerante contra dicho colectivo.

Y, en segundo lugar:

[Que] la propia mentalidad discriminatoria conformó la base con arreglo a la cual las autoridades públicas competentes omitieron cumplir con su obligación positiva de investigar de una manera efectiva si dichos comentarios relativos a la orientación sexual de los demandantes constituían una incitación al odio y la violencia, lo que confir-

3 Véanse las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 diciembre 1999, caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, § 28; y de 30 de noviembre de 2010, caso *P. V. c. España*, § 30.

4 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de enero de 2020, caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*, *op cit.*, § 121.

5 *Ibid.*, § 110.

6 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de febrero de 2016, caso *Magyar c. Hungría*, § 56.

7 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de enero de 2020, caso *Beizaras y Levickas c. Lituania*, *op cit.*, § 127.

mó que, al rebajar el peligro de dichos comentarios, las autoridades al menos los toleraron⁸.

De esta forma, el Tribunal considera probado que los demandantes sufrieron una discriminación –en forma de comentarios de odio y negación de una vía nacional de recurso efectiva– basada en su orientación sexual.

Otra cuestión que no puede desatenderse en el supuesto que se plantea, a pesar de que no es tratada en profundidad en la sentencia, es la de ¿hasta qué punto condicionan el tratamiento jurídico de la libertad de expresión los elementos de la comunicación contemporánea, especialmente cuando el contenido discriminatorio se hace viral en las redes sociales?

Puede afirmarse que el alcance digital de los mensajes aumenta en una triple dimensión: física; temporal y subjetiva. Los mensajes llegan más lejos, con un impacto mucho mayor y con una permanencia prácticamente ilimitada en repositorios virtuales. En este sentido, puede tener cabida la aplicación analógica del mismo tratamiento que el Tribunal Constitucional atribuyó años atrás al titular de una información, en el contexto de la prensa escrita, por su mayor difusión y capacidad de impacto, pues los lectores del titular de la noticia son mucho más numerosos que los del cuerpo de texto y, al mismo tiempo, su capacidad de impacto también es mayor⁹. Esto mismo sucede con un Tweet o con una publicación en Facebook, por ejemplo; habitualmente mensajes cortos, que se propagan a gran velocidad y que a menudo se ven acompañados de imágenes.

Cuando la repercusión y las consecuencias del discurso cambian, los patrones jurídicos deben evolucionar también. Aunque el contenido del mensaje pueda ser el mismo o, incluso, muy parecido.

⁸ *Ibid.*, § 129.

⁹ Sentencia 29/2009, de 26 de enero, del Tribunal Constitucional, FJ 5.

Derecho de reunión

Miguel Ángel Sevilla Duro

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

La entidad sin ánimo de lucro ABC, de ámbito nacional, está constituida con el fin de *“defender los derechos humanos, especialmente de los menores de edad, dada su mayor vulnerabilidad”*. Entre sus actividades se encuentra la organización de reuniones pacíficas al aire libre (concentraciones y manifestaciones) con la intención de concienciar a la ciudadanía de la importancia de aumentar la protección de los menores. En fecha 19 de abril de 2021, la entidad ABC, por medio de su representante, D. Juan López Pérez, envió un escrito a la Delegación del Gobierno en Madrid informando de la organización de una concentración el lunes 3 de mayo de 2021 en la Puerta del Sol entre las 12:00 y las 13:30 horas con el objetivo de *“reclamar un mayor apoyo de las autoridades políticas a los menores por medio de medidas que incentiven su incorporación al mercado laboral”*. De acuerdo con el escrito de comunicación previa, la participación estimada era de 1.500 personas, y la decisión de convocar la reunión el 3 de mayo se fundaba en *“la importancia de dar voz a un reclamo de gran relevancia política en una fecha en que la ciudadanía se encuentra especialmente sensible y atenta a la actualidad jurídico-política dadas las elecciones a la Asamblea de Madrid del 4 de mayo de 2021”*. En su escrito, la entidad ABC, en calidad de organizadora, no estimó necesario solicitar especiales medidas de seguridad para salvaguardar el buen transcurso de la concentración. El 20 de abril de 2021 la Delegación del Gobierno en Madrid remitió el escrito de comunicación previa a la Junta Electoral Provincial de Madrid (en adelante, JEP) al entender que *“una vez comenzada la campaña electoral, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54.1 de la LOREG, las atribuciones encomendadas en materia de derecho de reunión a esta Delegación del Gobierno como autoridad gubernativa son asumidas por la*

Junta Electoral Provincial de Madrid, sin perjuicio de que ésta deba informar a la Delegación del Gobierno de las reuniones cuyas convocatorias le sean comunicadas". El 21 de abril de 2021 el Secretario de la JEP de Madrid remitió certificado del Acuerdo adoptado en sesión celebrada en igual fecha por la citada JEP en el que se acordaba "Que no se celebre la concentración convocada por D. Juan López Pérez (...) sin perjuicio de que se realice una nueva comunicación cumpliendo con los requisitos establecidos en la LO 9/1983". Ello por cuanto "el ejercicio del derecho fundamental de reunión se ve modulado durante las jornadas de reflexión y votación por diversas disposiciones cuyo propósito es compatibilizar el ejercicio del citado derecho con la celebración de un proceso electoral limpio, transparente, objetivo y en condiciones de igualdad; de tal forma que durante estas jornadas la legislación electoral española prohíbe realizar acto alguno de propaganda o de campaña electoral (artículos 53 y 144.1.a) de la LOREG)".

La entidad ABC contacta con usted para averiguar si el Acuerdo de la JEP es ajustado a Derecho.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso práctico busca dar respuesta a la consulta formulada por la entidad sin ánimo de lucro ABC, cuyo fin es la defensa de los derechos de los menores de edad, sobre una restricción al ejercicio del derecho fundamental de reunión. Su requerimiento trae causa de una decisión de la Junta Electoral Provincial de Madrid en la que se prohíbe una concentración en la vía pública promovida por la citada entidad durante la jornada de reflexión previa a las elecciones a la Asamblea de Madrid celebradas el 4 de mayo de 2021. La entidad ABC solicita asesoramiento acerca de la adecuación a Derecho o no del acuerdo de la JEP.

B. Problemas constitucionales

Como problemas constitucionales surgen, por un lado, los límites al derecho de reunión, y, por otro, el conflicto entre este derecho y las previsiones de la LOREG en la jornada de reflexión.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 1.1, 10.1, 21 y 23.1 de la Constitución española

Artículo 12 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión

Artículos 51.3 y 53.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General

Instrucción 3/2019, de 4 de marzo, de la Junta Electoral Central

Jurisprudencia y resoluciones

Sentencia 85/1988, de 28 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 66/1995, de 8 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 136/1999, de 20 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 42/2000, de 14 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 265/2000, de 13 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 195/2003, de 27 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 163/2006, de 22 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 301/2006, de 23 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 170/2008, de 15 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 37/2009, de 9 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 38/2009, de 9 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 96/2010, de 15 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia de 10 de julio de 1998, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Sidiropoulos*

Sentencia de 5 de marzo de 2009, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Barraco c. Francia*

Acuerdo 349/2011, de 11 de mayo, de la Junta Electoral Central

D. Solución

El artículo 21 de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE) reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. Este derecho puede ejercerse en lugares de tránsito público a través de concentraciones y manifestaciones de las que “se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”. De igual forma, el artículo 12 de la Carta de

Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos consagran la libertad de reunión pacífica junto con la de asociación.

Como ha indicado el Tribunal Constitucional (TC) desde su Sentencia 85/1988, de 28 de abril, FJ 2, el derecho de reunión es “una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria [...] puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones”. Así, pese a que es un derecho individual de proyección social, su ejercicio se hace efectivo de manera colectiva y sin autorización, pero previa comunicación a la autoridad gubernativa pertinente, y usualmente en espacios públicos con un ámbito temporal limitado, lo que en ocasiones interfiere con el ejercicio de otros derechos de terceros o, como en este caso, con una determinada obligación de no hacer impuesta en las jornadas de reflexión y votación.

Sintéticamente, el derecho de reunión abarca dos modalidades: la concentración (reunión estática) y la manifestación (reunión dinámica o en movimiento), si bien ambas se articulan con base en la misma regulación legal. El TC ha reiterado, desde la mencionada Sentencia 85/1988, FJ 2, que el derecho de reunión está configurado por cuatro elementos: uno subjetivo, la agrupación de personas; uno temporal, la duración transitoria de la reunión; uno teleológico o finalístico, la licitud de la reunión; y uno real u objetivo, el lugar de celebración. A la luz de estos, y en tanto todos ellos concurren, las modulaciones del ejercicio del derecho de reunión solo pueden justificarse sobre la base del artículo 21.2 CE, que fija como límite “la alteración del orden público con peligro para personas o bienes”. Se considera que se dan razones fundadas para limitar o suprimir el derecho cuando se motiva el incumplimiento de alguna de las circunstancias establecidas, *numerus clausus*, en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, donde a la alteración del orden público se añade la ilicitud de las reuniones de conformidad con las leyes penales, el uso de uniformes paramilitares por los asistentes, y la organización de las mismas por parte de miembros de las Fuerzas Armadas o la Guardia Civil cuando se infrinjan las limitaciones impuestas por las leyes reguladoras de los derechos y deberes de los cuerpos. Indudablemente, la reunión convocada por la entidad ABC no se enmarca en ninguno de estos supuestos.

La STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2, afirmó, como también se deduce del artículo 10.1 CE, que entre los límites al ejercicio de este derecho se encuentran tanto los ya referidos “como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado de ese derecho pueda

entrar en colisión con otros valores constitucionales”. En el caso ante el que nos encontramos, el único valor constitucional con el que puede confrontar la concentración organizada por la entidad ABC es el pluralismo político (artículo 1.1 CE); y, más concretamente, el derecho a la participación en asuntos públicos por medio de las elecciones a la Asamblea de Madrid del resto de ciudadanos de la Comunidad (artículo 23.1 CE), que podría verse afectado si se entendiese que la reunión convocada impide o coacciona la libre formación de la voluntad política por acontecer en la jornada de reflexión (artículo 51.3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General –LOREG–).

En garantía del citado artículo 23.1 CE, la ausencia de campaña electoral durante las jornadas de reflexión y votación tiene la finalidad de propiciar la maduración del sentido del voto por parte de la ciudadanía sin interferencia alguna de los partidos que concurren al proceso electoral. Por tal motivo, la Junta Electoral Central ha reiterado que durante los días de reflexión y votación no se puede realizar ningún acto de campaña o propaganda electoral, conforme establece el artículo 53 de la mencionada Ley Orgánica, “sin que estos [actos] puedan justificarse como el ejercicio de las funciones constitucionalmente reconocidas a los partidos políticos” (Instrucción 3/2019, de 4 de marzo, punto tercero); lo que también es aplicable para organizaciones, asociaciones o entidades con interés político.

Una interpretación acrítica y meramente literal del precepto podría llevar a equívoco derivando en la prohibición de la reunión de la entidad ABC, pero se debe atender a lo reiterado por el TC desde su Sentencia 136/1999, de 20 de julio, FFJJ 20, 22 y 29, en la que, a propósito del discutido recurso de amparo interpuesto por la Mesa Nacional de la coalición política Herri Batasuna, se sostiene que el ejercicio de los derechos fundamentales relacionados con la participación política no desaparece simplemente por la existencia de un proceso electoral en marcha. De este modo, las restricciones o prohibiciones al derecho de reunión en periodo electoral solo caben si existen razones motivadas y fundadas en Derecho (SSTC 170/2008, de 15 de diciembre, FJ 3 *in fine*; 37 y 38/2009, de 9 de febrero, FJ 3 en ambos casos; y 96/2010, de 15 de noviembre, FJ 3). Por lo expuesto, la averiguación de la extralimitación o no de la resolución de la JEP pasa, como se ha adelantado, por efectuar un juicio de proporcionalidad donde se analice si una determinada concentración o manifestación colisiona con “la limpieza o la pureza de los procesos electorales o los derechos de participación política” (por todas, STC 96/2010, FJ 3), y, en su caso, si la medida adoptada para evitar tal colisión es la óptima en relación con la menor afectación posible a los derechos fundamentales en juego, pues, como ha apuntado el TEDH, este derecho solo puede restringirse en base a “razones convincentes e imperativas”

(STEDH de 10 de julio de 1998, caso *Sidiropoulos*, §40). Afirmación que posteriormente ha justificado considerando que este derecho “no debe ser objeto de una interpretación restrictiva” en tanto es “un fundamento de la sociedad” (STEDH de 5 de marzo de 2009, caso *Barraco c. Francia*, §41).

El juicio (o test) de proporcionalidad aplicado al análisis de las restricciones al derecho de reunión pasa por estudiar la medida limitadora a la luz de tres elementos o fases: su idoneidad o adecuación, su necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (*vid.* SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 265/2000, de 13 de noviembre, FJ 8; y 163/2006, de 22 de mayo, FJ 6, entre otras).

La idoneidad consiste en analizar si la medida limitadora del derecho de reunión es adecuada para proteger el otro derecho fundamental en juego (el derecho a la participación en asuntos públicos del resto de ciudadanos por medio de las elecciones, *ex* artículo 23.1 CE), pues no puede limitarse un derecho si no es para alcanzar de forma efectiva y real un fin legítimo tal como el ejercicio de otro derecho. En este caso, la prohibición de la reunión sí parece idónea o adecuada para garantizar el derecho a la participación política, pues si se interpretase que la concentración afecta a la libre formación de la voluntad de los electores, al impedirse su celebración ya no se estaría afectando. Por lo tanto, la prohibición de la reunión cumple con la primera fase del juicio de proporcionalidad.

Sin embargo, la prohibición no supera la segunda fase del juicio: la necesidad. Dicha necesidad implica que no exista ninguna otra medida que, siendo menos restrictiva, permita obtener la misma finalidad; y en este caso, prohibir la reunión no es la medida menos gravosa que puede adoptarse para garantizar el derecho de participación política. Es cierto que la autoridad gubernativa tiene potestad para prohibir la reunión, pero ello solo cabe si la modificación de las condiciones de la misma no alcanza para evitar su colisión con otro derecho; y es difícil dudar de que una simple alteración en sus términos sería suficiente para garantizar el derecho confrontado (por ejemplo, por medio de una propuesta de cambio en la fecha de la convocatoria –posponiéndola a después de las elecciones–). Esta lógica argumentación se sostiene en el óptimo de Pareto, tan recurrente en la justicia constitucional: si existe una medida menos gravosa que otra e igualmente idónea, solo puede adoptarse la primera, pues con ambas se alcanza el mismo resultado y la segunda implica graves afecciones a un derecho fundamental.

El incumplimiento de esta segunda fase hace innecesario valorar la proporcionalidad en sentido estricto de la medida adoptada, que constituiría la tercera fase del juicio de proporcionalidad.

Incluso se podría defender que ni siquiera es necesaria la sumisión del caso en cuestión a este juicio de proporcionalidad, porque en aplicación del referido principio *favor libertatis*, las resoluciones de modificación, restricción o prohibición de concentraciones o manifestaciones no pueden ampararse meramente en la presunción de los posibles efectos negativos que estas pueden tener para el proceso electoral, como ocurre en el presente caso. Al contrario, “debe favorecerse el ejercicio del derecho de reunión aun en detrimento de otros derechos, en especial los de participación política, no solo por significarse como un derecho esencial en la conformación de la opinión pública, sino para la necesidad de su ejercicio previo de los mencionados derechos” (STC 96/2010, de 15 de noviembre, FJ 3); y ello por cuanto este derecho es “uno de los pocos medios” de los que muchos grupos sociales disponen “para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones (STC 301/2006, de 23 de octubre, FJ 2). De esta forma, solo existen dos concretos contextos que imponen limitaciones extraordinarias al ejercicio del derecho de reunión a causa de las jornadas de reflexión y votación: cuando la concentración o manifestación que se propone entorpece, dificulta o imposibilita el derecho de voto de los electores (por ejemplo, impidiendo el acceso a los lugares de votación, *vid.* Acuerdo 349/2011, de 11 de mayo, de la JEC); y cuando con la concentración o manifestación se pretende interferir en la voluntad y el sentido del voto de los electores de forma deliberada y grave. El presente caso no se encuentra en ninguna de las dos situaciones.

Lo enunciado hasta este punto pone de relieve que la resolución dictada por la JEP carece de una motivación ajustada a Derecho, pues no está fundamentada suficientemente en tanto no justifica las causas que implican la prohibición ni expone por qué se estima pertinente la prohibición en lugar de proponer medidas menos restrictivas del derecho fundamental, lo que contraría la exigencia de que cualquier incidencia de los poderes públicos en el derecho se realice cumpliendo con la “exigencia de motivación en la resolución correspondiente” (SSTC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 4 y 37/2009, de 9 de febrero, FJ 3).

En conclusión, la prohibición genérica del artículo 53.1 de la LOREG no implica la imposibilidad de celebrar reuniones durante las jornadas de reflexión y votación, incluso aunque estas tengan relación con el debate político y, consecuentemente, puedan influir en cierto modo en las decisiones de los electores; y menos aun cuando al confrontar las características de la reunión con las medidas adoptadas en defensa de otros derechos no se supera el juicio de proporcionalidad. Este es el caso en el que se enmarca la reunión convocada por la entidad que formula el requerimiento de dictamen. Por lo

tanto, es posible afirmar que la prohibición de la reunión convocada por la entidad ABC es contraria a Derecho.

E. Bibliografía

RUIZ PIÑEIRO, Fernando Luis y SAIZ FERNÁNDEZ, Roberto (2010): *El derecho de reunión y manifestación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

SEVILLA DURO, Miguel Ángel (2024): “Revisitando los límites al ejercicio del derecho de reunión: Tres supuestos recientes”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 41, pp. 130-166.

SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José (2001): “La configuración constitucional del derecho de reunión”, *Parlamento y Constitución*, núm. 6, pp. 103-126.

Derecho de asociación

Inés Del Valle Sevilla

Investigadora Predoctoral en Derecho Penal

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

La autoproclamada “Hermandad de la Virgen de los Llanos” es una congregación de personas que profesan la fe católica-cristiana localizada en un municipio de 5.000 habitantes, creada en el siglo XIX y cuyo cometido principal es el desarrollo de diferentes actos de culto vinculados a la figura de Virgen de los Llanos, patrona de la mencionada localidad. Se trata de una asociación debidamente inscrita en Registro Público desde una Resolución de 2 de febrero de 1989, dotándole ésta de personalidad jurídica y asignándole el NIF B451122236.

El artículo 4 de los Estatutos de esta asociación establece como fin principal de la misma “la realización de actos de culto y veneración a la figura de Virgen de los Llanos”. Por ello, una de las labores principales que desarrolla la mencionada Hermandad es la de la preparación, mantenimiento y procesión de la figura de la patrona de la localidad. Son los miembros de esta asociación quienes velan por el correcto mantenimiento de la figura, han gestionado las diversas reparaciones que se ha efectuado a la misma, así como monopolizado decisiones relativas a las adquisiciones de nuevas vestimentas. Asimismo, son sus miembros los únicos que portan la imagen durante las procesiones en fechas tan señaladas como Semana Santa o las Fiestas Patronales. Es preciso, en este punto, señalar que las procesiones de Semana Santa de la localidad gozan de un gran reconocimiento, y reciben a cientos de visitantes cada año, destacando, por encima de todos los actos, aquel en el que procesiona la figura de la Virgen de los Llanos el Domingo de Resurrección en la “Procesión del Santo Encuentro”. Se da la circunstancia de que, desde su fundación, esta Hermandad se ha denominado como una “Hermandad de caballeros” en su

artículo 7, admitiéndose de manera explícita únicamente socios de género masculino.

En los últimos años, un grupo de mujeres residentes en la localidad ha venido expresando su intención de ser parte de la Hermandad para poder participar en todos los actos de veneración de la figura de la Virgen de los Llanos, dado que quedan vetados para los vecinos que no son parte de la asociación. La primera peticionaria recibió una respuesta negativa desde la directiva de la misma, alegando su presidente, D. Francisco Fernández, que su admisión vulnera el mencionado artículo 7 y la esencia misma de los actos religiosos que vienen organizando y protagonizando los miembros de la Hermandad durante décadas. En posteriores peticiones, desde la mencionada asociación se han esgrimido tanto el argumento de la libertad de autoorganización (artículo 22 de la Constitución Española, en adelante CE), aludiendo al hecho de que las asociaciones pueden fijar con total libertad y sin injerencias externas los requisitos para la admisión de sus socios, así como el de la vulneración de su libertad religiosa (artículo 16 CE), puesto que la Hermandad se constituye como una asociación religiosa con fines de culto (artículo 6 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, en adelante LOLR). Ante esta negativa, las peticionarias pusieron esta situación en conocimiento de la Diócesis de la provincia, la cual respaldó los argumentos esgrimidos por la Hermandad de la Virgen de los Llanos, añadiendo que su constitución como asociación estrictamente masculina responde a una tradición vinculada a una serie de actos de culto concretos que vienen de siglos atrás, por lo que consideran que la imposibilidad de las mujeres de ser parte de la asociación constituye una manifestación de su libertad religiosa (artículo 16 CE y artículo 3 LOLR) sobre la cual no han de existir injerencias. A las peticionarias se les ha instado a crear su propia Hermandad, mediante la cual podrían realizar actos de veneración de cualquier otra imagen religiosa.

Estas son las circunstancias que preceden al proceso judicial que fue iniciado mediante demanda por parte de las afectadas contra la Hermandad y la Diócesis de la provincia. Las posturas de ambas partes han quedado bien fijadas:

— La Hermandad y la Diócesis Provincial se amparan, de un lado, en el derecho de asociación (artículo 22 CE). Mas concretamente, refieren a su facultad de autoorganización, entendida como un derecho a fijar unos requisitos de admisión, baja y separación de los socios (artículo 7 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, en adelante, LODA), los cuales se corresponden con los fines descritos en sus Estatutos. Asimismo, refieren que la Hermandad es una asociación religiosa,

aludiendo a la necesidad de respeto de su libertad religiosa (artículo 16 CE) y entendiendo que la asociación demandada promueve la conservación de una serie de tradiciones religiosas en las cuales el requisito de participación era ser varón. En esta línea, afirman que a las peticionarias no se les ha negado, en modo alguno, la posibilidad de participar en los actos de culto de la localidad, pudiendo hacer ellas uso de su derecho de asociación y libertad religiosa para crear otra asociación, ya fuera mixta o estrictamente femenina, que pudiera permitirles la realización de actos de culto similares a los desarrollados por la Hermandad de la Virgen de los Llanos durante décadas.

— Las peticionarias consideran gravemente conculcados sus derechos fundamentales a asociarse (artículo 22 CE) en base a una vulneración del principio de no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE). Argumentan que la discriminación por razón de sexo carece de sentido, dado que para el cumplimiento de los fines de la asociación, que no son otros que la realización de actos de culto y veneración a la Virgen de los Llanos, no es precisa la condición de ser varón, esto es, que no existe razón válida que permita admitir esa discriminación, ni siquiera basándose en la existencia de una tradición. Asimismo, afirman que con esta decisión se está afectando a su propia libertad religiosa (artículo 16 CE), por tener la Hermandad una posición de dominio en el ámbito social, cultural y religioso de su localidad, lo cual da lugar a un importante perjuicio a las demandantes, impidiendo su participación en los actos de culto más relevantes de la misma.

Cuestiones:

1. Teniendo en cuenta que ambas partes aluden a diferentes manifestaciones del derecho de asociación (artículo 22 CE), responde a las siguientes cuestiones:

- A) ¿Cuáles son las diferentes facetas o manifestaciones que promulga la doctrina constitucional respecto del derecho de asociación? ¿De estas facetas, cuáles son las que entran en conflicto en el presente caso?
- B) ¿Existe un límite para la facultad de autoorganización de las asociaciones?
- C) ¿Puede considerarse que la Hermandad presenta una posición de dominio, de acuerdo con la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional?

2. A partir de las respuestas anteriores y la jurisprudencia en la materia del Alto Tribunal, resuelva la controversia que se presenta, considerando si ha de prevalecer la pretensión de las demandantes, y con ello, la tutela del principio de no discriminación del artículo 14 CE, o, por el contrario, ha de seguir la

resolución del conflicto el planteamiento de la Hermandad, alegando que ha de prevalecer su libertad de autoorganización.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

La Hermandad de la Virgen de los Llanos es una asociación religiosa que lleva siglos copando los actos religiosos y del culto más relevantes del municipio donde se sitúa. Se da la circunstancia de que es una asociación que únicamente admite socios de sexo masculino. Un grupo de mujeres residentes en el municipio, que pretendían ser parte de los actos religiosos, han recibido reiteradas negativas a su admisión en la asociación.

B. Problemas constitucionales

En el presente caso se analizan los límites del derecho de asociación, y más concretamente de la facultad de organización. Se produce una confrontación con el principio de no discriminación por razón de sexo. Todo ello, al tratarse de una asociación que desarrolla actos de culto, se vincula con el respeto a la libertad religiosa.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 10, 14, 16 y 22 de la Constitución española

Artículos 11 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Preámbulo y artículos 2 y 7 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación

Artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa

Jurisprudencia

Sentencia 218/1988, de 22 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 244/1991, de 16 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 204/1997, de 25 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 173/1998, de 23 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 104/1999, de 14 de junio, del Tribunal Constitucional

Auto 254/2001, de 20 de septiembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 42/2011, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 108/2019, de 30 de septiembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 132/2024, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia de 19 de septiembre de 2002 del Tribunal Supremo

D. Solución

Cuestión 1.

A) El derecho de asociación, consagrado en el artículo 22 CE, se erige como un pilar fundamental para la participación ciudadana. Este derecho faculta a las personas a unirse de manera estable con el propósito de alcanzar un objetivo común. Según se expresa en el Preámbulo de la LODA, las asociaciones “permiten a los individuos reconocerse en sus convicciones, perseguir activamente sus ideales, cumplir tareas útiles, encontrar su puesto en la sociedad, hacerse oír, ejercer alguna influencia y provocar cambios”.

La libertad de asociación, como derecho fundamental, también cuenta con un sólido reconocimiento en el ámbito del derecho internacional. Así, se encuentra protegida por instrumentos clave como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 20) y, en el contexto europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 11) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 21).

El derecho de asociación se ha configurado como un atributo inherente a todas las personas, sin establecer distinción alguna entre ciudadanos españoles y extranjeros, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/2002 (LODA). En este sentido, el artículo 22 de la Constitución Española, junto con su desarrollo normativo tanto a nivel estatal como autonómico, garantiza tanto la dimensión positiva de este derecho —es decir, la libertad de crear asociaciones o de integrarse en una ya existente— como su dimensión negativa, que comprende la libertad de dejar de pertenecer a una asociación y el derecho a no asociarse.

El Alto Tribunal ha venido perfilando el contenido del derecho de asociación, concluyendo que lo componen cuatro facetas diferenciadas (STC 42/2011, de 11 de abril, FJ 3):

1. Libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas.

2. Libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las asociaciones.
3. Libertad de organización y funcionamiento interno sin injerencias públicas.
4. Una dimensión *inter privados* que provee una serie de facultades a los asociados, de manera individual, respecto a las asociaciones a las que pertenezcan, o a los particulares respecto a las asociaciones a las que pretendan pertenecer.

En el presente caso, se produce un choque entre la primera y la cuarta de las facetas, inherentes a las demandantes, la tercera, propias de la Hermandad demandada.

Respecto a la primera, la jurisprudencia constitucional ha venido subrayando que el derecho de asociación se erige como una de las libertades públicas de mayor relevancia, por manifestarse esa libertad como “un ámbito de autonomía personal, y por tanto también el ejercicio con pleno poder de autodeterminación de las facultades que componen esa específica manifestación de la libertad” (STC 244/1991, de 16 de diciembre). La dimensión *inter privados* del derecho de asociación, por su parte, se concibe como un conjunto de facultades inherentes tanto a personas que ya son parte de la asociación como a quienes aspiran a serlo, lo que implica una interdicción de cualquier impedimento a la admisión de estas últimas que pueda resultar arbitrario o carezca de razonabilidad (STC 173/1998, de 23 de julio).

Respecto a la facultad de organización, la jurisprudencia establece que las asociaciones tienen plena libertad para fijar sus fines, su organización o la elección de quién puede ser socio sin necesidad de injerencias públicas, dado que la razón misma de asociarse se basa en la voluntad de los socios de unirse para la consecución de unos fines sociales, creándose entre ellos no sólo un vínculo jurídico, sino también “una solidaridad moral basada en la confianza recíproca y en la adhesión a los fines asociativos” (STC 218/1988, de 22 de noviembre).

B) Pese a la descripción anterior, la facultad de autoorganización no tiene un carácter absoluto, y presenta límites, dado que, en palabras del TC, “colinda con los demás derechos de la misma índole y los derechos de los demás, teniendo como horizonte último el Código Penal, en cuya virtud las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito serán ilegales” (STC 104/1999, de 14 de junio). En este sentido, el ejercicio del derecho de asociación presenta una serie de límites, que pueden ser tanto aquellos establecidos por la misma Carta Magna como otros que se fijen otros derechos fundamentales, valores o intereses de relevancia constitucional

(entre otras, SSTC 22/1984, 181/1990, 143/1994, sintetizadas en STC 42/2011, de 11 de abril).

Por ello, el contenido de los Estatutos deberá respetar, además de la Constitución, todas aquellas Leyes que desarrollen o regulen el derecho de asociación (STC 104/1999, de 14 de junio y ATC 254/2001, de 20 de septiembre), lo cual permite la posibilidad, especialmente cuando colisionan dos derechos fundamentales, de que tenga lugar una intervención a través de un juicio de ponderación (STC 204/1997, de 25 de noviembre).

C) Todo lo anterior se ha de poner en relación con una circunstancia clave: la posibilidad de que la asociación, pese a ser un ente privado, pueda disfrutar, de hecho o de derecho, de una posición de dominio o privilegio en el ámbito económico, social o profesional, de forma que la negativa a la admisión de un potencial socio genere un perjuicio efectivo para éste (STC 218/1988, de 22 de noviembre).

Para determinar si existe o no en el caso de estudio esta posición de dominio es preciso atender a los criterios que se han empleado anteriormente para atender esta cuestión.

- En el ATC 254/2001, de 20 de septiembre, se alude a la posición de dominio de una Cofradía de pescadores, la cual tenía la concesión de la explotación de los recursos de un área marítima concreta, como base para impugnar la no admisión de socias mujeres en la misma. En este caso, se considera que una asociación que ostenta una situación privilegiada en el ámbito laboral, por explotar en exclusiva un área concreta, produce una discriminación por razón de género completamente arbitraria, generando un importante perjuicio a las afectadas en el ámbito laboral y económico.
- Interesan, asimismo, pronunciamientos como la Sentencia de 19 de septiembre de 2002 del Tribunal Supremo, relativo a la discriminación por razón de género respecto a mujeres en una celebración popular que recreaba un acontecimiento histórico y fue promovida por un ayuntamiento. Se concluye que el punto que genera una discriminación ilegítima es el hecho de que el propio ayuntamiento promueva este festejo, por lo que la exclusión de las mujeres en este festejo carece de sentido, dado que aceptarla podría implicar establecer diferentes tipos de participación de la ciudadanía en este evento. Vino a ratificarse este criterio en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2008, enjuiciando un supuesto de hecho similar, en el cual el ayuntamiento ya no formaba parte de la financiación y promoción del evento. Siendo

una institución privada quien promueve y financia este evento, no se observa una situación que atente contra la prohibición de discriminación del artículo 14 CE. En este último caso, se niega la existencia de una posición privilegiada.

En aplicación de los anteriores pronunciamientos en el caso de estudio, preciso partir de los siguientes extremos:

- (i) La Hermandad de la Virgen de los Llanos se encarga de los principales actos de culto de la imagen de la Patrona de la localidad. En este sentido, dada la relevancia de los actos que protagonizan, así como de la figura misma a la que veneran, se puede concluir que monopolizan, en gran manera, los actos de culto relacionados con la Virgen de los Llanos y la Semana Santa de la localidad.
- (ii) Las demandantes, al haber sido vetadas en la asociación, no tienen posibilidad alguna de participar en los actos de culto hacia la figura de la Patrona de su localidad. Efectivamente, podrían crear otras asociaciones que efectuasen actos de culto hacia cualquier otra figura, pero en modo alguno podrían cumplir su deseo de participar en los actos de veneración de la Virgen de los Llanos, por pertenecer ésta a la Hermandad demandada. No existe alternativa posible que supla o emule los actos que protagoniza la mencionada asociación religiosa.

Un reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional (STC 132/2024, de 4 de noviembre) concluye que una discriminación por razón de sexo que se encuentra arraigada a través de una tradición religiosa, no puede mantenerse apelando a la libertad de organización cuando la asociación ocupa una posición de dominio en los ámbitos económico, social, cultural o profesional, mermando la participación de las mujeres en los mismos. Respecto al hecho de tratarse de una asociación religiosa, concluye la mencionada resolución que “las asociaciones que organizan y participan de estas manifestaciones públicas y festivas de la fe pueden también tener una posición dominante o privilegiada en función de la relevancia social y cultural que estas manifestaciones adquieran”.

A la luz de los datos anteriores, se puede concluir que la asociación presenta una posición privilegiada o dominante en el ámbito social y cultural de la localidad, por limitar el disfrute y la participación en los actos de culto a un sector concreto de la población de la localidad.

Cuestión 2

En el presente caso se observa una colisión entre dos derechos fundamentales: el derecho de asociación (artículo 22 CE) y el principio de no

discriminación (artículo 14 CE), en este caso por razón de sexo. A su vez, las contrapartes aluden a una afectación de su derecho a la libertad religiosa (artículo 16 CE). Por ello, es preciso efectuar una ponderación entre ambos para determinar cuál de ellos terminará por prevalecer. Para ello, se debe referir al contenido de cada uno de ellos, si bien de manera sucinta.

El derecho de asociación, sus diferentes manifestaciones y los límites a la facultad de autoorganización han sido esbozados con anterioridad.

En lo que respecta al contenido del artículo 14 CE, reconoce no solo la igualdad como un principio, sino también como un derecho inherente a cualquier persona de no sufrir una discriminación. Esta prohibición de discriminación viene recogida por instrumentos internacionales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 14) o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 21) en términos similares a los de nuestra Carta Magna. Del artículo 14 CE emana, por tanto, un mandato antidiscriminatorio que no solo es exigible y aplicable por los poderes públicos, sino también por parte de los sujetos privados, cuya autonomía se encuentra limitada a la prohibición de promover o incurrir en situaciones discriminatorias. El objetivo de lo dispuesto en el artículo 14 es, en palabras del Alto Tribunal, el de “modificar el estado de cosas, el modelo y la conciencia sobre la igualdad sustancial entre los seres humanos, entre los colectivos y ciudadanos, actuando contra el mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la CE” (STC 108/2019, de 30 de septiembre).

Por su parte, la libertad religiosa, reconocida en el artículo 16 de la Constitución Española, encuentra una definición precisa en el artículo 2 LOLR. Este derecho comprende tanto la facultad de profesar libremente las creencias elegidas como la de no profesar ninguna. Incluye, asimismo, la realización de actos de culto propios de la confesión religiosa a la que se pertenezca, así como la manifestación pública con fines religiosos, entre otras prácticas. Cabe subrayar que la libertad religiosa posee una doble dimensión: una individual o interna, vinculada a la conciencia personal, y otra colectiva o externa, relativa a su expresión en el ámbito público. Corresponde a los poderes públicos garantizar el pleno ejercicio de ambas dimensiones. Este derecho fundamental se vincula al derecho de asociación en el artículo 2.1.d) LOLR, en el cual se reconoce como manifestación de libertad religiosa el “asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica”.

Tal y como sucedía en el caso del derecho de asociación, la libertad religiosa no se erige como un derecho absoluto, y encuentra en el artículo 3 LOLR una serie de límites a su ejercicio, a saber: “la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”.

Al haberse producido un conflicto entre los mencionados derechos fundamentales es preciso, ateniéndose a las circunstancias del caso concreto, realizar una ponderación a través del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que consta de tres condiciones:

- En primer lugar, se debe considerar el grado de satisfacción de los principios que están en conflicto, y el grado de no satisfacción o intervención del principio que se viera limitado. En este caso concreto, implica analizar si, en caso de prevalecer, por ejemplo, la pretensión de las demandantes, y con ello el principio de no discriminación del artículo 14 CE y sus derechos de asociación y libertad religiosa, la afectación al derecho de asociación y la libertad religiosa de la Hermandad sería una consecuencia proporcionada.
- Posteriormente, es preciso atender al peso en abstracto de cada uno de los derechos en conflicto. Conforme a lo desarrollado con anterioridad, se puede afirmar que todos ellos se erigen como principios básicos en cualquier sociedad democrática, y necesarios para la existencia de una sociedad plural e igualitaria. Si bien, podría afirmarse que la promoción de la igualdad en sociedad parece situarse en una situación preeminente en lo que se refiere a las actuaciones de los poderes públicos y los más recientes pronunciamientos jurisprudenciales. Por ello, puede concluirse que, en abstracto, pese a que tanto la libertad de asociación como el principio de igualdad y no discriminación presentan una gran relevancia, ésta última puede disfrutar de un carácter ligeramente preeminente.
- A su vez, se debe analizar la seguridad de las apreciaciones empíricas (o de hecho) relativas al grado de satisfacción de los derechos. En consecuencia, se debe observar la implicación real que puede tener la limitación de uno de los derechos en juego respecto a la prevalencia del otro. En el presente caso, es preciso partir de la premisa de que cualquiera que sea la resolución del conflicto, se verá afectada de una u otra manera la libertad religiosa de una de las contrapartes. En caso

de prevalecer la pretensión de la Hermandad por considerar que no se trata de una discriminación por razón de sexo injusta, y con ella su facultad de autoorganización, las demandadas verían frustradas su posibilidad de ser parte de la asociación y, con ello, de participar en los actos de culto exclusivos de la misma, viendo limitada completamente su libertad religiosa. En caso contrario, y estimándose la pretensión de las demandantes por considerar la existencia de una discriminación por razón de sexo, la Hermandad no vería alterada notablemente su libertad religiosa, en el sentido de que la participación de mujeres en actos de culto no supone una diferencia tal como para romper con las actividades que vienen desarrollando.

En un pronunciamiento sobre un asunto similar, el Tribunal Constitucional establece que cuando existe una posición de dominio tal que se impide a quienes son excluidas el ejercicio de la misma actividad de culto respecto a la misma imagen en otra hermandad o cofradía, la exclusión por el hecho de ser mujer incurre en una discriminación por razón de sexo prohibida por el artículo 14 CE y no amparada por la libertad de organización del artículo 22 CE (STC 132/2024, de 4 de noviembre).

Trasladando lo anterior al caso concreto de estudio, es preciso referir que la Hermandad ostenta una posición privilegiada o de dominio en el ámbito social y cultural de la localidad, de manera que la negativa a la admisión de mujeres en la misma trae consigo una imposibilidad de participar en los principales actos de culto, y con ello se limita de manera total el ejercicio de su libertad religiosa en su vertiente de manifestación libre y pública de las creencias propias. Por todo ello, se puede afirmar que en ese juicio de ponderación debería prevalecer la prohibición de discriminación del artículo 14 CE, pudiendo ser admitidas las demandantes en la Hermandad.

Ilegalización de partidos políticos

Carlos Marco Marco Atienza
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

En una reciente operación contra el terrorismo en España, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado han encontrado varios documentos en los que se acredita indiciariamente que varios miembros del partido político ABC pertenecen o han pertenecido a un grupo terrorista, incluido el Sr. Mikel González, ostentando en la actualidad el cargo de Presidente-Alcalde del Ayuntamiento de Pamplona. En este mismo sentido, y una vez estudiados los documentos, mediante Auto del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, el Juez competente ha acordado abrir juicio oral contra varios miembros del grupo terrorista y del partido político, incluido el Sr. González, entendiendo que el partido político actúa como *brazo político* del grupo terrorista.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En este caso práctico hemos de estudiar cuáles son los procesos de ilegalización de un partido político, así como el mecanismo para acordar su ilegalización. La declaración de ilegalización de un partido conlleva, en aquellos casos en los que exista una vinculación con banda terrorista que, si una de las personas que gozan mandato representativo fuere acordada la prisión provisional, el mismo será inmediatamente cesado.

B. Problemas constitucionales

El problema constitucional que surge es la ilegalización de un partido político cuando el mismo está vinculado a elementos terroristas.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 6, 22 y 23 de la Constitución española

Artículo 61 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

Artículos 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 6/2022, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

Artículo 515 del Código Penal

Artículos 384 bis del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Artículo 44 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General

Jurisprudencia

Sentencia 48/2003, de 12 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 85/2003 de 8 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 31/2006, de 30 de junio, de la Audiencia Nacional

D. Solución

Los partidos políticos son *asociaciones especiales* que “*concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular*”, reconociendo nuestro Tribunal Constitucional que son actores esenciales en la democracia, o la “*expresión principalísima del pluralismo político, son instrumento privilegiado de participación política*” (Sentencias del Tribunal Constitucional 48/2003, de 12 de marzo y STC 85/2003 de 8 de mayo, entre otras muchas), si bien no dejan de ser entes que están indudablemente vinculados al contenido esencial del artículo 22 de la Constitución que comprende el derecho fundamental a constituir asociaciones y establece sus límites esenciales, entre otros, en sus apartados 2º y 5º, respectivamente, son ilegales las “*asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito*” o las que sean secretas o tengan un carácter paramilitar.

Si bien de la lectura del artículo 6 de la Constitución no se desprende cuándo los mismos podrán ser ilegalizados, el artículo 22 sí que señala unos márgenes que han sido desarrollados por el legislador orgánico.

La ilegalización de partidos políticos viene expresamente prevista en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (en adelante, LOPP), concretamente, en su artículo 10.2, al exponer, en relación con este caso que se plantea, que, “(...) *será acordada por el órgano jurisdiccional competente en los casos siguientes: a) cuando incurra en supuestos tipificados como asociación ilícita en el Código Penal. (...). c) cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a las que se refiere el artículo 9*”, artículo que, en su apartado segundo, establece que “(...) *será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave: a) Vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual. b) Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas. c) Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma*”.

La LOPP establece dos vías que pueden seguirse para la ilegalización del partido político. En primer lugar, el artículo 10.4 manifiesta que será competente el Juez del orden jurisdiccional penal cuando nos encontremos ante un partido que sea una asociación ilícita conforme dispone el artículo 515 del Código Penal. Esta vía únicamente se podrá aplicar cuando el propio partido político actúe como organización terrorista, cometiendo directamente el delito. De hecho, esta vía de ilegalización de partidos únicamente ha sido utilizada en una sola ocasión (Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 31/2006, de 30 de junio), al ilegalizar Partido Comunista (reconstituido) (PCEr) por vinculación con el Grupo de Resistencia Antifascista Primero de Octubre (GRAPO).

En la segunda vía, mucho más común, la competencia ya no la ostenta el Juez de lo Penal, o más concretamente, el órgano competente del orden jurisdiccional penal, sino que es una Sala especial que se constituye en el Tribunal

Supremo, conocida como la Sala del artículo 61 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, o Sala 61. Este procedimiento se podrá iniciar independientemente del procedimiento de declaración de ilegalidad por ser una asociación ilícita del artículo 515 CP (artículo 10.6 LOPP). Por ser de aplicación la misma en este caso, será en la que nos centremos.

En este sentido, podremos iniciar el procedimiento de ilegalización cuando, “de forma reiterada y grave”, la actividad del partido vulnere los principios democráticos mediante las conductas recogidas en el artículo 9 de la LOPP. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia 48/2003, de 23 de marzo falló que, *“ninguna de las conductas descritas en el art. 9 LOPP determina aisladamente la disolución: para que ésta pueda tener lugar, es preciso que sean realizadas “de forma reiterada y grave” como precisa el encabezamiento del art. 9.2. En segundo lugar, que la existencia de un partido que con su actividad colabore o apoye la violencia terrorista, pone en peligro la subsistencia del orden pluralista proclamado por la Constitución; y, frente a ese peligro, no parece que pueda aplicarse otra sanción reparadora del orden jurídico perturbado que la disolución. Por último, ha de destacarse que el art. 6 CE contiene una configuración constitucional de partido: en la Constitución, un partido, para merecer la condición de tal, ha de poder ser expresión del pluralismo político y, por lo tanto, no es constitucionalmente rechazable que un partido que con su actuación ataca al pluralismo, poniendo en peligro total o parcialmente la subsistencia del orden democrático, incurra en causa de disolución. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considera que si bien el margen de apreciación de los Estados debe ser escaso en materia de disolución de partidos políticos, cuando el pluralismo de las ideas y los partidos, que es inherente a la democracia, está en peligro, el Estado puede impedir la realización o continuación del proyecto político que ha generado ese peligro [STEDH, de 31 de julio de 2001, caso Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) contra Turquía]”*.

La Sala del artículo 61 está compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo que, a su vez, es el Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, y por los Presidentes de Sala y los Magistrados más antiguos y más modernos de cada una de las Salas del Tribunal Supremo.

La competencia para iniciar el procedimiento de ilegalización recaerá sobre el Gobierno y el Ministerio Fiscal, si bien tanto el Congreso de los Diputados como el Senado pueden instar la ilegalización, *“quedando obligado el Gobierno a formalizar la correspondiente solicitud de ilegalización, previa deliberación del Consejo de Ministros”*, conforme dispone el artículo 11.1 LOPP. En el caso de que sea solicitada la ilegalización por cualquiera de las Cámaras, el

Gobierno estará obligado a instarlo, no pudiéndose negar, aunque, y “*previa deliberación del Consejo de Ministros*”, entendiera que no concurren las circunstancias o causas para solicitar su ilegalización. La consecuencia que conllevará la solicitud de ilegalización es que, una vez declarada, los partidos políticos, federaciones o coaliciones de partidos o agrupaciones de electores, no podrán presentar candidaturas que, “*de hecho, vengan a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido*”, teniéndose en cuenta en estos casos, “*la similitud sustancial de sus estructuras, organización y funcionamiento, de las personas que los componen, rigen, representan, administran o integran cada una de las candidaturas, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión*”, tal y como dispone el artículo 44 Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Con independencia de que se inicie el procedimiento de ilegalización del partido, se ha de recordar que en el caso práctico se exponía que el Sr. González era Alcalde del Ayuntamiento de Pamplona. En los casos en los que exista vinculación del cargo público con un grupo terrorista, cuando se decreta la prisión provisional quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del cargo, por así disponerlo el artículo 384 bis LECrim. En el caso de que el mismo gozase de inmunidad parlamentaria, por ser Diputado del Congreso de los Diputados, Senador o Diputado autonómico, habría que solicitar el suplicatorio a la Cámara correspondiente a fin de que levantase su inmunidad (artículo 71.2 CE), siendo enjuiciado en su caso por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia al ser aforado, según corresponda.

Derecho de participación política

La disciplina parlamentaria como asunto jurídico-constitucional

Alicia González Moro

Profesora de Derecho Constitucional

Universidad de Sevilla

I. PLANTEAMIENTO

Teresa Tramoya es parlamentaria en el Congreso de los Diputados. Milita desde hace quince años en el partido “Poder popular y democrático” (PPD), que se convirtió en la fuerza política más votada en las últimas elecciones generales tras obtener un total de 107 escaños en la Cámara Baja. Los buenos resultados electorales no sólo posibilitaron que los representantes del PPD pudieran constituir un grupo parlamentario propio en el Congreso, sino que también permitieron respaldar la investidura de su secretaria general, Clara Sotobosque, como Presidenta de un nuevo Gobierno de coalición.

A mitad de legislatura, la difícil aritmética parlamentaria y la adopción de algunas decisiones muy controvertidas por parte del Consejo de Ministros comienzan a generar serias desavenencias en el seno del PPD. La situación de crisis es aprovechada por el principal partido de la oposición, que presenta una moción de censura y anima a los diputados del PPD descontentos con la gestión del Gobierno a apoyar su iniciativa con el compromiso de convocar elecciones generales lo antes posible para volver a consultar al cuerpo electoral.

Durante el pleno de la moción de censura, Teresa Tramoya rompe con la disciplina de voto de su grupo parlamentario y decide abstenerse en lugar de votar “no”. Pese a esta fractura interna, la iniciativa no prospera y el Gobierno de coalición supera la crisis de confianza parlamentaria.

Al día siguiente, la diputada Tramoya publica una tribuna en el periódico de mayor tirada nacional explicando que su actuación parlamentaria “representa la opinión de muchos afiliados y electores del PPD que no están siendo escuchados porque Clara Sotobosque persigue a los discrepantes y ha eliminado cualquier espacio para la discusión y el debate dentro del partido”. Añade que otros parlamentarios del grupo admitieron “en privado” que estaban de acuerdo con sus posiciones, pero no se atrevieron a romper la disciplina de voto “por miedo a las represalias”. La diputada cierra su escrito reconociendo no sentirse “identificada con el PPD de Sotobosque” y animando a la ciudadanía española a “expresar su descontento en las calles y, por qué no, revisar su apoyo al PPD en la siguiente cita con las urnas”.

Tres días más tarde, el PPD anuncia la expulsión disciplinaria de Teresa Tramoya por “conducta desleal hacia su propio partido”. Simultáneamente, el portavoz del grupo parlamentario al que pertenece la diputada comunica a la Mesa del Congreso la baja de Tramoya y solicita su cese en el ejercicio del cargo público representativo, alegando dos razones: su condición de tránsfuga y el hecho de que ha dejado de pertenecer a la organización política que le permitió obtener su escaño en las elecciones generales. En su defecto, el portavoz pide que Tramoya adquiera la condición de diputada “no adscrita” para que no pueda integrarse en ningún otro grupo parlamentario –incluido el Grupo Mixto– en lo que resta de legislatura.

¿Qué debe resolver la Mesa del Congreso de los Diputados?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En el presente caso práctico, el portavoz de un grupo parlamentario comunica a la Mesa del Congreso de los Diputados la baja de una de sus integrantes –la diputada Teresa Tramoya– tras romper con la disciplina de voto en la Cámara y ser expulsada de su propio partido. La Mesa del Congreso debe resolver acerca de las dos peticiones que acompañan dicha comunicación y que, a juicio del portavoz, se justifican por la actitud tránsfuga de la diputada en cuestión: se solicita su cese en el ejercicio del cargo público representativo y, en su defecto, la adquisición de la condición de “diputada no adscrita” para impedir que pueda incorporarse a otro grupo parlamentario.

B. Problemas constitucionales

Se plantean dos problemas: por un lado, la necesaria delimitación de dos sujetos políticos muy próximos que deben ser diferenciados jurídicamente (partido y grupo parlamentario); y, por otro lado, la conciliación entre la prohibición constitucional del mandato imperativo y el ejercicio de la disciplina parlamentaria que rige el funcionamiento de los grupos políticos conformados en el seno de las Cámaras.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 1.1, 6, 16, 22, 23.2, 53.1, 67.2 y 71.1 de la Constitución española (CE)

Artículos 22 y 25-27 del Reglamento del Congreso de los Diputados

Artículo 44 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG)

Jurisprudencia

Sentencia 3/1981, de 2 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 5/1983, de 4 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 10/1983, de 21 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 85/1986, de 25 de junio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 161/1988, de 20 de septiembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 36/1990, de 1 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 167/1991, de 19 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 31/1993, de 26 de enero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 64/2002, de 11 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 48/2003, de 12 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 298/2006, de 23 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 10/2013, de 28 de enero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 159/2019, de 12 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 93/2023, de 12 de septiembre, del Tribunal Constitucional

D. Solución

La constitucionalización de los partidos como instrumentos fundamentales para la participación política (artículo 6 CE) aproxima nuestra democracia

representativa al arquetipo del “Estado de partidos”. Es indiscutible que las organizaciones partidistas prácticamente monopolizan la presentación de candidaturas en los comicios electorales (artículo 44 LOREG) y, por ello, desempeñan un rol protagónico a la hora de formar y manifestar la voluntad popular. No obstante, la intervención de los partidos como agentes centrales del proceso político genera fricciones con los postulados de la teoría de la representación y desencadena conflictos como el que aquí se plantea.

El principal propósito de los partidos consiste en la traducción de una determinada posición política en normas jurídicas (STC 298/2006, de 23 de octubre, FJ 5), por lo que es razonable que exijan a sus cargos públicos una mínima coherencia con sus postulados ideológicos y sus compromisos electorales. En el ámbito parlamentario, esta coherencia se intenta mantener agrupando a los diputados de un mismo partido para que actúen de manera coordinada, cohesionada y previsible. Ahora bien, no debe obviarse que el funcionamiento disciplinado de los grupos parlamentarios puede llegar a colisionar con la libertad de voto de la que gozan los representantes públicos en virtud de la prohibición constitucional del mandato imperativo (artículo 67.2 CE) y de la prerrogativa de inviolabilidad (artículo 71.1 CE); dos preceptos que son, a su vez, proyección de la libertad ideológica (artículo 16 CE) y expresión del pluralismo político (artículo 1.1 CE). Por este motivo, el Tribunal Constitucional ha admitido la conveniencia de “limitar los poderes del partido frente al electo, también para garantizar la representatividad popular obtenida por éste, evitando excesos y extralimitaciones que podrían llegar a un resultado constitucionalmente ilegítimo” (STC 31/1993, de 26 de enero, FJ 3).

El análisis del presente caso práctico exige clarificar, en primer lugar, la diferenciación jurídica entre partidos y grupos parlamentarios. “Aunque los segundos sean frecuentemente una lógica emanación de los primeros”—señala nuestro Tribunal Constitucional— “resulta indudable la relativa disociación conceptual y de la personalidad jurídica e independencia de voluntades presente entre ambos, de forma que no tienen por qué coincidir sus voluntades” (STC 36/1990, de 1 de marzo, FJ 1). Esta separación se pone de manifiesto al constatar que los partidos políticos constituyen una modalidad específica del derecho de asociación consagrado en el artículo 22 CE (SSTC 3/1981, de 2 de febrero, FJ 1; 85/1986, de 25 de junio, FJ 2 y 48/2003, de 12 de marzo, FJ 5), mientras que la facultad de constituir, integrarse y permanecer en un grupo parlamentario se residencia en el artículo 23.2 CE (SSTC 64/2002, de 11 de marzo, FJ 3; 10/2013, de 28 de enero, FJ 3 y 93/2023, de 12 de septiembre, FJ 3). Así pues, y ciñéndonos a la decisión que debe adoptar la Mesa del Congreso, debe descartarse el argumento relativo al cese en la pertenencia al partido. Es

irrelevante que la formación política haya acordado la expulsión disciplinaria de su afiliada, puesto que dicha resolución no despliega efectos en el ámbito parlamentario: ni debe traducirse de forma automática en el abandono del grupo, ni puede alterar en modo alguno el estatuto jurídico de la diputada. Es el grupo parlamentario quien, de manera autónoma y de conformidad con su reglamentación interna, debe manifestar su voluntad de expulsar a Tramoya si entiende que su indisciplina reviste una especial gravedad y, posteriormente, dar traslado de ese acuerdo al órgano de gobierno de la Cámara.

En este sentido, no parece que pueda formularse ninguna objeción –ni formal, ni material– al procedimiento de expulsión seguido por el grupo parlamentario; entre otras razones, porque no hay parámetros de control aplicables ante el silencio normativo que guarda el Reglamento del Congreso de los Diputados sobre la separación de un representante de su grupo político en la Cámara. La Mesa deberá aceptar y cursar la baja, pero: ¿se ajustan a Derecho las consecuencias jurídicas que el portavoz pretende derivar de dicha expulsión? ¿Puede el órgano rector de la Cámara acordar el cese de Tramoya en el ejercicio del cargo público representativo o, en su defecto, atribuirle la condición de “diputada no adscrita”?

Para dar respuesta a la primera pretensión, basta conocer la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional en torno al derecho de acceso a los cargos públicos (artículo 23.2 CE). Según su reiterada jurisprudencia, los únicos titulares del derecho de sufragio activo y pasivo son los ciudadanos, no los partidos ni las agrupaciones de electores, y de ello se deriva que el escaño pertenezca exclusivamente al representante (por todas, SSTC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 4 y 10/1983, de 21 de febrero, FJ 4). Esta comprensión del mandato de representación política contribuye a blindar la libertad e independencia de los parlamentarios, que no “pierden su individualidad al recabar el voto desde listas de partido”, de igual manera que los electores tampoco “prestan, al votar, una adhesión incondicional a determinadas siglas partidarias” (STC 167/1991, de 19 de julio, FJ 4). Así, la permanencia en el cargo de los representantes no queda al albur de lo que, eventualmente, puedan acordar las formaciones políticas y/o sus grupos en las Cámaras, sino que va a depender en exclusiva de la voluntad expresada por los electores en elecciones periódicas y sólo podrán ser removidos por causas y procedimientos legalmente establecidos. Puesto que tampoco se aprecia la concurrencia de alguno de los supuestos de cese previstos en el artículo 22 del Reglamento del Congreso de los Diputados –decisión judicial firme que anule la elección o la proclamación del representante, fallecimiento o incapacitación judicial, extinción de la legislatura o renuncia voluntaria–, la Mesa del Congreso no podrá acordar que

Teresa Tramoya pierda su condición de diputada aunque haya sido expulsada del partido al que estaba afiliada y del grupo parlamentario en el que decidió integrarse al comienzo de la legislatura.

Como pretensión subsidiaria, el portavoz del grupo parlamentario del PPD solicita a la Mesa del Congreso que se atribuya a la diputada disidente la condición de “no adscrita” para impedir, de este modo, que pueda integrarse en otro grupo de la Cámara. La figura del representante “no adscrito” se ha creado en nuestro ordenamiento con el doble objetivo de desincentivar, primero, y penalizar, después, las actitudes tráfugas; pero es una medida que abre el debate sobre si la “desadcripción” del parlamentario individual erosiona o no el *ius in officium*—esto es, el núcleo de la función representativa—y menoscaba, de ese modo, el ejercicio en condiciones de igualdad del derecho fundamental de participación política.

El Tribunal Constitucional ha avalado la constitucionalidad de la condición de “no adscrito” afirmando que el trato diferenciado, si es proporcionado y no afecta al núcleo de la función representativa, responde a un fin legítimo: combatir el transfuguismo como fenómeno político indeseable (por todas, STC 159/2019, de 12 de diciembre, FFJJ 7-9). Ahora bien, para que esa diferenciación pueda producirse sin conculcar el derecho fundamental de participación política de la diputada, debe estar prevista por el legislador (artículo 53.1 CE) porque el artículo 23.2 CE es un derecho de configuración legal y corresponde a los reglamentos parlamentarios ordenar los derechos y facultades de los cargos públicos (STC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 7). Considerando, pues, que el Reglamento del Congreso de los Diputados no contempla una definición jurídica de “conducta tráfuga” ni tampoco regula la condición de representante “no adscrito”, la Mesa deberá rechazar la pretensión subsidiaria del portavoz por carecer de sostén legal. En consecuencia, la diputada Tramoya no podrá ver minoradas sus facultades como cargo público representativo y conservará su derecho a integrarse en un grupo parlamentario de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 25-27 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

Derecho de acceso a la función pública

Felipe Rama Cerbán
Contratado predoctoral
Universidad de Valladolid

I. PLANTEAMIENTO

La Comunidad Autónoma de Castilla y León en el año 2024 aprobó una Ley que modificó la hasta entonces vigente Ley de Universidades de Castilla y León (ficticia). Dicha norma contiene una disposición transitoria que literalmente dispone lo siguiente:

“El personal docente e investigador de las Universidades de Castilla y León que tengan la condición de laboral fijo, y esté adscrito a plazas incluidas en las vigentes relaciones de puestos de trabajo docentes del Departamento de Educación, Universidades e Investigación podrá acceder a la condición de funcionario de carrera docente en el Cuerpo correspondiente al nivel de la plaza a la que está adscrito, aun careciendo de la específica titulación para el acceso a dicho Cuerpo, mediante pruebas selectivas restringidas que, con carácter excepcional, podrán ser convocadas por las Universidades”.

Sin embargo, la Ley que regula los aspectos esenciales de la Función Pública del Estado señala que el acceso a la función pública exige que cualquier persona que pretenda acceder a la condición de funcionario de carrera docente necesita de manera previa una acreditación de idoneidad en base a los méritos docentes e investigadores que otorga una determinada Agencia Estatal. Se recuerda, además, que en virtud del artículo 149.1.18 de la Constitución (en adelante, CE) las bases del régimen estatutario de los funcionarios, incluido el acceso a la Función Pública, es una competencia exclusiva del Estado.

Pues bien, contra esta Ley cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Socialista interpusieron recurso de inconstitucionalidad entre otras cosas por considerar dicha disposición contraria al derecho fundamental recogido en el artículo 23.2 (derecho de acceso a la función pública) y al reparto competencial que hace nuestra Carta Magna (artículo 149.1.18 CE).

Se pretende saber si ese recurso tiene posibilidades de prosperar, y cuáles son las razones de ello.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Se presenta el hecho de que una comunidad autónoma, haciendo uso de su capacidad legislativa, regula una materia que afecta competencialmente a una materia reservada en exclusiva al Estado y que incide de manera notoria en un derecho fundamental, el acceso a la función pública (artículo 23.2 CE).

B. Problemas constitucionales

El objeto del presente ejercicio es examinar los límites de la capacidad legislativa de una comunidad autónoma respecto a una competencia exclusiva básica del Estado, en relación con la posible vulneración del derecho fundamental de acceso a la Función Pública.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 23, 103, 148 y 149 de la Constitución española

Jurisprudencia

Sentencia 193/1987, de 9 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 206/1988, de 7 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 67/1989, de 18 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 47/1990, de 20 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 27/1991, de 14 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 215/1991, de 14 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 151/1992, de 19 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 388/1993, de 23 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 185/1994, de 20 de junio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 38/2004, de 11 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 3172006, de 1 de febrero, del Tribunal Constitucional

D. Solución

Los artículos 23.2 y 103.3 CE imponen que, en principio, las convocatorias para acceder a las funciones públicas sean públicas, abiertas o libres donde se midan el mérito y la capacidad de los aspirantes. La STC 151/1992 solamente permite las convocatorias restringidas en una serie de supuestos previos los requisitos exigidos por la normativa competente al respecto, siendo preciso que tengan un carácter excepcional y se ajusten a los requisitos y condiciones que se establezcan en la normativa básica estatal. Tal es así que ya nuestro guardián de la Constitución fijó doctrina en la STC 27/1991 al establecer que las convocatorias restringidas de acceso al empleo público solo se deben concebir de manera excepcional cuando la situación a resolver también sea excepcional. Esta doctrina de nuestro Tribunal Constitucional pone de relieve la manifiesta inconstitucionalidad del precepto objeto de impugnación ya que no reviste un carácter de “excepcional” y ello porque ni se prevé cuándo esta norma agota su eficacia ni tampoco se encuentra en la legislación básica del Estado una norma que sirva de cobertura o habilitación competencial para su aprobación por la Asamblea Legislativa.

La previsión de celebrar pruebas selectivas restringidas para el personal laboral fijo requiere de una cobertura legal que solamente podría darse si la norma aprobada por la Asamblea Legislativa de Castilla y León respetara la competencia dada en la Constitución. Sin embargo, es bastante claro que la competencia estatal exclusiva prevista en el artículo 149.1. 18ª CE presta una garantía añadida al principio de igualdad contenido en los artículos 23.2 y 103.3 CE.

En atención a lo anterior (falta de habilitación competencial) la omisión de la exigencia del título específico para el acceso a puestos de funcionarios docentes, tal y como dispone la norma objeto de impugnación, compromete los principios de igualdad, mérito y capacidad que deben presidir todos los procesos selectivos para el acceso a la función pública (artículos 23.2 y 103.3 CE). El sistema de acceso a la función pública en ámbitos de competencia estatal no debe quedar al azar de medidas autonómicas.

El hecho de que algunas plazas funcionariales puedan ser ocupadas por personas que carecen de la titulación exigida para ello (hemos enunciado que se exigía una previa acreditación de idoneidad emitida por una Agencia Estatal) es contrario al régimen constitucional de distribución de compe-

tencias, y ello supondría una vulneración de la garantía que supone para los ciudadanos, independientemente del territorio en el que estén, que les siga siendo de aplicación el mérito y la capacidad como criterios en los cuales se concreta la igualdad para el acceso a la función pública (artículo 23.2 CE).

El artículo 23.2 CE otorga un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios (SSTC 27/1991 y 185/1994), sin embargo, impone, relacionándolo con el artículo 103 CE, la prohibición de establecer diferencias que no guarden una estrecha relación con el mérito y la capacidad de la persona que opta al puesto (STC 27/1991). La falta de exigencia de la titulación legalmente exigida para ocupar determinados puestos lesiona el principio de igualdad.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre tal cuestión en la STC 388/1993 (respecto de un precepto de la Ley de Cantabria 4/1993, de la Función Pública, que pretendía una integración a título personal –esto es, sin proceso selectivo– en cuerpos de funcionarios de personal laboral sin poseer la titulación académica exigida para cada nivel), y tal doctrina se puede traer a colación del caso práctico planteado.

En definitiva, la norma autonómica vulnera los principios de mérito y capacidad (artículo 103.3 CE) que preservan el derecho fundamental al libre e igual acceso a la Función Pública (artículo 23.2 CE) de todos los ciudadanos del Estado.

E. Bibliografía

- GARCÍA TORRES, Jesús y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (2011): “Derecho de acceso a los cargos Públicos”, en ARAGÓN REYES, Manuel (dir.) y AGUADO RENEDO, César (codir.), *Derechos fundamentales y su Protección. Temas básicos de Derecho Constitucional*, Thomson Reuters, Pamplona, pp. 240 y ss.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto (1990): “Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 12, pp. 247 y ss.
- GARRIDO FALLA, Fernando (2001): “Artículo 23”, en GARRIDO FALLA, Fernando (dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3ª edición, Civitas, Madrid, pp. 523 y ss.
- MESEGUER YEBRA, Joaquín (1999): “El derecho fundamental del artículo 23.2 CE al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas (Estudio jurisprudencial. Años 1997 y 1998)”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 27, pp. 261 y ss.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto (1992): “La configuración constitucional del derecho de acceso a las funciones públicas”, *Revista de la Cortes Generales*, núm. 25, pp. 86 y ss.

PULIDO QUECEDO, Manuel (1992): *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Civitas, Madrid.

RIVERO ORTEGA, Ricardo (2000): “Acceso a la función pública autonómica y doctrina constitucional (Comentario a la STC 11 de febrero de 1999)”, *Revista de Administración Pública*, núm. 151, pp. 343 y ss.

Derecho a la tutela judicial efectiva

Sara Alemán Merlo

Investigadora predoctoral FPI en Derecho constitucional

Universidad de Barcelona

I. PLANTEAMIENTO

Doña Gregoria Paredes trabajaba como costurera para la empresa IAIA PAQUITA S.L. pero en fecha 2 de mayo de 2022 fue despedida. El mensaje de *WhatsApp* en el que le comunicaban el despido detallaba que el motivo era su bajada de rendimiento en el trabajo, pero la Sra. Paredes cree que el despido se debe a que días antes había solicitado una reducción de jornada para cuidar de su hijo menor, que padece un trastorno del espectro autista. Así pues, la Sra. Paredes acude a un abogado para impugnar la improcedencia del despido.

a) Supuesto 1: El abogado de la Sra. Paredes presenta papeleta de conciliación en fecha 14 de mayo de 2022 como paso previo a impugnar su despido. Se celebra el acto de conciliación en fecha 30 de junio de 2022 pero ante la falta de acuerdo, el abogado procede a interponer la demanda de impugnación de despido en fecha 1 de septiembre de 2022. En fecha 10 de septiembre de 2022 se les notifica un Auto escueto por el que se inadmite la demanda por extemporaneidad en su presentación, dado que el Estatuto de los Trabajadores establece un plazo de caducidad de 20 días hábiles para la interposición de la demanda por despido. El abogado interpone un recurso contra dicho Auto argumentando que se está vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva de su clienta en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

- ¿Vulnera dicho Auto el derecho a la tutela judicial efectiva de la Sra. Paredes?

a) Supuesto 2: El abogado de la Sra. Paredes, en tiempo y forma, presentó papeleta de conciliación e interpuso demanda por despido improcedente. Sin embargo, en el acto de conciliación se tiene a la Sra. Paredes por no compa-

recida puesto que, a pesar de personarse el día señalado para su celebración, tiene caducado su documento nacional de identidad y no se puede realizar su correcta identificación. Consiguientemente, el Juzgado dicta Sentencia en la que, estimando la excepción de caducidad alegada por la defensa de IAIA PAQUITA S.L., resuelve desestimar la pretensión de la Sra. Paredes.

- ¿Vulnera dicha Sentencia el derecho a la tutela judicial efectiva de la Sra. Paredes?

b) Supuesto 3: La Sra. Paredes tras consultar con su abogado, considera que no tiene pruebas que sustenten su pretensión de improcedencia del despido y decide no impugnarlo. No obstante, le pide a su abogado que reclame el pago de la liquidación y el finiquito que no le fueron satisfechos. El abogado, en tiempo y forma, presenta demanda en reclamación de cantidad. El Juzgado dicta decreto de admisión a trámite de la demanda y señala el juicio para el día 4 de septiembre de 2026, a las 10:30 horas.

- ¿Podría impugnarse el decreto por vulneración de la tutela judicial efectiva? ¿En qué sentido? Justifíquelo.

*El iter procesal laboral se ha simplificado a efectos de clarificar el caso práctico.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En el presente caso práctico, una trabajadora es despedida y acude a un abogado para interponer demanda por improcedencia. Se plantean tres supuestos en los que:

- 1) Se inadmite la demanda por extemporaneidad mediante un escueto Auto.
- 2) Se dicta Sentencia desestimando la pretensión de la actora por considerar que la acción había caducado al tenerse por no comparecida en el acto de conciliación por carecer de DNI en vigor para su identificación.
- 3) Se fija la fecha de celebración del acto de conciliación a cuatro años vista de la presentación de demanda de reclamación del pago de la liquidación y el finiquito.

Respecto de los tres supuestos, se debe analizar si existe o no vulneración al derecho de tutela judicial efectiva de la trabajadora en cuestión.

B. Problemas constitucionales

En el primer supuesto se plantea, por una parte, si puede limitarse y cómo el derecho de acceso a la jurisdicción y, por otra, cómo y cuánto debe motivarse una resolución al amparo del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho.

En el segundo supuesto, se plantea la colisión entre la interpretación del cumplimiento de requisitos formales en el proceso y el derecho a la acción.

Por último, en el tercer supuesto, se produce una situación susceptible de vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas al amparo del artículo 24.2 de la Constitución española (en adelante, CE) y su relación con la vulneración de la tutela judicial efectiva.

C. Fuentes

Normativa

Artículo 24 de la Constitución española

Artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Jurisprudencia

Sentencia 350/1993, de 22 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 58/2002, de 11 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 71/2002, de 8 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 68/2002, de 21 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 92/2007, de 7 mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 142/2010, de 21 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 155/2011, de 17 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 54/2014, de 10 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 125/2022, de 10 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia de 7 de julio de 1989 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Unión Alimentaria Sanders c. España*

Sentencia de 20 de diciembre de 2016 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Ruiz-Villar c. España*

D. Solución

i. *Nociones básicas sobre el “derecho a la tutela judicial efectiva”*

El denominado “derecho a la tutela judicial efectiva” se recoge en el artículo 24.1 de la Constitución con el siguiente tenor literal: *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*. Como es bien sabido, no se trata de un derecho fundamental único, sino que este derecho está compuesto a su vez por diversos derechos fundamentales disponibles para los ciudadanos en relación con la Administración de Justicia. Así pues, progresivamente a lo largo de los años, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido delimitado qué derechos fundamentales se integran en la tutela judicial efectiva y cuál es el contenido de cada uno. Resumidamente, cabe referirse a:

- a) El derecho de acceso a la jurisdicción.
- b) El derecho a una resolución sobre el fondo del asunto, congruente, motivada y fundada en Derecho.
- c) El derecho al cumplimiento y la ejecución del fallo.

Para resolver las cuestiones planteadas, es necesario determinar qué vertiente de la tutela judicial efectiva se está examinando y, en consecuencia, qué jurisprudencia constitucional le es de aplicación.

ii. *Primera cuestión*

En este primer supuesto, se plantean dos aspectos a considerar: la presentación extemporánea de la demanda como óbice para el acceso a la jurisdicción, por un lado, y la motivación escueta en una resolución judicial, por otro.

En relación con el primer aspecto, cabe señalar que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene como primer contenido el derecho a ejercitar acciones ante los Tribunales sin limitación de garantías ni impedimentos para alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y mediante la obtención de una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho (por todas, STC 58/2002). Ahora bien, este acceso a la jurisdicción no es ilimitado, pues puede ser condicionado por el legislador de acuerdo con causas que no sean irrazonables, de modo que este derecho debe ejercerse de manera compatible con las normas y plazos establecidos por la ley.

Como se observa en este caso, el legislador ha establecido un plazo de 20 días hábiles desde la notificación del despido para impugnarlo cuando se considere contrario a Derecho. En consecuencia, la pretensión impugnato-

ria de un despido tiene un límite de tiempo establecido como un plazo de caducidad, lo que significa que existe un tiempo determinado en el que su titular puede hacer efectiva la impugnación del despido de manera eficaz; de manera que, si este plazo transcurre sin que se haya ejercido dicha acción de impugnación, el derecho se extingue.

Consiguientemente, desde esta primera perspectiva, la inadmisión de la demanda por extemporaneidad en su presentación no vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva de la Sra. Paredes, ya que la presentación de la demanda fuera del plazo establecido por la ley supone una causa de inadmisión objetiva de la demanda (siempre y cuando no concurrieran circunstancias excepcionales que justificaran la presentación de la demanda fuera del plazo establecido por la ley, como por ejemplo la existencia de obstáculos insuperables, que no constan en el presente supuesto de hecho).

Ahora bien, cabe señalar que no cabe la inadmisión no motivada de una demanda, puesto que la tutela judicial resulta otorgada con plena eficacia cuando la decisión consiste en negar de forma no arbitraria o irrazonable la concurrencia de un presupuesto procesal, en este caso, la presentación del escrito de demanda dentro del plazo de caducidad legalmente establecido. Por tanto, el segundo aspecto a considerar es si una motivación escueta es suficiente para considerar que no se vulneran los derechos de acceso a la jurisdicción y a una resolución fundada en Derecho.

En este sentido, la STC 68/2002, señala que “el art. 24.1 requiere que las resoluciones judiciales sean motivadas, lo que corresponde a la finalidad, por una parte, de exteriorizar el fundamento de la decisión (...) y, por otra, de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio efectivo de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico. No obstante, ello no significa que las resoluciones judiciales deban contener un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que tengan las partes de la cuestión que se decide, sino que es suficiente, desde el prisma del precepto constitucional citado, que las resoluciones judiciales vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión”.

Por tanto, si el Auto no hubiera expuesto las razones jurídicas que fundamentan su decisión de inadmisión, se estaría vulnerando el derecho a la tutela efectiva de la Sra. Paredes, pues ello la privaría del derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho, toda vez que le dificultaría su posibilidad de ejercer su derecho a defensa y de impugnar adecuadamente dicha decisión.

Precisamente, en este sentido, la STC 71/2002 señala que “constituye una garantía esencial del justiciable, que el derecho a la tutela efectiva de los Jueces

y Tribunales comprenda el de obtener una resolución fundada en Derecho. Resolución que habrá de ser de fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos para ello. Y que podrá ser de inadmisión, o de desestimación por algún motivo formal, cuando concurra alguna causa de inadmisibilidad y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma”.

Por lo tanto, en el presente supuesto, el Auto en cuestión, a pesar de ser sucinto en su razonamiento, permite conocer los motivos concretos y los fundamentos jurídicos de la inadmisión (en este caso la presentación de la demanda fuera del plazo legalmente establecido) y, en consecuencia, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la Sra. Paredes.

iii. *Segunda cuestión*

En este segundo supuesto se plantea si la interpretación rigorista del cumplimiento de un requisito formal en el proceso, en este caso personarse en el acto de conciliación con el DNI caducado y por tanto tenerse como incomparecida, lo cual implica la caducidad de la acción, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

Por todas, la precitada STC 58/2002 señala que aunque “la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales constituye una cuestión de estricta legalidad ordinaria, cuya resolución compete exclusivamente a los órganos judiciales (...), se lesiona el derecho fundamental si una resolución judicial interpreta de forma arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurriendo en un error patente, tales presupuestos procesales; y, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, en los casos en que la normativa procesal se haya interpretado de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican”.

Precisamente, ya con anterioridad el Tribunal se había pronunciado en un caso similar en la STC 350/1993, que señala que el requisito de presentación del DNI en un acto de conciliación no tiene un valor autónomo, sino que es de carácter instrumental en la medida en que solo se utiliza para acreditar que el compareciente es el verdadero actor. En consecuencia, el incumplimiento de este requisito no puede convertirse en un motivo para negar cualquier virtualidad a su presencia en el acto de conciliación y, por ende, no puede conllevar la determinación de incomparecencia sin previamente haber dado la oportunidad de repararlo, puesto que se estaría aplicando una causa legal de forma incompatible con las obligaciones que implica el derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, en el presente supuesto se desprende que la formalidad del precepto fue respetada pues, aunque la Sra. Paredes tenía el DNI caducado, su comparecencia en el acto de conciliación en el lugar y día señalados demostró su voluntad de mantener la demanda.

En definitiva, la Sentencia en cuestión vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la Sra. Paredes debido a la excesivamente formalista y desproporcionada interpretación realizada tanto por el Letrado conciliador como por el Juzgado de instancia, pues desechando la presencia efectiva de la demandante solo tuvieron en consideración la caducidad del DNI, al margen de otros medios para acreditar la identidad de la actora. Consiguientemente, a pesar del defecto administrativo que impidió la correcta identificación de la Sra. Paredes en el acto de conciliación, se produjo una lesión a su derecho a la tutela judicial efectiva, que garantiza que toda persona tenga derecho a acceder a la justicia y a obtener una resolución en un plazo razonable y con todas las garantías procesales, sin que se produzcan indefensiones ni discriminaciones. En consecuencia, al justificar la inadmisión en una interpretación que no era la más favorable al ejercicio del derecho fundamental, el Juzgado privó indebidamente a la Sra. Paredes de resolver la acción por ella ejercitada.

iv. Tercera cuestión

En el último supuesto se nos plantea si la fijación del juicio a cuatro años vista de la presentación de la demanda produce una situación susceptible de vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas al amparo del artículo 24.2 CE y se cuestiona su posible relación con la vulneración de la tutela judicial efectiva.

Lo cierto es que el precitado artículo recoge el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, toda vez que el también consagrado derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener una resolución en un plazo razonable, lo que implica que los procedimientos judiciales deben ser diligentes y no dilatarse de forma injustificada, pues ello puede generar una situación de indefensión para la parte demandante y, en consecuencia, vulnerar su mencionado derecho a la tutela judicial efectiva.

Así pues, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6.1 del Convenio de Roma (STEDH de 20 de diciembre de 2016, asunto *Ruiz-Villar c. España*), para apreciar si las dilaciones son o no indebidas, deben aplicarse criterios objetivos a las circunstancias específicas de cada caso, tales como: (i) la complejidad del litigio; (ii) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; (iii) el interés que

arriesga el demandante de amparo; (iv) su conducta procesal; y (v) la conducta de las autoridades. Asimismo, el TEDH en su Sentencia de 7 de julio de 1989, asunto *Unión Alimentaria Sanders c. España*, afirmó que el carácter estructural de las dilaciones no puede privar a los ciudadanos de su derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable.

Precisamente en este sentido, en la STC 125/2022 el Tribunal ha declarado que en litigios que carezcan de especial complejidad, como la reclamación de una indemnización debidamente acreditada, la mediación de un lapso temporal entre la presentación de la demanda y el señalamiento del juicio que supere los tiempos medios de resolución de asuntos similares en tales Juzgados supone una demora tal que es constitutiva de una dilación indebida que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a obtener una resolución en un plazo razonable. Si bien la demora puede deberse a motivos estructurales o por sobrecarga de trabajo no imputable al órgano judicial, el Tribunal Constitucional ha declarado que ello no debe impedir apreciar la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, ya que su carácter injustificable persiste en la medida en que el ciudadano es ajeno a tal circunstancia.

Así pues, en el presente supuesto, la fijación del juicio cuatro años después de la presentación de la demanda supone un retraso que puede considerarse excesivo e injustificable que, por ende, vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas de la Sra. Paredes, por lo que cabría perfectamente impugnar el decreto de admisión.

En todo caso, finalmente, debe clarificarse que la STC 142/2010 ha señalado que la Constitución reconoce este derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas con carácter autónomo respecto del derecho a obtener una tutela judicial efectiva, “sin que ello suponga desconocer las innegables conexiones que existen entre ambos derechos; pues el derecho a la jurisdicción contemplado en el art. 24.1 CE no puede entenderse desligado del tiempo en que la tutela judicial de los derechos subjetivos e intereses legítimos debe prestarse”, tal y como se ha reseñado en la jurisprudencia europea anteriormente citada.

Derecho a la educación

Pablo Meix Cereceda

Profesor Titular de Universidad

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

El 10 de diciembre de 2024, el instituto “Bachiller Sabuco” de Albacete organizó dentro del horario escolar una jornada de actividades para conmemorar el Día de los Derechos Humanos. Además de leer un manifiesto celebrando la diversidad, la libertad y la inclusión en la enseñanza, se realizaron unos bailes folklóricos peruanos, un taller de cocina marroquí y una actuación de cante flamenco. Igualmente, para los alumnos del primer curso de ESO (de entre 12 y 13 años de edad), se programó un taller de educación afectivo-sexual en el que se habló de la importancia de apreciar a todas las personas con independencia de su orientación sexual, se difundieron estrategias para afrontar comportamientos indeseados de cariz sexual de adultos o de otros menores, se facilitó información sobre las enfermedades de transmisión sexual y el embarazo infantil y también se explicó cómo protegerse frente a estos riesgos.

Al tener noticia de esta actividad, tres familias acudieron al instituto para protestar y, como las explicaciones del equipo directivo les parecieron insatisfactorias, contrataron a un abogado para presentar un recurso administrativo, que fue desestimado, y luego un recurso contencioso-administrativo. En estos recursos solicitaban lo siguiente:

- En primer lugar, que el instituto debe abstenerse de tratar cualquier cuestión relacionada con la educación afectivo-sexual de sus hijos, ya que, según afirma la Constitución, “Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, lo que, según los recurrentes, significa que el sistema educativo actúa

como delegado o representante de los padres y no puede transmitir ideas contrarias a sus convicciones.

- En segundo lugar, que, en el futuro, el instituto les debe notificar con suficiente antelación toda actividad que no forme parte estrictamente de la enseñanza reglada de las distintas asignaturas, de modo que estas familias puedan comunicar al centro si autorizan o rechazan que sus hijos participen en dichas actividades complementarias o extraescolares.
- Subsidiariamente, y para el caso de que no se admitan las anteriores peticiones, reclaman el derecho a que sus hijos no asistan al instituto, y se comprometen a escolarizarlos en su propia casa, siguiendo un programa de estudios completo, basado en el Decreto que aprueba los contenidos de la Educación Secundaria Obligatoria.

En el reparto judicial de asuntos, le corresponde a usted, como juez, resolver la controversia en términos adecuados a la Constitución.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Este caso práctico se refiere al conocido como “pin parental” o pretendido derecho de los padres a objetar a ciertos contenidos de la educación escolar, en especial cuando estos contenidos no se encuadren en una asignatura en particular (es decir, las actividades complementarias relacionadas con el currículo de la etapa). En concreto, varias familias se oponen a una actividad de educación afectivo-sexual y, en relación con ello, solicitan que el instituto se abstenga de impartir dicha educación a sus hijos y que les consulte en el futuro sobre cualquier actividad realizada fuera del programa de las asignaturas. Subsidiariamente, piden que se les reconozca el derecho a mantener a sus hijos fuera de cualquier centro educativo y “escolarizarlos” en casa.

B. Problemas constitucionales

Se trata de un conflicto entre el derecho de los padres a determinar la educación moral y religiosa de sus hijos y el derecho de los hijos a recibir una educación que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad. También emerge el deber de escolaridad y su alcance, que, según la Constitución, afecta a la denominada enseñanza “básica”.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 27.1, 27.2, 27.3 y 27.4 de la Constitución española

Artículo 2 del Protocolo adicional primero al Convenio Europeo de Derechos Humanos

Artículos 3.3, 4.1, 6.2, 6.5, 6.6 y 22.2 de la Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (modificada por la Ley orgánica 3/2020)

Jurisprudencia

Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia 133/2010, de 2 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 74/2018, de 5 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 34/2023, de 18 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 26/2024, de 14 de febrero, del Tribunal Constitucional

Sentencia de 7 de diciembre de 1976, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*

Sentencia de 29 de junio de 2007, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Folgerø y otros c. Noruega*

Decisión de 11 de octubre de 2006, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Konrad y otros c. Alemania*

D. Solución

El primer problema se refiere al alcance del derecho de los padres a que sus hijos reciban la enseñanza moral y religiosa que esté de acuerdo con las convicciones de los propios padres. En particular, se debe determinar si este derecho permitiría a los padres oponerse a cualquier contenido determinado por los currículos educativos que consideren contrario a sus convicciones.

Es interesante poner en relación el derecho de los padres con el artículo 27.2 de la Constitución, según el cual la educación tiene como finalidad “el pleno desarrollo de la personalidad”. Esta idea es una importante guía para dotar de contenido a la enseñanza.

En relación con ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha reiterado, desde 1976 (asunto *Kjeldsen y otros c. Dinamarca*), que el derecho de los padres a que el Estado respete sus convicciones no puede suponer una limitación del derecho de los hijos a la educación, que es el más

importante de los dos (par. 52). Por otra parte, en esta sentencia también se afirma que el reconocimiento a los padres de un derecho general a oponerse daría lugar a que toda enseñanza institucionalizada resultase impracticable (par. 53). Una idea que recuerda al debate sobre si es aceptable la objeción de conciencia ante cualquier obligación jurídica (lo que, de aceptarse, llevaría a que el ordenamiento jurídico resultara completamente ineficaz, ya que toda persona podría aducir razones de conciencia para incumplir cualquier norma jurídica).

Aplicando estas ideas (prioridad del derecho a la educación sobre el derecho paterno y viabilidad de una educación escolar dirigida al conjunto de la población), el Tribunal Europeo consideró que los padres no tenían derecho a oponerse a que sus hijos recibieran educación sexual en el sistema educativo, ya que los hijos tendrían derecho a recibir información, al menos, relativa a cómo evitar embarazos indeseados y cómo protegerse de las enfermedades de transmisión sexual. Admitiendo que estos contenidos eran de “naturaleza moral”, concluyó que eran “de carácter muy general y no sobrepasaban los límites de lo que una sociedad democrática puede considerar de interés público”, y que las normas controvertidas “en modo alguno pretendían un adoctrinamiento para promover un comportamiento sexual de ningún tipo”. En el año 2000, el Tribunal Europeo reiteró esta idea en un asunto español (*Jiménez Alonso y Jiménez Merino*).

En otras sentencias, el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el derecho de los padres a determinar los contenidos de la educación, como singularmente en los casos *Folgerø y otros c. Noruega* (2007), *Zengin c. Turquía* (2007) o *Mansur Yalçın contra Turquía* (2014). En todos ellos, el Tribunal Europeo condenó a los Estados demandados por imponer a todos los alumnos la obligación de recibir educación religiosa relativa a una confesión determinada y sin derecho a una exención general. No obstante, el Tribunal también admitió, con carácter general, que “la enseñanza conjunta sobre el cristianismo, otras religiones y otras filosofías permitiría garantizar un ambiente escolar abierto e inclusivo, al margen del origen social, religioso, nacional o étnico del alumno” y que este propósito (que inicialmente había inspirado la configuración legal de la asignatura controvertida en el caso noruego), estaba claramente alineado con los principios de pluralismo y objetividad presentes en el artículo 2 del protocolo adicional primero. Un problema distinto fue que, además de ello, se concediera prioridad a la transmisión de valores propios de una determinada religión (el cristianismo evangélico luterano en el caso noruego o el islam suní en los dos asuntos turcos).

El Tribunal Constitucional español (TC) ha asumido en lo esencial la concepción del TEDH sobre el derecho de los padres, aunque ha tenido ocasión de desarrollar otros aspectos de la relación entre las convicciones de los padres y el derecho de los hijos.

Así, en su primera sentencia relativa a los derechos sobre la educación, el TC declaró que el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos tiene varios límites: tanto los que “resultan de su propia naturaleza” como “los que se producen por su articulación con otros derechos” y los que “respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador” (STC 5/1981, FJ 7). En el mismo fundamento, la sentencia citada consideraba que “la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etcétera) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva”.

Más adelante, el Tribunal Constitucional ha concretado en diversas sentencias que el derecho de los padres a determinar la formación moral y religiosa guarda relación con la posibilidad de optar por centros de titularidad privada (así en la STC 74/2018, FJ 5).

Y, a propósito de un recurso de inconstitucionalidad contra la reforma efectuada en la LOE en el año 2020, el TC ha reiterado la conexión entre el mencionado derecho de los padres y la enseñanza de la religión en el sistema educativo, aunque no necesariamente como asignatura optativa; es decir, bastaría con que se oferte, aunque no forme parte de las materias evaluables (STC 34/2023, FJ 6).

Estos dos últimos aspectos, además, han sido considerados como las principales manifestaciones del derecho de los padres a condicionar la educación que sus hijos reciben en el sistema educativo. Así, este derecho “se limita a la libertad de elección del centro docente y al derecho a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (STC 26/2024, FJ 2). El derecho a elegir centro no se refiere a que los padres decidan exactamente el centro, sino a la posibilidad de escolarizar a los hijos en centros distintos de los públicos (los privados y concertados, con un “ideario educativo” específico). En cuanto al derecho a la formación religiosa y moral, el último inciso de la STC citado no es particularmente preciso, ya que reitera el texto del artículo 27.3 de la Constitución, pero el contexto permite entender que se refiere a la posibilidad de optar sobre la enseñanza religiosa dentro del centro.

En conclusión, teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la primera petición de las familias

recurrentes en el instituto de Albacete debe ser desestimada: el derecho de los padres no permite que puedan oponerse con carácter general a cualquier contenido que resulte contrario a sus convicciones, ya que el sistema educativo cumple una función importante para el pleno desarrollo de la personalidad de los propios alumnos.

En cuanto a la segunda petición, dado que no cabe reconocer un derecho general de los padres a oponerse a las enseñanzas del sistema educativo, no es necesario analizar si el instituto debe comunicarles con antelación el contenido de las actividades que el centro considere de importancia para los objetivos curriculares de la etapa. En relación con ello, sería suficiente con aclarar que los centros pueden programar ciertas actividades “necesarias para el desarrollo del currículo” de la etapa, siempre que no supongan discriminación por motivos económicos (artículo 88.1 de la Ley Orgánica de Educación, LOE). En cuanto a la relación con el currículo, la Ley Orgánica de Educación ordena lo siguiente para los tres primeros cursos de la ESO: “se fomentarán de manera transversal la educación para la salud, incluida la afectivo-sexual, la formación estética, la igualdad de género y el respeto mutuo y la cooperación entre iguales” (artículo 24.5 LOE).

Por último, conviene desgranar la tercera petición de los recurrentes, relativa a ser eximidos de la obligación de escolarizar a los hijos. En relación con ello, la Constitución declara la enseñanza básica gratuita y obligatoria. Dejando de lado el debate sobre si la gratuidad a que se refiere la Constitución afecta a centros distintos de los estrictamente públicos, en este momento conviene desarrollar el concepto de “enseñanza básica” para comprender el ámbito temporal a que afecta la escolarización obligatoria. La Constitución no delimita la extensión de la enseñanza básica. En el Derecho internacional, los tratados sobre derechos humanos que se refieren a las etapas del sistema educativo limitan la obligación a la enseñanza primaria o a la enseñanza “elemental”, por lo que no permiten arrojar mayor claridad sobre el adjetivo “básica”. Este término supone una novedad incorporada por el legislador español en 1970 y asumida después por el constituyente de 1978.

Así pues, a falta de una definición por la Constitución o por los tratados internacionales, el legislador, como poder constituido que presenta la mayor legitimidad democrática (elegido por los ciudadanos), ha dotado de contenido al concepto de “educación básica”. Otra cuestión controvertida, en la que no entraremos, es si el legislador podría reducir la extensión de la enseñanza básica, o si existen argumentos para limitar una eventual regresión del nivel conseguido en un cierto momento histórico.

En efecto, ha sido el legislador ordinario el que ha determinado el alcance de la enseñanza básica. En 1970, la Ley General de Educación delimitó por primera vez el alcance de este concepto, al declarar obligatoria la Educación General Básica, con ocho cursos (para los alumnos de entre 6 y 14 años de edad, aproximadamente), lo que supuso un importante paso en términos históricos. En 1990, la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE) amplió el carácter obligatorio dos cursos más (hasta la edad de 16 años, con la Educación Secundaria Obligatoria, o Formación Profesional Básica en otros casos).

Los tribunales, sin embargo, han recibido peticiones para reconocer un derecho a *no* escolarizar a los hijos, en forma de una exención de la obligación escolar. El caso más conocido en Europa se resolvió por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2006 (asunto *Konrad c. Alemania*). En síntesis, el TEDH declaró que los Estados tienen capacidad para regular sus propios sistemas educativos y avaló la jurisprudencia alemana de que la integración en la sociedad y la adquisición de una primera experiencia en la vida social son finalidades importantes de la educación. También admitió el argumento del Tribunal Constitucional alemán de que “la sociedad tiene un interés general en evitar el surgimiento de sociedades paralelas fundadas en convicciones filosóficas *distantes*” (*separate*, en la versión original en inglés).

El Tribunal Constitucional español fue menos contundente. Por una parte, consideró que la Constitución no reconoce un derecho de los padres a “elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico” (STC 133/2010, FJ 5) y que, en todo caso, “la escolaridad obligatoria habría de considerarse una medida proporcionada que encuentra justificación en la satisfacción de otros principios y derechos constitucionales (art. 27.1 y 2 CE)”. No obstante, también declaró el TC que “esta no es una opción que venga en todo caso requerida por la propia Constitución que, efectivamente, no consagra directamente el deber de escolarización, ni (...) la duración del periodo sobre el que ha de proyectarse o las circunstancias excepcionales en las que dicho deber pueda ser dispensado o verse satisfecho mediante un régimen especial” (STC 133/2010, FJ 9).

Así pues, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 27.4 (“la enseñanza básica es obligatoria”) no implica que la enseñanza básica deba llevarse a cabo en el sistema escolar, sino que la Constitución admitiría la posibilidad de una enseñanza fuera de él (en el domicilio, por ejemplo). No obstante, la legislación básica (la LOE reformada en 2020) continúa obligando a la escolaridad durante diez cursos y, como se ha expuesto, el TC también ha admitido esta opción legislativa como válida.

Derecho de sindicación y huelga

Óscar Contreras Hernández

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

La empresa “TECNO GPT, S.A.”, dedicada a la fabricación de componentes electrónicos, cuenta con una plantilla de 500 personas. Durante los últimos meses, el órgano de representación de los trabajadores/as en la empresa (comité de empresa, compuesto por un total de 13 personas) ha intentado reiteradamente negociar con la dirección mejoras salariales, la reducción de la jornada laboral y la conversión a indefinidos de las personas con contratos temporales que superan los 2 años. Sin embargo, la dirección se ha mostrado intransigente, justificando sus posiciones con argumentos de eficiencia productiva y competitividad, sin atender las legítimas demandas de la plantilla.

Ante esta situación y la ausencia de canales de diálogo efectivos, el 1 de marzo, el comité de huelga y los sindicatos más representativos, CC.OO. y UGT, deciden convocar una huelga indefinida a partir del 10 de marzo, en un intento por presionar a la empresa para que reconsidere su postura. El día de la huelga, los convocantes organizan asambleas y piquetes informativos en los accesos a la planta, con el fin de difundir el mensaje y fomentar la adhesión a la huelga de la totalidad de los trabajadores/as.

En respuesta a la convocatoria, “TECNO GPT, S.A.” adopta una serie de medidas claramente represivas y antisindicales. En un primer momento, la empresa impide el acceso a la zona destinada a los piquetes informativos, limitando la libre circulación de los trabajadores y la difusión de información sindical. Posteriormente, sin ofrecer justificación objetiva ni respetar los procedimientos legales establecidos en los artículos 49 a 60 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del

Estatuto de los Trabajadores (ET), la dirección sanciona disciplinariamente a numerosos trabajadores que participaron en las actividades sindicales y procede al despido de 5 miembros del comité de huelga. Estas medidas, aparentemente orientadas a desincentivar la protesta y debilitar la organización sindical, generan un grave conflicto por ser susceptibles de vulnerar derechos fundamentales, en concreto, la libertad sindical (artículo 28.1 de la Constitución; en adelante, CE) y el derecho de huelga (artículo 28.2 CE).

Los trabajadores afectados, así como los sindicatos CC.OO. y UGT, recurren a su asesoramiento jurídico con la finalidad de determinar la legalidad de estas actuaciones y evaluar la posibilidad de impugnar tanto las sanciones como los despidos, en aras de proteger los derechos fundamentales conculcados. Precisan evaluar en qué grado la conducta de la empresa pudiera considerarse proporcionada y en qué medida se produce, en su caso, una vulneración de los derechos de libertad sindical y de huelga.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Este caso práctico se enmarca en un conflicto laboral en el que se contraponen el Derecho de sindicación y huelga (artículo 28 CE) con las prácticas represivas adoptadas por la empresa. Desde que las negociaciones con la dirección se tornaron infructuosas, el comité de empresa y los sindicatos implicados optaron por convocar, conforme a lo dispuesto en la Constitución, la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, una huelga indefinida, decisión que se basó en la necesidad de ejercer presión para alcanzar acuerdos en materia salarial y de condiciones laborales.

Durante la huelga, se organizaron piquetes informativos en los accesos a la empresa, y se realizaron asambleas periódicas para informar a la plantilla sobre las reivindicaciones y estrategias de negociación. No obstante, la dirección de la empresa, en lugar de entablar un diálogo constructivo, adoptó una serie de medidas de carácter represivo, entre otras, impidió el acceso a los piquetes, limitando la capacidad del sindicato para difundir información y organizar la protesta. Ejecutó sanciones disciplinarias a diversos trabajadores que ejercieron su derecho fundamental a participar en la huelga legalmente convocada. Llevó a cabo extinciones de contratos laborales despidiendo a 5 trabajadores, todos ellos integrantes del comité de huelga, sin que existiera

una causa objetiva y legal que justificase tal medida, más allá que el ejercicio de sus derechos de acción sindical.

En principio, estos hechos pueden constituir una clara agresión contra el ejercicio legítimo de la libertad sindical, ya que se utilizan medios coercitivos para reprimir la manifestación de demandas colectivas de las personas trabajadoras y el ejercicio de derechos fundamentales protegidos al más alto nivel dentro del ordenamiento.

B. Problemas constitucionales

El caso que nos ocupa integra algunos comportamientos que vulneran derechos constitucionales, entre los que destacan los siguientes:

Vulneración del derecho fundamental de libertad sindical: El artículo 28.1 CE garantiza la libertad sindical, la autoorganización y la defensa de los derechos laborales de los trabajadores. Las represalias al ejercicio de este derecho, como la prohibición de acceso a los piquetes informativos y el despido de trabajadores huelguistas, constituyen una intromisión inconstitucional en este derecho.

Vulneración del derecho fundamental de huelga: el artículo 28.2 de la Constitución Española reconoce el derecho fundamental de huelga como instrumento de defensa de los intereses laborales. La imposición de sanciones y despidos por el ejercicio de este derecho contraviene lo establecido en dicho precepto.

Prohibición de represalias antisindicales: Tanto la doctrina constitucional como la jurisprudencia (entre otras, Sentencias 51/1986 y 33/2011) establecen que no se pueden imponer medidas que tengan como finalidad debilitar la organización sindical o coartar el ejercicio de los derechos fundamentales relacionados con la sindicación y la huelga.

Infracción del principio de proporcionalidad: Cualquier restricción al ejercicio de derechos fundamentales debe cumplir con el juicio o test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). En efecto, las medidas adoptadas por la empresa, cuando sean excesivas y no cuenten con una justificación razonable, vulneran este principio, ya que resultan desproporcionadas respecto al fin que se persigue.

C. Fuentes

Normativa

Constitución española: Artículos 7 (consagra el papel de los interlocutores sociales como organizaciones básicas para la defensa y promoción de los inte-

reses económicos y sociales), 28.1 (derecho de libertad sindical), 28.2 (derecho de huelga), 37.1 (derecho a la negociación colectiva) y 53.2 (tutela del derecho fundamental de huelga)

Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical

Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo

Convenio de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87). Ratificado por España el 20 de abril de 1977

Convenio de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98). Ratificado por España el 20 de abril de 1977

Artículo 63 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)

Jurisprudencia

Sentencia 11/1981, de 8 de abril, del Tribunal Constitucional (primer reconocimiento del derecho de huelga como derecho fundamental)

Sentencia 51/1986, de 24 de abril, del Tribunal Constitucional (prohibición de represalias contra huelguistas)

Sentencia 123/1992, de 28 de septiembre, del Tribunal Constitucional (análisis de la proporcionalidad en la aplicación de restricciones)

Sentencia 134/1994, de 9 de mayo, del Tribunal Constitucional (derecho de adhesión y participación en las actividades lícitas promovidas por los sindicatos)

Sentencia 265/2000 y Sentencia 163/2006, del Tribunal Constitucional (reiteración del control judicial sobre medidas restrictivas en el ámbito sindical)

Sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, del Tribunal Constitucional (vulneración del derecho a la libertad sindical)

Sentencia 170/2008, de 15 de diciembre, y Sentencia 96/2010, de 15 de noviembre, del Tribunal Constitucional (límites y proporcionalidad en el ejercicio de los derechos fundamentales)

Sentencia 33/2011, de 28 de marzo, del Tribunal Constitucional (protección del derecho de sindicación frente a despidos antisindicales)

Sentencia 100/2014, de 23 de junio, del Tribunal Constitucional (garantía de indemnidad: derecho a no sufrir represalias por razón de su afiliación o actividad sindical)

Sentencia 64/2016, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 2/2022, de 24 de enero, del Tribunal Constitucional (protección del derecho del sindicato demandante mediante recurso de amparo por vulneración del derecho de huelga)

Sentencia 962/2023, de 8 de noviembre, del Tribunal Supremo (protección del derecho de sindicación frente a despidos antisindicales)

Sentencia de 12 de noviembre de 2008, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), caso *Demir y Baykara c. Turquía*, demanda núm. 34503/97 (protección internacional de la libertad sindical y negociación colectiva)

D. Solución

El derecho de sindicación y huelga, recogido en el artículo 28 CE, constituye un pilar fundamental en la defensa de los derechos laborales y la participación democrática de las personas trabajadoras. Su ejercicio, inherente a la actividad sindical, no requiere autorización previa, pero debe desarrollarse conforme a los límites y garantías que la legislación (Ley Orgánica de Libertad Sindical, Real Decreto-ley 17/1977) y la jurisprudencia han establecido para evitar abusos. Según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, dentro del contenido esencial del derecho a la libertad sindical se integra el derecho de huelga. En efecto, “el artículo 28.1 CE integra, además de la vertiente organizativa de la libertad sindical, los derechos de actividad y medios de acción de los sindicatos —huelga, negociación colectiva, promoción de conflictos—, que constituyen el núcleo mínimo, indispensable e indisponible de la libertad sindical” (véase, por todas, Sentencia 64/2016, de 11 de abril, del Tribunal Constitucional, Fundamento Jurídico 4º).

En el presente caso, la actuación de “TECNO GPT, S.A.” evidencia una clara vulneración de estos derechos. La convocatoria de huelga, realizada de manera legítima por el comité de empresa y los sindicatos CC.OO. y UGT se ajusta a la finalidad de defender intereses laborales, tal y como ha sido reconocido por la STC 11/1981. Esta sentencia no solo ratifica la condición de la huelga como un derecho fundamental, sino que subraya que las restricciones a su ejercicio deben estar estrictamente justificadas y ser proporcionadas.

El despido de los cinco miembros del comité y las sanciones disciplinarias impuestas se enmarcan dentro de lo que ha sido calificado en la jurisprudencia constitucional como represalias antisindicales. La STC 51/1986 es clara al establecer que cualquier medida que atente contra el ejercicio del derecho de huelga y de sindicación vulnera el orden constitucional. Asimismo, la STC 33/2011 ha afirmado que el despido de representantes sindicales

o miembros de comités de huelga se presume nulo de pleno derecho por ser una manifestación directa de represión antisindical.

Otras sentencias, como la STC 265/2000 y la STC 163/2006, han reforzado la necesidad de un control judicial estricto sobre las medidas restrictivas adoptadas en el ámbito laboral, especialmente cuando se dirigen contra la actividad sindical. Estas sentencias han puesto de manifiesto que, en ausencia de una justificación legal y objetiva, las acciones represivas no pueden encontrar cabida en un Estado de Derecho. El análisis del principio de proporcionalidad resulta igualmente determinante en este contexto. Para que una medida restrictiva sea constitucional, debe cumplir con tres requisitos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En este caso, la actitud de la empresa no solo resulta desproporcionada y carece de justificación: resulta evidente que existen alternativas menos gravosas que pueden permitir alcanzar el supuesto fin (por ejemplo, el diálogo o la mediación). La eliminación de la posibilidad de informar y organizar a los trabajadores a través de los piquetes, junto con la aplicación de sanciones y despidos constituye una respuesta excesiva y claramente orientada a debilitar la acción sindical.

Desde una perspectiva comparada, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Demir y Baykara c. Turquía*, ha enfatizado que el derecho de sindicación y la negociación colectiva son fundamentales para la protección de los trabajadores, y que cualquier restricción debe estar basada en “razones imperiosas” y ser estrictamente necesaria. Este enfoque refuerza la obligación del Estado de garantizar que las empresas no utilicen medidas represivas para coartar la libertad sindical.

En definitiva, la convocatoria de huelga en el caso que nos ocupa se encuentra plenamente amparada por la normativa constitucional y legal vigente, habiendo sido ejercida de forma legítima y en defensa de los intereses colectivos de la plantilla. En contraposición, las medidas adoptadas por “TECNO GPT, S.A.” –que incluyen el bloqueo de piquetes informativos, la imposición de sanciones disciplinarias y el despido de miembros del comité de huelga– constituyen una clara vulneración de los derechos fundamentales de sindicación y huelga, violando expresamente lo dispuesto en los artículos 28.1 y 28.2 de la Constitución, así como en la jurisprudencia consolidada por el Tribunal Constitucional (STC 11/1981, STC 51/1986, STC 33/2011, entre otras).

En consecuencia, procede la impugnación judicial de las medidas represivas adoptadas por la empresa. En la demanda se deberá solicitar expresamente la declaración de nulidad de las sanciones y despidos, así como el reconocimiento de indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de la

vulneración de derechos fundamentales. La sentencia debería ordenar, además, la restitución de los derechos de libre sindicación y la garantía de que en el futuro se respetará el ejercicio del derecho de huelga, en línea con la doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Este caso, aun simplificado para resultar adecuado desde el punto de vista docente y de aprendizaje, ilustra la relevancia de mantener un equilibrio entre la necesidad de preservar el orden y la productividad empresarial con la garantía de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, especialmente en lo que respecta a la libertad sindical y el derecho de huelga, esenciales para el ejercicio pleno de la democracia en el ámbito laboral.

E. Bibliografía

BAYLOS GRAU, Antonio (2025): *Sindicalismo y Derecho Sindical*, 9ª edición, Editorial Bomarzo, Albacete.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel (2022): *Derecho del Trabajo*, 30ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 306-351.

Derecho de petición

Manuel Pereiro Cárceles

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo

Universidad Complutense de Madrid

I. PLANTEAMIENTO

D. Ahmed N'diaye, estudiante mauritano residente en Canarias desde hace 5 años, envía una solicitud al Parlamento canario para que inste al Gobierno de la Comunidad Autónoma a que realice la convocatoria de becas para financiar gastos de matrícula, transporte y residencia de la que gozan los ciudadanos residentes en Canarias que estudian en universidades públicas españolas peninsulares. Su intención es comenzar el próximo curso sus estudios de Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha y necesitará de ayuda económica para poder cubrir sus gastos de matrícula, manutención y residencia en Albacete. Por esta razón D. Ahmed se encuentra especialmente interesado en que se publique la convocatoria sin retrasarse más tiempo.

D. Ahmed, para tratar de dar salida a esa inquietud, dirige su solicitud a la Mesa del Parlamento canario el 12 de junio de 2024. Sin embargo, pasan y pasan los días y D. Ahmed no recibe noticia alguna de qué ha ocurrido con su petición. Finalmente, el 3 de septiembre de 2024 se le comunica la inadmisión de la solicitud por parte de la Mesa de la Cámara por considerar que esta supone una intromisión indebida en las funciones propias del órgano parlamentario y que dicha solicitud no había sido enviada al órgano competente.

D. Ahmed, que no está conforme con la respuesta, contacta con usted con la intención de exigir que la Cámara conozca del asunto y se haga llegar la reivindicación al Gobierno para que publique la convocatoria de la beca de estudios que necesita.

En relación con el caso planteado, responda a las siguientes preguntas:

- 1) ¿Qué derecho fundamental trata de ejercitar D. Ahmed presentando la solicitud y dónde se encuentra regulado? ¿Con qué otros derechos o valores constitucionales cree que tiene conexión?
- 2) ¿La petición de que se realice la convocatoria de la beca encaja dentro del objeto del derecho que D. Ahmed trata de ejercitar? ¿Por qué?
- 3) ¿Supone impedimento alguno para el ejercicio del derecho que D. Ahmed no sea nacional español? Justifique su respuesta.
- 4) ¿Qué valoración jurídica le merece que la Mesa del Parlamento no informase a D. Ahmed de la recepción de la solicitud, así como que declarase su inadmisión?
- 5) ¿Qué vías de respuesta aconsejaría usted a D. Ahmed para defender el cumplimiento de su derecho? ¿Tiene derecho D. Ahmed a que se publique forzosamente la convocatoria de becas?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Se trata de una reclamación que un ciudadano extranjero residente hace llegar al órgano parlamentario de la Comunidad Autónoma de Canarias para que el Gobierno apruebe una convocatoria de ayudas económicas que el individuo necesita para poder costear sus estudios superiores durante el próximo curso. Dicha solicitud se dirige a la Mesa del Parlamento, que no emite respuesta alguna. El ciudadano, que considera que tiene derecho a que no se le haga caso omiso, contacta con usted para preguntarle una serie de dudas acerca de la situación en la que se encuentra inmerso.

B. Problemas constitucionales

Surgen varios problemas en relación con el derecho de petición, relativos a la delimitación de su titularidad, su objeto y su control, según quedan configurados a partir de la regulación existente y los pronunciamientos que la jurisprudencia constitucional ha emitido al respecto.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 9.2, 20.1.a), 29, 53.2 y 77 de la Constitución española

Artículo 44 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Artículo 52 del Reglamento del Parlamento de Canarias

Artículos 1, 6, 8.2, 12 y disposición adicional primera de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, Reguladora del Derecho de Petición

Jurisprudencia

Auto 749/1985, de 30 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 161/1988, de 20 de septiembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 242/1993, de 14 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 89/2005, de 18 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 90/2006, de 18 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 108/2011, de 20 de junio, del Tribunal Constitucional

D. Solución

1) El derecho fundamental que D. Ahmed ejercita en el supuesto planteado es el derecho de petición, regulado en el artículo 29 de la Constitución española (en adelante, CE), consistente en enviar sugerencias, ideas o reclamaciones a cualesquiera instituciones públicas. Existe una previsión particular en relación con el ejercicio del derecho ante las Cámaras, el artículo 77 CE. A su vez, la regulación legal del derecho puede encontrarse actualmente en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, Reguladora del Derecho de Petición (en adelante, LODP), aunque las Cámaras parlamentarias, dado su especial autonomía, poseen sus previsiones específicas en sus respectivos Reglamentos, conforme se reconoce en la disposición adicional 1ª LODP. En este caso concreto habría que acudir al Reglamento del Parlamento de Canarias, cuya última reforma data del 22 de mayo de 2023, en particular, a su artículo 52.

De acuerdo con lo que ha establecido la jurisprudencia (STC 242/1993, de 14 de julio), así como podría deducirse de su propia configuración, el derecho de petición actúa, principalmente, como instrumento para el cumplimiento de los dos siguientes valores o derechos constitucionales:

A) El principio de participación (artículo 9.2 CE). La solicitud de D. Ahmed no representa sino una forma de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. Aunque no se trate de un derecho puramente político -como podría ser, por ejemplo, el sufragio activo-, el derecho de petición

permite a los ciudadanos hacer llegar sus intereses y necesidades a las instituciones públicas.

B) El derecho a la libertad de expresión (artículo 20.1.a) CE). El derecho de petición del ciudadano puede vincularse también con el ejercicio de su derecho a opinar, al menos parcialmente, en tanto el ciudadano expresa sus ideas por escrito a través de su solicitud. Puede afirmarse que el derecho de petición actúa de forma instrumental para la materialización de la libertad de expresión del individuo.

Sería factible que en el supuesto planteado se nos ocurriesen otras conexiones constitucionales. Si bien estas tendrían un carácter más accesorio o circunstancial. Sería el caso de la vinculación de la petición con el derecho a la educación (artículo 27 CE), en particular poniendo este en relación con el principio de igualdad. Esta podría sostenerse en tanto que la financiación económica de unos estudios tiene como objetivo favorecer un acceso a la educación en igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos. Sin embargo, esta conexión no se encuentra estrechamente unida al ejercicio del derecho de petición, de incorporar súplicas, quejas o ideas, sino al contenido concreto que forma parte de esa reclamación concreta y que en este supuesto trata sobre esa temática. Tampoco sería, a mi juicio, del todo correcto entender que el derecho de petición forma parte del novísimo derecho a la buena administración, previsto en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), en tanto que la petición no encaja dentro de las manifestaciones específicas que contempla ese precepto, y mantiene su propia autonomía en la CDFUE en el artículo 44, en consonancia con la más alargada tradición que posee.

2) El objeto del derecho de petición puede consistir en sugerencias, iniciativas, quejas o información sobre cualquier asunto comprendido en las competencias del destinatario de la petición. En tanto que en el caso planteado consiste en una reclamación para que se tramite, apruebe y publique una convocatoria de becas, podemos decir que el objeto sustantivo de la petición realizada es apropiado, al tratarse de una sugerencia o queja, tal y como doctrina y jurisprudencia establecen. Por su parte, el artículo 77 CE prohíbe la presentación de peticiones a órganos parlamentarios a través de manifestaciones ciudadanas, lo que no se produce en este caso en concreto, en que el solicitante es un particular.

Si bien, en relación con el objeto del derecho existen una serie de limitaciones o circunstancias que, de concurrir, la principal consecuencia que desencadenarían sería la inadmisión por la entidad destinataria. La primera de

ellas sería que se tratase de una petición reiterativa de otras ya tramitadas con anterioridad, lo cual no consta que ocurra en el supuesto planteado. Tampoco puede decirse que consista en una reivindicación que no tenga vinculación con el ámbito público, ya que la convocatoria de ayudas cuya tramitación se solicita constituye una actividad de fomento, de reparto de dinero público, que corresponde al Gobierno autonómico. Y, del mismo modo, no consta que exista un procedimiento parlamentario, administrativo o judicial en curso que justifique la inadmisión de la petición (en esta línea, el artículo 8.2 LODP).

El quid de la cuestión aquí planteada está en si la reclamación presentada por D. Ahmed podría consistir en una solicitud o queja para la que el ordenamiento ya prevé un procedimiento específico distinto del previsto para el ejercicio del derecho de petición, al ser esta una de las causas principales de inadmisión, ligada enormemente al carácter residual que tradicionalmente se ha reconocido a este derecho en contraposición con otros instrumentos de participación o de garantías de derechos.

Lo cierto es que no siempre es fácil de discernir cuándo existe o no un procedimiento alternativo al previsto para el derecho de petición, pero en sentido estricto parece más bien claro que enviar una súplica o queja a las instituciones para la toma de una decisión discrecional o graciable no es una conducta que cuente con un cauce propio jurisdiccional o administrativo. El particular, en el caso planteado, no posee un derecho subjetivo, ni tan siquiera un interés legítimo, especialmente protegido en el que fundamente su pretensión. Por lo tanto, no se trata de una reclamación administrativa de las contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo Común, ni de una demanda o recurso judicial. Tampoco existe un procedimiento parlamentario específico dedicado a ello, dado que el ejercicio del derecho de petición por parte de un ciudadano constituye una vía de participación distinta de la función de participación que los representantes políticos desempeñan en sede parlamentaria, a través de la cual podrían preguntar o interpelar al Gobierno acerca de las ayudas económicas referidas. En último lugar, no consideramos tampoco que la petición presentada sea sustituible por un procedimiento de acceso a la información pública, principalmente porque su objeto no es el mismo. En el caso de una solicitud de acceso se trataría de obtener una documentación o información pública que debe encontrarse materialmente en poder de los poderes públicos, mientras que a través del derecho de petición lo que se pretende es manifestar una queja o reivindicación no necesariamente vinculada en su respuesta a la entrega de información pública.

Otra segunda cuestión sobre la que tendríamos que detenernos aquí mismo para declarar el encaje de la solicitud realizada con el objeto del dere-

cho de petición sería la de si la reclamación de que se ponga en marcha la aprobación de una convocatoria de becas forma parte o no del ámbito competencial de su destinatario, esto es, el Parlamento de Canarias.

La respuesta a esta pregunta ha de ser afirmativa, en tanto que el artículo 77.2 CE habilita a las Cámaras para que puedan remitir al Gobierno las peticiones que reciban, estando obligado este a explicarse sobre su contenido siempre que las Cámaras lo exijan. Si bien este precepto se refiere a las Cortes Generales -órganos de representación política del Estado-, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, dada la organización territorial actual del Estado, este derecho se extiende a las Asambleas parlamentarias de las comunidades autónomas (STC 242/1993, de 14 de julio), lo que, además, se ha contemplado expresamente en la disposición adicional 1ª. LODP. Por consiguiente, existen argumentos jurídicos suficientes para afirmar que la solicitud de D. Ahmed no se excede de las competencias de las que dispone el Parlamento canario, sino, al contrario, coincide con una de las atribuciones que se le reconocen.

3) No, el hecho de que D. Ahmed no sea nacional español, sino exclusivamente residente, no impide el ejercicio del derecho de petición. En tanto afectado de forma abstracta por las decisiones que las instituciones adopten en el Estado español parece razonable que no se imposibilite su derecho a participar en la vida pública por esta vía. Si bien es cierto que el artículo 29.1 CE establece que este derecho puede ser ejercido por todos los españoles, el artículo 1 LODP lo extiende a toda persona natural o jurídica, independientemente de su nacionalidad, a diferencia de lo que hacía la precedente Ley 92/1960, por la que se regulaba el derecho de petición. La Ley española va incluso más allá, no estableciendo condicionante adicional para su legitimación activa, de forma distinta a como sí hace la CDFUE en su artículo 44, que reconoce como titular de este derecho para su ejercicio ante el Parlamento europeo a cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en uno de los Estados miembros.

4) Para resolver esta cuestión hemos de detenernos en dos aspectos concretos del supuesto planteado: la falta de notificación de la recepción y la inadmisión de la petición realizada.

En relación con la primera de estas cuestiones, el Parlamento canario debió haber enviado un acuse de recibo de la petición en un plazo de 10 días desde su recepción, conforme se determina en el artículo 6 LODP. Dicha exigencia ha sido reafirmada por la jurisprudencia constitucional (STC 242/1993, de 14 de julio), con independencia de la previsión legal, señalando que exterior-

rizar el hecho de la recepción constituye una de las obligaciones que forman parte del contenido esencial del derecho de petición.

En cuanto a la inadmisión de la petición, la Mesa del Parlamento se excede en la calificación que realiza de la petición efectuada, dado que su actuación debía limitarse a calificar los escritos y documentos de índole parlamentaria que reciba y declarar su admisibilidad o inadmisibilidad (artículo 52.1 Reglamento del Parlamento de Canarias). La Mesa debía haberse limitado a verificar una serie de datos formales de la petición, tales como la identificación del peticionario, la concreción de su objeto, y la comprobación de la concordancia de este con las competencias de la Cámara, causas todas ellas de inadmisión que no se cumplen. Sin embargo, la Mesa lo que efectúa es una valoración de fondo, aduciendo la intromisión indebida en las funciones del órgano parlamentario, que le lleva a inadmitir de forma improcedente la petición. No se ha limitado a controlar la regularidad legal del escrito, tal y como le corresponde, sino que realiza un juicio de oportunidad política que impide el correcto ejercicio del derecho fundamental de petición que D. Ahmed ejerce. El TC ha reconocido que la Mesa alcanza a realizar una función jurídico-técnica de ordenar y racionalizar el funcionamiento de la Cámara, facilitando la participación pública (SSTC 89/2005 y 90/2006, de 18 de abril), no obstaculizándola, pero en este caso, lo que ocasiona es la imposibilidad de que la reivindicación de D. Ahmed pueda acabar siendo puesta en conocimiento del Gobierno canario. El ejercicio de un derecho fundamental no puede quedar sujeto a un control de oportunidad de la Mesa, ni puede resultar condicionado en tanto que encauzarse a sus destinatarios (STC 108/2011, de 20 de junio).

Por consiguiente, una vez admitida a trámite la petición, lo que debió haber hecho la Mesa del Parlamento era haber remitido la petición recibida al órgano competente, es decir, a la Comisión del Estatuto de los Miembros de la Cámara y de Peticiones (artículo 52.2 Reglamento del Parlamento de Canarias), que es el órgano que forma parte de la Cámara para examinar el contenido de las peticiones que reciba.

5) D. Ahmed tiene varias opciones a través de las cuales defender su derecho a que su petición sea atendida.

En primer lugar, tiene la posibilidad de interponer un recurso contencioso-administrativo, pudiendo hacer uso de la vía especial y sumaria que el artículo 53.2 CE reconoce a los derechos fundamentales -entre los que se encuentra el derecho de petición- y que se concreta para estos casos en el procedimiento de protección jurisdiccional de los artículos 114 y siguientes

de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, conforme a lo que se determina en el artículo 12 LODP. Posiblemente esta sea la vía más efectiva.

Además, en el supuesto de que los tribunales no le dieran la razón, siempre que agotase todos los recursos de que dispone en vía judicial, D. Ahmed tendrá acceso al recurso de amparo constitucional (artículo 53.2 CE), debiendo cumplir en su interposición los requisitos que su presentación requiere y, entre ellos, la demostración de que existe una “especial trascendencia constitucional” en la adopción de la decisión (artículo 49 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

Por otra parte, D. Ahmed también podría dirigirse a la Diputación del Común, alto comisionado del Parlamento de Canarias para la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias -el equivalente al Defensor del Pueblo a nivel estatal-. Si bien, en principio, este ya debería estar al tanto del contenido de la petición y de su inadmisión si la Mesa hubiese cumplido con la obligación que establece el artículo 52.2 del Reglamento del Parlamento de Canarias de hacerle llegar la solicitud. De cualquier modo, la Diputación del Común, si lo estima conveniente y siempre bajo lo que determine su normativa reguladora (Ley 7/2001, de 31 de julio, del Diputado del Común), podrá hacer valer la reivindicación de D. Ahmed ante la Cámara e incluso darle una respuesta, pero ello no supondrá -no debemos confundirnos-, en ningún caso, una sustitución del ejercicio del derecho de petición realizado pertinentemente por el ciudadano. En tal sentido se ha pronunciado el TC señalando que, aunque se trate de manifestaciones concretas de un mismo derecho abstracto, son distintas e individualizables, dado que su destinatario no es el mismo, y la contestación a una no suple ni impide la respuesta a la otra (véase al respecto el F.J. 3º de la STC 242/1993, de 14 de julio).

En cuanto a la cuestión de si D. Ahmed tenía derecho a que el Gobierno canario tramitase y publicase la convocatoria de becas, debemos acudir a la interpretación del derecho de petición que ha realizado el TC en sus Sentencias 161/1988, de 20 de septiembre, y 242/1993, de 14 de julio, así como en su Auto 749/1985, de 30 de octubre. En todas esas ocasiones el TC ha señalado que el derecho de petición comprende la exigencia de que se comunique al interesado la resolución que se adopte (en este sentido, también el actual artículo 52.5 Reglamento del Parlamento de Canarias), pero no la de que esa respuesta deba ser favorable. Por ello, si consideramos lo indicado en las respuestas a las cuestiones anteriores, la petición debió haber sido admitida y remitida a la Comisión del Estatuto de los Miembros de la Cámara y de

Peticiones para que la hiciese llegar al Gobierno autonómico, pero, en ningún caso, D. Ahmed tenía derecho a exigir que se tramitase y aprobase la convocatoria de ayudas. Esta sería una decisión graciable o discrecional que el Gobierno no tiene obligación de cumplir -al menos, mientras no se aprobasen las bases reguladoras de las becas-. El ejercicio del derecho de petición requiere de una respuesta del poder público compelido, pero no incorpora una exigencia vinculante para el destinatario.

Objeción de conciencia

El caso del personal sanitario

Carlos Marco Marco Atienza

Profesor de Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

Se ha dirigido a su despacho profesional, especializado en Derecho Sanitario, su amigo de la infancia, Fernando Martínez, que ha finalizado el MIR y es médico internista del Servicio Público de Salud en el hospital de su localidad. Tras atender al Dr. Martínez, el mismo le expone que, desarrollando su función en el citado centro hospitalario y aunque se considera *no creyente* de las principales confesiones religiosas, un paciente ha solicitado la eutanasia y desde su servicio se le ha preguntado sobre si estaría dispuesto a realizarla, si bien el Dr. Martínez considera que, en tanto en cuanto el Juramento Hipocrático prohíbe causar un daño al ser humano, la práctica de la eutanasia sería contraria al interés humano y a la función del médico de *curar*. Ante ese problema interno que se le ha planteado, el Dr. Martínez le solicita información, como amigo de la infancia y profesional del derecho que es, sobre si puede abstenerse de practicar esa técnica asistencial o si, por el contrario, ha de realizarla. En el mismo sentido, le pregunta, en el caso de que la anterior respuesta fuera en sentido afirmativo, si el Servicio de Salud podría obligarlo a realizar la misma.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En el supuesto práctico planteado se busca resolver sobre si el personal sanitario tiene reconocido o no el derecho a la objeción de conciencia en el

ámbito sanitario y, en caso de ser favorable, mediante qué mecanismos se puede ejercer ese derecho y cómo se regula en la legislación aplicable.

B. Problemas constitucionales

1ª ¿Tiene el personal sanitario derecho a ejercer la objeción de conciencia en el ámbito sanitario?

2ª En caso afirmativo, ¿cuáles son las condiciones para que el Dr. Martínez pudiera ejercer ese derecho en el caso de la eutanasia?

3ª ¿Puede el centro sanitario obligar o sancionar al Dr. Martínez por negarse a realizar esa prestación?

4ª ¿Qué recursos podría interponer el Dr. Martínez para proteger su derecho, en su caso?

C. Fuentes

Normativa

Artículos 16, 30.2 y 53 de la Constitución española

Artículo 16 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia

Artículos 6 y 7 del Código Civil

Artículos 114 a 121 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

Informe del Comité de Bioética de España sobre la objeción de conciencia en relación con la prestación de la ayuda para morir de la Ley Orgánica Reguladora de la Eutanasia, de 15 de julio de 2021

Código de Deontología Médica de la Organización Médico Colegial de España de 2022

Jurisprudencia

Sentencia 15/1982, de 23 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 151/2014, de 25 de septiembre, del Tribunal Constitucional

D. Solución

Con carácter previo a la resolución de este caso práctico, se ha de recordar que el desconocimiento de la Ley no exime de su cumplimiento, así como que “*los actos contrarios a las normas imperativas (...) son nulos de pleno derecho*”

y que la ley no debe autorizar inobservancias generales, según disponen los artículos 6 y 7 del Código Civil.

En segundo lugar, la Constitución española de 1978 solo recoge el derecho a la objeción de conciencia únicamente para evitar la realización del servicio militar obligatorio, en el artículo 30.2 de la Norma Suprema. Se ha de significar también que, si bien el mismo no está comprendido en el *núcleo duro* de los derechos fundamentales, puede ser protegido constitucionalmente mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 53.2 de la Constitución Española).

Así, el derecho a la objeción de conciencia en *abstracto* autoriza al objetante a desobedecer, por ser contrario a su conciencia, confesión religiosa, moral o posición filosófica, un mandato contenido en una norma jurídica, lo que conllevaría una consecuencia jurídica como, por ejemplo, una sanción. Ahora bien, la objeción de conciencia sólo puede ser aplicada por los objetantes cuando una norma jurídica aplicable así lo permita. En ese sentido, el Comité de Bioética de España, en su Informe de 15 de julio de 2021 recuerda que “*se ha dicho que la objeción de conciencia es una actuación contra la ley, pero conforme a Derecho, que implica la negativa o el rechazo al cumplimiento de un deber jurídico ineludible de naturaleza personal por razones de conciencia*”.

Ahora bien, como se ha expuesto anteriormente, la Constitución únicamente prevé la objeción de conciencia para la realización del servicio militar obligatorio. Nuestro Tribunal Constitucional recordó en su Sentencia 15/1982, de 23 de abril que la objeción de conciencia está íntimamente vinculado con el derecho a la libertad religiosa del artículo 16.1 de la Constitución, aunque el mismo “*por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o “subconstitucionales” por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos*”, según ha añadido, entre otras, en las Sentencias 160/1987, de 27 de octubre, 321/1994, de 28 de noviembre y 55/1996, de 28 de marzo.

Ello conlleva que, para valorar si el Sr. Martínez puede o no objetar de conciencia en el caso presentado, se ha de estudiar la legislación aplicable al caso y las previsiones que la propia Ley establezca sobre esa materia. En el caso que nos ocupa, es la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, en cuyo artículo 16 se prevé de modo expreso la objeción de conciencia, estableciendo que

“1. Los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir podrán ejercer su derecho a la objeción de conciencia.

El rechazo o la negativa a realizar la citada prestación por razones de conciencia es una decisión individual del profesional sanitario directamente implicado en su realización, la cual deberá manifestarse anticipadamente y por escrito.

2. Las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir, en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para la realización de la misma y que tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir. El registro se someterá al principio de estricta confidencialidad y a la normativa de protección de datos de carácter personal”.

A la vista de lo anterior, *a priori*, el Sr. Martínez puede solicitar a su centro de salud la exención para realizar esa técnica asistencial, inscribiéndose para ello en el registro de profesionales que se ha de crear a ese efecto. En este caso, el registro se configura como un registro administrativo, por lo que dependerá del servicio de salud su gestión, así como su efectiva inscripción del personal sanitario que lo solicite.

Con relación al mismo, cabe hacerse dos cuestiones más. La primera es si la declaración “*anticipada y por escrito*” que ha de formular el personal sanitario, así como su inscripción en un registro, podría vulnerar la prohibición de “*declarar sobre su ideología, religión o creencias*” comprendido en el artículo 16, apartado segundo de la Constitución o no. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha fallado, en su Sentencia 151/2014, de 25 de septiembre que “*la creación de un registro autonómico de profesionales (...) con la finalidad de que la administración autonómica conozca, a efectos organizativos y para una adecuada gestión de dicha prestación sanitaria, quiénes en ejercicio de su derecho a la objeción de conciencia rechazan realizar tal práctica (...) no implica, per se, un límite al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia (...) ni un sacrificio desproporcionado e injustificado de los derechos a la libertad ideológica e intimidad*”.

En segundo lugar, cabe plantearse si el servicio de salud o el centro hospitalario donde se vaya a realizar la asistencia puede obligar o sancionar al personal sanitario. Esta respuesta ha de ser negativa, según lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley Orgánica 3/2021. No obstante lo anterior, se ha de señalar que, en el caso del aborto, para la que también está prevista la objeción de conciencia, el facultativo, enfermero y farmacéutico estarían obligados a sacrificar *su conciencia* y realizar la técnica siempre que haya un riesgo vital

para el paciente (artículo 19 bis de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en consonancia con el Código de Deontología Médica¹).

En cualquier caso, si el Servicio de Salud no procediera a inscribir al Dr. Martínez como objetor de conciencia, contra la denegación de la inscripción podría interponerse recurso contencioso administrativo ante los Juzgados y Tribunales competentes, por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona regulado en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, mediante el procedimiento sumario y preferente y, en su caso, interponiendo recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

1 El Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de España, en su versión de 2022, dispone en su artículo 36.3 que *“aunque se abstenga de practicar el acto ante el que objeta, en caso de urgencia, el médico objetor está obligado a atender a esa persona, aunque dicha atención esté relacionada con la acción objetada”*. El Código de Deontología de la Enfermería Española y el Código de Deontología de la Profesión Farmacéutica del Consejo General de Colegios Farmacéuticos de 2023 no disponen de modo expreso esa previsión.

Deberes constitucionales

La integridad física y la vacunación.
¿Existe un deber de vacunarse?

Tomás Bastarache Bengoa

Profesor Contratado Doctor

Universidad Autónoma de Madrid

I. PLANTEAMIENTO

La Señora Doña Estrella, de 92 años, sufre una demencia senil severa desde hace unos años y se encuentra viviendo en la Residencia para Mayores Los Llanos desde enero 2020. Su hijo JC tramitó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Albacete el juicio verbal especial núm. 1026-2016, en el que había recaído sentencia de fecha 24 de enero de 2020 modificando la capacidad de obrar de doña Estrella y nombrando para el cargo de tutor al hijo de esta, Don JC.

En fecha 13 de abril de 2024 tuvo entrada en el mismo juzgado un escrito del personal médico de la *Residencia para Mayores Los Llanos* en el que se remitía diversa documentación. Dicho escrito iba acompañado de un informe de 9 de abril de 2024 de la directora del referido centro en el que daba cuenta de que el tutor legal de doña Estrella se había negado “a que le administren la vacuna contra el Covid-19”. En dicho escrito se informaba, asimismo, de que esta circunstancia obligaba al centro a proceder a “una sectorización para evitar el contacto entre personas vacunadas y las no vacunadas”. Lo que llevó al inicio por parte del juzgado, oído el Ministerio Fiscal, de un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

En fecha 16 de noviembre de 2024 se celebró la vista del procedimiento. En ella, tanto el Ministerio Fiscal como la defensora judicial de doña Estrella solicitaron que se otorgara la autorización para el suministro de la vacuna. El hijo y tutor volvió a manifestar su oposición a la prestación de la vacuna por entender “que no es del todo segura”, “que existen medicamentos alternativos”

y “que tal vacuna se halla en fase experimental por lo que puede perjudicar a su madre”.

El órgano judicial estima que los argumentos ofrecidos por el tutor son “comprensibles y legítimos” pero considera que “deben decaer frente al carácter seguro de la vacuna Covid-19, que cuenta con la aprobación de la Agencia Europea del Medicamento, siendo en todo caso mayor y más grave el riesgo de contraer la infección por coronavirus que la de padecer algún efecto secundario grave”. El órgano judicial estima, por todo ello, la solicitud del Ministerio Fiscal y autoriza, en consecuencia, la administración de la vacuna “por personal sanitario especializado y bajo las precauciones especiales de empleo”. En fecha 1 de abril de 2025, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Albacete dictó Auto desestimando el recurso de apelación interpuesto y confirmando íntegramente la resolución del juzgado.

El hijo y tutor de Doña Estrella acude a usted para que interponga un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 15 (integridad física) y 18 –en su vertiente de intimidad corporal– de la CE.

Además, el señor JC le pregunta, dado que es una persona “antivacunas”, según le ha manifestado, si en caso de una nueva pandemia, o en algún otro caso, puede verse forzado a vacunarse.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En el presente caso necesita prestar asesoramiento jurídico a un cliente. Por cierto, ya adelantamos que la respuesta al cliente debe ser que no se aconseja la presentación del recurso de amparo. El lector entenderá al final de la resolución del caso por qué.

B. Problemas constitucionales

Los problemas a los que se debe dar respuesta, que es en el fondo, el mismo asesoramiento que deberíamos prestar al cliente, son los siguientes:

1. Cuál es el contenido esencial del derecho a la integridad física y sus límites.
2. El régimen de sustitución de la voluntad de los incapaces por parte de sus tutores (en la actualidad curadores, según el nuevo régimen de

la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica).

3. El contenido esencial de la intimidad corporal.
4. El régimen de vacunación en España en relación con el ejercicio del derecho a la integridad física y la autonomía de la voluntad de los pacientes, pero también de los ciudadanos. ¿Puede ser la vacunación un deber emanado del artículo 43.2 de la Constitución (en adelante, CE)?; es decir, un deber de protección de la salud pública.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 15, 18, 24, 43.2 y 161.1 b) de la Constitución española.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas-Especiales en Materia de Salud Pública.

Jurisprudencia

Sentencia 2393/2013, de 22 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (rec. 667/2012)

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de abril 2021, Asunto *Vavříčka y otros c. la República Checa*

Sentencia 207/1996, de 16 de diciembre, del Tribunal Constitucional

STC 148/2021, de 14 de julio, del Tribunal Constitucional

STC 183/2021, de 27 de octubre, del Tribunal Constitucional

STC 38/2023, de 20 de abril, del Tribunal Constitucional

STC 148/2023, de 6 de noviembre, del Tribunal Constitucional

STC 136/2024, de 5 de noviembre, del Tribunal Constitucional

D. Solución

Vayamos paso por paso respondiéndonos a las preguntas antes formuladas –aunque sin necesidad de reescribirlas–.

El límite claro al legislador sobre un contenido esencial intocable del derecho a la integridad física (y moral) se encuentra recogido en el artículo 15 de nuestra CE cuando en su mismo texto, después de reconocer el derecho, prohíbe acto seguido con contundencia la tortura y los tratos inhumanos o degradantes.

No obstante, como suelo repetir a los alumnos, si ese es el límite constitucional, quiere decir que todo lo demás, es decir, todas las demás posibles limitaciones, están en manos del legislador. Suelo poner como ejemplo que los detenidos y los reclusos pueden verse obligados a llevar esposas. O “las mulas” verse forzadas a la extracción de la droga. Por cierto, por un procedimiento que pone menos en riesgo su propia vida que dejar que “salga por sí sola”.

Lo que acaba de decirse no significa en ningún caso que el legislador “ande suelto” regulando limitaciones a los derechos fundamentales (en adelante DDFF). Todo lo contrario.

Los lectores de este caso deben recordar que el esquema, los requisitos para limitar los derechos fundamentales (Tit. I, Cap. Segundo, Sección 1ª, arts. 14-29, más el 30 de acuerdo con el artículo 53.2 CE) de un ciudadano son los siguientes (STC 207/1996):

1. La limitación debe justificarse por un fin constitucional. Por tanto, un fin recogido en la propia CE, igual que el derecho.
2. Debe tener base legal suficiente. Es decir, el legislador –orgánico– debe haberse esmerado en regular esa limitación con garantías y supuestos claros de posibles limitaciones.
3. Finalmente, a falta de consentimiento, debe ser la autoridad judicial quien ordene la medida limitativa del derecho. En nuestro caso, la inoculación de la vacuna de la Covid-19 a Doña Estrella.
4. En general, en su resolución, el juez o magistrado deberá aplicar el triple test (teoría de la ponderación) formulado por R. Alexy: debe responder afirmativamente a si la medida es necesaria –no hay otro modo de lograr el fin perseguido que aplicar este tipo de medida–; idónea –es la menos gravosa de las posibles–; y proporcional en sentido estricto –el beneficio conseguido es mayor que el perjuicio causado con la restricción del derecho–.

Si aplicamos el esquema que acabamos de explicar al caso concreto que hemos planteado, podemos constatar lo siguiente:

1. El fin constitucional existe. Se trata de proteger, y ahí está la discusión, la propia vida, y hacerlo lo mejor posible de Doña Estrella. En este sentido, el carácter constitucional es incluso el propio principio ontológico de los DDFF. Sin vida, no hay derecho alguno.

2. La base legal. Y por supuesto la jurisprudencia. He aquí una de las cuestiones clave. La base jurídica de este caso se encuentra en el artículo 9.6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En él se señala que:

“6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5 [donde se regulan distintos supuestos de incapacidad], la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”.

3. La resolución del juez, con apoyo del Ministerio Fiscal y la defensora legal de doña Estrella. En la argumentación de estos operadores jurídicos se ha ponderado sobre la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida para la preservación del derecho a la vida (artículo 15 CE) y la salud (artículo 43 CE) de Doña Estrella.

Debe hacerse notar, sin embargo, que el tribunal ha sustituido la voluntad del tutor, y se ha arrogado la capacidad de hacer eso, por encontrar que el artículo 9.6 le otorga la base jurídica para hacerse custodio de lo que la autoridad judicial considera más apropiado para la preservación de la vida y la salud de Doña Estrella. Estamos de acuerdo. La ciencia demuestra que la aplicación de la vacuna de la Covid-19 es mucho más segura para la salud que el riesgo de contraer la enfermedad (STC 38/2023). La limitación de la integridad física de Doña Estrella se realiza, en definitiva, para una mejor preservación de su vida y su salud. Hay que recordar que, dados los bienes constitucionales en juego –es decir, el resto de residentes–, la no inoculación de la vacuna implica además el aislamiento de Doña Estrella. Lo que supone una contramedida necesaria claramente perjudicial para su salud. Por tanto, la inoculación de la vacuna no vulnera el derecho fundamental a la integridad física de Doña Estrella.

A Don JC le queda solo una última posibilidad para evitar que le administren la vacuna: sacar a su madre de la residencia y llevarla a vivir con él.

Por último, la imposición de una vacuna no puede vulnerar la esfera de la intimidad corporal recogida en el artículo 18 CE, porque como ha recordado desde largo tiempo el Tribunal Constitucional, desde las SSTC 120/1990, 137/1990 y 57/1994, “si bien la intimidad corporal forma parte del derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 C.E.”, “el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intrusiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona”. La imposición de una vacuna en el hombro no afecta a ningún ámbito íntimo.

JC se da cuenta entonces de que esto sucede porque su madre no puede imponer su voluntad, sea cual fuera esta, pero se pregunta entonces hasta qué punto puede imponer él mismo su actitud antivacunas.

Como abogado le recuerdas entonces que, en primer lugar, debe realizar en ese sentido su certificado de “instrucciones previas” que prevé el artículo 11 de la misma Ley de autonomía del paciente, donde puede expresar su voluntad de que no se le suministren vacunas en caso de pérdida de capacidad.

En todo caso, habrá que añadirse que incluso estas “instrucciones previas” podrán tener validez en el ámbito privado más estricto, y evitar el caso de su madre de preservación de su salud bajo ese tratamiento. No obstante, si se encuentra en una residencia o en un hospital, o en otro lugar público, esa instrucción cederá, también si con plena capacidad pretende cualquier acceso público en el supuesto de preservación de la salud pública recogida en el artículo 43.2 CE.

Desde estas páginas podemos afirmar que la vacunación puede llegar a ser obligatoria y puede configurarse como un deber.

Es verdad que la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, dispone, como principio general, que la participación en las actuaciones de salud pública será voluntaria, salvo lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública. Y, esta ley, señala en sus artículos 2 y 3 que:

2. Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

3. Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.

Desde luego, nos parece evidente que la obligación de vacunarse, o incluso las campañas de vacunación forzosa, suponen sin duda una clara restricción del derecho fundamental a la integridad física (véase, en la bibliografía, el trabajo de Rodríguez Fernández, p. 339). Seguramente también a la libertad ideológica y el derecho a autodeterminarse libremente. Y, sin embargo, con esta base jurídica y una mirada atenta a la jurisprudencia y la doctrina puede afirmarse sin género de dudas que el Estado está dispuesto a proteger la salud pública por encima de cualquiera de estos dos derechos fundamentales.

Un ejemplo paradigmático es el caso de la Sentencia 2393/2013, de 22 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (rec. 667/2012), donde se determina la legalidad del auto que obligaba a 35 menores a vacunarse de sarampión, inclusive “con la ayuda de los cuerpos de seguridad del Estado si fuera necesario”, y valorando precisamente que el confinamiento no era una medida más idónea o proporcional. Esta jurisprudencia no ha llegado al Tribunal Supremo. No obstante, en la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 3.^a (Sección 4.^a) de 9 de octubre de 2012, como bien señala el citado Rodríguez Fernández (pp. 340 y siguientes), se admite que el interesado deje de ser el dueño de su integridad física y su salud y, para evitar que pueda autodeterminar plenamente su comportamiento de un modo perjudicial para los intereses colectivos, se le proporciona una información incompleta. La solución del Tribunal Supremo es la siguiente: hay razones poderosas para convertir al individuo afectado en medio al servicio de fines superiores, para no dejarle autodeterminarse de una manera absolutamente libre.

Creemos que la posibilidad real de una vacunación obligatoria de carácter general y la posibilidad de su imposición coactiva casan a la perfección con los elementos estructurales que califican para Rubio Llorente la categoría

de deberes fundamentales. Máxime porque además el artículo 43.2 CE se encuentra en el título I y no cabe duda que este deber tiene su base constitucional en este mismo artículo (véase, en la bibliografía, el trabajo de Cierco Siera, pp. 322, así como la propia Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ya citada). La sentencia de TEDH *Vavricka y otros c. República Checa* demuestra el amplio margen del legislador en esta materia.

En definitiva, si se hubiera planteado la necesidad de la vacunación obligatoria de la COVID-19, y dado que es evidente que a raíz de los precedentes no cabe la objeción de conciencia, ¿cuál hubiera sido o pudiera ser la sanción a las personas que se opongan a vacunarse? ¿La insumisión? Hay que recordar que la ya mencionada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía señalaba expresamente que a los menores se les vacunaría sin que eso supusiera “trato inhumano o tortura alguna”, que recordamos, y así hemos empezado, son los únicos límites constitucionales intocables para el legislador. ¿Cabría o no la insumisión entonces? Quizá sí, pero con muchas consecuencias. Quizá un aislamiento total.

Don JC se marcha de tu despacho intranquilo y apesadumbrado.

E. Bibliografía

- CIERCO SIERA, César (2020): “Vacunación obligatoria o recomendada: acotaciones desde el Derecho”, *Vacunas: Investigación y Práctica*, vol. 21 (1), pp. 50-56.
- DE LA SIERRA MORÓN, Susana (2020): “Lectura de urgencia de las reacciones frente al COVID-19 desde una óptica jurídica internacional y comparada”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, pp. 86-87.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio (2022): *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (2001): “Los deberes constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, pp. 11-56.

Las iniciativas pública y privada en la actividad económica

Pedro García Guijarro

*Investigador predoctoral (CLACIF) en Derecho Constitucional
Universitat de València*

I. PLANTEAMIENTO

D. Francisco es el dueño de una serie de bodegas de prestigio en la Comunidad Autónoma de La Rioja, en las que se producen vinos de la denominación de origen calificada “Rioja”.

Una mañana, mientras lee la sección económica del periódico, D. Francisco se entera de la decisión, tomada por el Gobierno autonómico, de crear una red de bodegas de titularidad pública que actuará en régimen de competencia con el resto de las empresas del sector. Tal y como se expone en la noticia, a propuesta de la Consejería de Agricultura y tras el preceptivo informe previo de las Consejerías competentes en materia de Administraciones Públicas y Hacienda, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja ha adoptado el acuerdo de constitución de la sociedad pública “Vinos públicos riojanos” (VPR en adelante).

En el acuerdo de constitución de la sociedad, se justifica la medida con base en dos objetivos: por un lado, se busca “garantizar un suministro seguro y continuado a los compradores de vino con denominación de origen “Rioja”, en las condiciones de máxima calidad que se le presumen”; por otro, se propone la “introducción de este producto en mercados a los que el sector privado no logra exportar, dadas las barreras de entrada burocráticas y de costes, susceptibles de superación si se recurre a los medios técnicos y financieros de origen público”. En esencia, “el principal objetivo es garantizar el prestigio de la denominación “Rioja” y su proyección comercial internacional”.

En un primer momento, D. Francisco considera innecesaria la medida, pero no se opone frontalmente a ella. Sin embargo, un mes más tarde, descubre que la Consejería de Hacienda ha concedido a VPR una línea de financiación directa, ilimitada y sin obligación de retorno, a cargo de los recursos públicos de la Comunidad. El mecanismo de financiación se concreta de la siguiente manera: la empresa autonómica emitirá solicitudes de fondos cuando lo considere oportuno, que serán sistemáticamente aceptadas tras revisar la adecuación procedimental de la solicitud, y se procederá a la transferencia automática de los recursos financieros, sin obligación de devolución.

Tras mantener conversaciones con varios empresarios vinícolas, D. Francisco concluye que la creación de la nueva empresa pública, con los recursos financieros ilimitados que posee, resulta un riesgo para las relaciones de competencia en el mercado, ya que puede afectar negativamente a la actividad empresarial de todas las bodegas privadas por su menor competitividad relativa, al contar con activos económicos mucho más limitados.

D. Francisco contacta con usted para averiguar si, en el marco de una economía de mercado como la española, el acuerdo de constitución de VPR y la concesión de financiación descrita son ajustados a Derecho.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Se pretende responder a la consulta efectuada por D. Francisco, empresario vinícola riojano, sobre la constitución de una empresa pública de bodegas, mediante un acuerdo administrativo en el que se justifica la medida con base en dos motivos de interés para el Gobierno autonómico. La empresa actúa en régimen de competencia con el resto de las empresas del sector y está respaldada por financiación pública ilimitada. D. Francisco solicita asesoramiento acerca de la adecuación a Derecho del acuerdo de constitución de la empresa por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja, y de la concesión administrativa de la línea de financiación por la Consejería de Hacienda.

B. Problemas constitucionales

Se plantean dos problemas constitucionales. Por un lado, la validez del acuerdo de constitución de la empresa pública; por otro, el ajuste de la medi-

da de concesión de financiación pública, con las características descritas, al principio de compatibilidad entre la iniciativa económica pública y privada.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 38, 103.1 y 128.2 de la Constitución española

Artículo 49 de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja

Artículos 106.1 y 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Jurisprudencia

Sentencia 111/1983, de 2 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 83/1984, de 24 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 88/1986, de 1 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 225/1993, de 8 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 96/2002, de 25 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 54/2017, de 11 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 1278/1989, de 10 de octubre, del Tribunal Supremo

D. Solución

El artículo 128.2 de la Constitución española (CE en adelante) reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Es decir, otorga la potestad a las Administraciones Públicas (AAPP en adelante) de constituir empresas y de adquirir acciones o participaciones en empresas ya existentes. De una interpretación literal de este precepto podríamos entender que la constitución de la empresa VPR es constitucional. No obstante, como indica la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, el artículo 128.2 CE debe ser interpretado juntamente con el resto de la CE para determinar su alcance y sus límites.

Así, a su vez, el artículo 38 CE reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Esta libertad se traduce en el derecho de los particulares a “iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial” (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 3), así como a retirarse de la misma.

Estos artículos, por los que se reconocen los dos tipos de iniciativa en la economía, forman parte de la Constitución económica española, entendida como el conjunto de normas que regulan las relaciones económicas

desarrolladas en el marco del Estado, ya sean estas públicas o privadas. La coexistencia de ambas iniciativas exige de la interpretación conjunta de los dos artículos, de su continua puesta en relación, como se expone en las SSTC III/1983, de 2 de diciembre (FJ 10) y 225/1993, de 8 de julio (FJ 3.b). De esta interpretación conjunta, la jurisprudencia ha inferido el principio de compatibilidad entre la iniciativa económica pública y privada, consolidado a partir de la STS 1278/1989, de 10 de octubre, en virtud del cual el ejercicio de cada una de ellas debe poder ser desarrollado sin desnaturalizar a su contraparte. Para garantizarlo, en esta sentencia se establecen varios límites al ejercicio de la iniciativa pública, destacando uno en concreto para la resolución de este caso práctico: su supeditación al interés público.

En la STS 1278/1989, FJ 3, se someten las actuaciones empresariales de las AAPP “al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir”, con base en la exigencia del artículo 103.1 CE para las AAPP de servir “con objetividad los intereses generales”. Este límite se concreta en el FJ 7 como una obligación de determinar con rigor y precisión, en el acuerdo de constitución, “el objeto de la empresa pública y la actividad o negocio que ella deba desarrollar, pues sólo conociéndolos [...] se podrá determinar después objetivamente si su ejercicio conviene o no al interés público”. En síntesis, existe una obligación de motivar un “indudable interés público apreciable y apreciado” (FJ 3) en el acuerdo de constitución.

Con todo, la validez de la constitución de una empresa pública no se deriva únicamente de la motivación de un interés público, sino también de la adecuación a los requisitos procedimentales legales. Así se establece en la STC 54/2017, de 11 de mayo, FJ 5.b), de acuerdo con la cual entre los límites de la iniciativa pública están “las condiciones que impone el legislador al concretar los términos en que el Estado, las Comunidades Autónomas y los entes locales pueden hacer uso” de aquella. En este caso, la norma de referencia es el artículo 49 de la Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en virtud del cual la creación de sociedades públicas requerirá acuerdo del Consejo de Gobierno, que se adoptará a propuesta de la Consejería interesada y tras informe preceptivo de las Consejerías competentes en materia de Administraciones Públicas y Hacienda.

De esta manera, para determinar la validez del acuerdo de constitución de la empresa VPR, debemos resolver si se ha cumplido el procedimiento legalmente establecido y si se ha motivado un indudable interés público apreciable y apreciado. En primer lugar, el acuerdo de constitución es procedimentalmente válido, ya que se adopta por el Consejo de Gobierno de la Comunidad

Autónoma de La Rioja, a propuesta de la Consejería de Agricultura, tras el preceptivo informe previo de las Consejerías exigido por el artículo 49 de la Ley 3/2003, de 3 de marzo. En segundo lugar, se cumple con la obligación de motivar el interés público, ya que la constitución de la empresa se justifica en garantizar el suministro de vino de calidad y en expandir el alcance comercial de un producto endógeno y de interés autonómico. Sin embargo, la jurisprudencia exige un “indudable interés público apreciable y apreciado”. De esta forma, aunque se haya cumplido con las obligaciones procedimentales exigidas para constituir la empresa, en caso de que el acuerdo fuese recurrido ante la jurisdicción ordinaria, su validez material dependería de si el tribunal considera los motivos alegados (garantía de suministro y expansión comercial) como “indudable interés público”, decisión relativamente discrecional dado que el interés público es un concepto jurídico indeterminado.

En cuanto a la concesión a VPR de financiación pública directa, ilimitada y sin obligación de retorno, su validez dependerá de su adecuación, de nuevo, al principio de compatibilidad entre la iniciativa pública y privada.

El ejercicio de la iniciativa pública se concreta en la creación de empresas o en la compra de acciones y participaciones en empresas ya existentes. Estas medidas principales se pueden acompañar de medidas auxiliares para la consecución de los objetivos en que se fundamenta la iniciativa. Entre estas medidas auxiliares se encuentran las subvenciones, préstamos, transferencias, beneficios fiscales, y demás ayudas públicas. En este caso nos encontramos con un sistema de solicitud y transferencia automática de recursos autonómicos para una empresa pública.

La STS 1278/1989, FJ 3, afirma como otro de los límites a la iniciativa pública que su ejercicio se desarrolle sometido “sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado”. Es decir, que las empresas públicas deben actuar en paridad de condiciones con el sector privado, sin privilegios públicos que distorsionen el desarrollo de la competencia.

Este principio de competencia se deriva del artículo 38 CE, interpretado en la STC 83/1984, FJ 3, como una garantía institucional que genera una obligación a los poderes públicos de proteger la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. Para cumplir con dicha obligación, se entiende que “una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la competencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria

defensa [...] de la libertad de Empresa y de la economía de mercado” (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 4).

De esta obligación constitucional a los poderes públicos se desprende que también la iniciativa pública deberá respetar la libre competencia, de tal manera que con ella no se provoquen “prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de esa libertad” (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 11). De ahí que la adecuación al principio de competencia forme parte de las obligaciones integrantes del principio de compatibilidad.

El principio de competencia es exigible, además, con base en el Derecho de la Unión Europea. Para determinar su adecuación a Derecho, las medidas auxiliares como la financiación concedida a VPR deben contrastarse con los artículos 106.1 y 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE en adelante). El artículo 106.1 TFUE establece que “los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas [...], ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive”. Dentro de ese abanico de artículos se sitúa el 107.1 TFUE, en virtud del cual, “salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados Miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”. Si interpretamos conjuntamente ambos artículos podemos concluir que las empresas públicas no pueden recibir ayudas que cumplan con todas las características expuestas.

En este caso práctico nos encontramos con que la Consejería de Hacienda de una Comunidad Autónoma concede, sistemáticamente, subvenciones por medio de transferencias de recursos financieros a una empresa pública sin obligación de devolución, excluyendo de esas subvenciones al resto de empresas privadas. Por tanto, se trata de una ayuda pública, otorgada por fondos estatales al tener su origen en una administración pública de un Estado Miembro, en forma de subvención directa o transferencias. El otorgamiento de recursos financieros de manera sistemática, ilimitada y sin obligación de retorno, del que se excluyen al resto de empresas, supone una ventaja selectiva para una determinada empresa, VPR. Asimismo, se falsea la competencia, pues la empresa pública mejora su posición competitiva frente al resto de empresas con las que compite, dado que obtiene recursos ilimitados con los que mantener su organización productiva y acometer sus operaciones mercantiles. Finalmente, se afecta a los intercambios comerciales con otros Estados Miembros, puesto que se refuerza la posición de la empresa pública

frente a cualquier otra que compita con ella, sin ayudas equivalentes, en los intercambios comerciales dentro de la Unión Europea.

En suma, en sentido constitucional la concesión de financiación no sería ajustada a Derecho, por quebrar el principio de libre competencia que emana del artículo 38 CE mediante el otorgamiento de un privilegio directo a una empresa pública, conducta atentatoria de dicha libertad que vulnera el principio de compatibilidad entre iniciativas. Y, al mismo tiempo, la concesión será contraria al Derecho de la Unión por tratarse de una ayuda incompatible con el mercado interior, prohibida por el artículo 107.1 TFUE.

Derecho al trabajo

Reducción de jornada en la función pública por protección de menores con enfermedad grave

Carmen Delgado Garrido

Investigadora predoctoral FPU en

Derecho del trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Castilla la Mancha

I. PLANTEAMIENTO

Ana, funcionaria docente en un instituto público de las Islas Baleares, es madre de una bebé nacida en el año 2020, prematuramente, a las 29 semanas de gestación, con un peso de 1.305 gramos. Su hija presenta complicaciones neonatales graves, incluyendo inmadurez pulmonar y retraso en el desarrollo psicomotor, lo que requiere cuidados constantes. Los médicos recomiendan la no escolarización de la menor durante los dos primeros años de vida para evitar infecciones potencialmente fatales.

Ante esta situación, la madre solicita la reducción de su jornada laboral en un 99,99%, acogiéndose al artículo 49.e) del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que regula permisos retribuidos por cuidado de menores con enfermedades graves. La Dirección General de Personal Docente resuelve parcialmente su solicitud, limitando la reducción al 89,5 % con los siguientes argumentos:

1. Es potestad de la Administración decidir porcentajes superiores al 50% establecido como mínimo por la norma básica.
2. La normativa autonómica no contempla reducciones mayores al 90%.
3. La resolución considera suficiente su asistencia al centro laboral por tres horas semanales, alegando que garantiza el servicio educativo.
4. Los informes médicos que acreditan otras patologías, como un heman-
gioma, no son determinantes según la Administración.

Ana decide recurrir judicialmente la decisión administrativa solicitando medidas cautelares para obtener la reducción del 99,99% mientras se resuelve el fondo del asunto.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Este caso práctico examina la denegación parcial de una reducción de jornada al 99,99%, solicitada por una funcionaria docente para cuidar a su hija prematura con enfermedad grave. La Administración concedió solo un 89,5%, argumentando que un porcentaje mayor “desvirtuaría” el permiso, basándose en la falta de desarrollo reglamentario del artículo 49.e) del EBEP. El caso plantea un conflicto sobre la aplicación de los derechos de conciliación, los principios de proporcionalidad e igualdad, y la protección del interés superior del menor. Además, se analiza la procedencia de medidas cautelares positivas para garantizar la efectividad del derecho, a la luz de la evolución jurisprudencial y la obligación constitucional de proteger a los menores vulnerables. El ejercicio práctico invita a resolver este conflicto interpretando la normativa y los principios involucrados.

B. Problemas constitucionales

El presente caso requiere abordar, en primer lugar, la compatibilidad del artículo 49.e) del EBEP con las decisiones administrativas que, al amparo de la ausencia de desarrollo reglamentario, imponen restricciones que pueden menoscabar la efectividad del derecho subjetivo reconocido en dicho precepto. En segundo lugar, se precisa analizar la procedencia de las medidas cautelares positivas, atendiendo a los presupuestos jurídicos que justifican su adopción, así como su papel esencial en la garantía de la tutela judicial efectiva, ponderando la tensión entre la ejecutividad de los actos administrativos y la primacía del interés superior del menor. Asimismo, resulta ineludible examinar las posibles vulneraciones al principio de igualdad derivadas de la disparidad normativa entre comunidades autónomas y la diferenciación injustificada en la aplicación de derechos entre el personal laboral y los funcionarios públicos. Por último, es fundamental articular la interpretación del marco constitucional, particularmente el artículo 39 CE, en lo relativo a la protección del menor y la conciliación de la vida laboral y familiar como principios vertebradores de una respuesta jurídica acorde con los valores fundamentales del ordenamiento.

C. Fuentes

Normativa

Constitución española

Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave

Orden TMS/103/2019, de 6 de febrero, por la que se modifica el anexo del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y se aprueba el modelo de declaración médica sobre la necesidad de cuidado continuo del menor

Acuerdo del Consejo de Gobierno de 5 de julio de 2021 por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Sanidad de 11 de junio de 2021 por el que se regula el permiso del personal estatutario del Servicio de Salud de las Illes Balears para el cuidado de hijos y/o hijas con cáncer u otra enfermedad grave

Acuerdo de 21 de diciembre de 2020 de la Secretaría de Gobierno del TSJ de las Islas Baleares (reducción jornada)

Jurisprudencia

Sentencia 148/1993, de 28 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 78/1996, de 20 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Supremo 4296/2007, de 25 de mayo de 2007

Sentencia del Tribunal Supremo 248/2013, de 15 enero de 2013
Sentencia del Tribunal Supremo 1318/2020, de 3 de junio de 2020
Sentencia Tribunal Supremo 1688/2020, de 9 de diciembre, Sala Tercera de lo contencioso-administrativo
Sentencia 564/2011, de 1 de septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sentencia 404/2017, de 4 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sentencia 248/2019, de 15 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sentencia 332/2019, de 4 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, Sala de lo Contencioso Administrativo
Sentencia 487/2019, de 31 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, Sala de lo Contencioso Administrativo
Sentencia 398/2013, de 12 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo
Sentencia 127/2022, de 28 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo
Sentencia 373/2018, de 27 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Palma de Mallorca
Sentencia 250/2021, de 14 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 8 de Valencia

D. Solución

Este caso práctico aborda una situación en la que convergen los ámbitos del Derecho Administrativo, del trabajo y Constitucional, y plantea un conflicto de interpretación y aplicación normativa respecto a los derechos de los funcionarios públicos en materia de conciliación de la vida laboral y familiar. En concreto, se analiza la denegación parcial de una solicitud de reducción de jornada al 99,99%, presentada por una funcionaria docente para cuidar a su hija prematura con enfermedad grave. Este análisis se fundamenta en el marco normativo aplicable, en la jurisprudencia relevante y en los principios constitucionales involucrados, adoptando un enfoque integrador que permita una solución justa y ajustada a derecho.

El artículo 49.e) EBEP regula el derecho del funcionariado a disfrutar de un permiso retribuido por cuidado de hijos menores afectados por cáncer

u otras enfermedades graves (entre la que se encuentra el ser prematuro/a), siempre que se cumplan ciertos requisitos legales. Este precepto establece que la reducción de jornada debe ser, como mínimo (sin precisar un máximo), del 50% de la jornada ordinaria y que el permiso debe ir acompañado de las retribuciones íntegras del funcionario. Sin embargo, el legislador no ha desarrollado reglamentariamente los aspectos concretos de este permiso, lo que ha generado un vacío normativo que obliga a las Administraciones Públicas a adoptar criterios propios, muchas veces inconsistentes y limitativos, como sucede en este caso; y, en ciertos casos, discriminatorios, dependiendo de la Comunidad Autónoma de que se trate y la Administración Pública donde el progenitor o progenitora desempeñe su actividad laboral.

En este supuesto, la funcionaria solicitó la reducción de jornada en un 99,99% para cuidar a su hija, calificada como “gran prematura” y cumpliendo por partida doble los requisitos para ser así calificada: el peso y las semanas de gestación. Los informes médicos aportados acreditan que la menor requiere cuidados constantes y especializados, recomendando además su no escolarización durante los dos primeros años de vida (recordemos que el supuesto práctico se enmarca en época COVID-19, donde el colectivo estaba calificado como de alto riesgo). No obstante, la Administración competente resolvió conceder una reducción del 89,5%, argumentando que no es posible autorizar un porcentaje mayor al 90%, ya que esto “desvirtuaría la esencia del permiso”.

La limitación impuesta por la Administración se basa en la discrecionalidad que le otorga la falta de desarrollo normativo del artículo 49.e) EBEP. Sin embargo, esta discrecionalidad está sujeta a los principios de proporcionalidad y no discriminación, así como al mandato constitucional de proteger el interés superior del menor. En este contexto, la doctrina del Tribunal Supremo, en sentencias como la de 3 de junio de 2020, establece que la inactividad normativa no puede justificar la limitación de derechos subjetivos reconocidos por ley. Además, la falta de uniformidad en la aplicación de este derecho entre comunidades autónomas y entre trabajadores laborales y funcionarios públicos vulnera el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución española.

La denegación parcial de la reducción de jornada también fue recurrida judicialmente, acompañada de una solicitud de medidas cautelares positivas para obtener el porcentaje solicitado mientras se resolvía el fondo del asunto. El juzgado de lo contencioso-administrativo denegó las medidas cautelares, argumentando que la suspensión de un acto administrativo de contenido negativo está prohibida y que no se acreditó la apariencia de buen derecho

(*fumus boni iuris*). Sin embargo, esta decisión es cuestionable a la luz de la evolución legislativa y jurisprudencial en materia de medidas cautelares.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de enero de 2013, ha reconocido que las medidas cautelares positivas son admisibles cuando se cumplen ciertos requisitos: la existencia de un *periculum in mora* (riesgo de pérdida de la finalidad del recurso) y la necesidad de garantizar la efectividad de la sentencia futura. En este caso, el *periculum in mora* es evidente, dado que el recurso principal será resuelto previsiblemente cuando la menor haya cumplido dos años, momento en el que el cuidado requerido habrá perdido su razón de ser. Además, la apariencia de buen derecho está respaldada por jurisprudencia favorable al reconocimiento de reducciones superiores al 90%, como la STS 127/2022, de 28 de enero, que concede una reducción del 99,99% a un funcionario en circunstancias similares.

La limitación del porcentaje de reducción de jornada también contraviene los principios constitucionales de protección del menor y de conciliación de la vida laboral y familiar, consagrados en el artículo 39 de la Constitución. El Tribunal Constitucional, en diversas sentencias, ha enfatizado que estos principios deben guiar la interpretación y aplicación de las normas, especialmente cuando está en juego la salud y el bienestar de menores en situación de especial vulnerabilidad.

En síntesis, la resolución administrativa que limita la reducción de jornada al 89,5% es contraria al ordenamiento jurídico, al no respetar los derechos subjetivos reconocidos en el artículo 49.e) EBEP ni los principios constitucionales aplicables. Por tanto, corresponde al órgano judicial estimar el recurso interpuesto y reconocer el derecho de la funcionaria a la reducción del 99,99%, así como conceder las medidas cautelares positivas solicitadas para garantizar la efectividad de la tutela judicial.

Es imperativo que las Administraciones Públicas adopten medidas para desarrollar reglamentariamente el artículo, asegurando una aplicación uniforme y garantista de este derecho. Además, deben implementarse mecanismos administrativos más ágiles y eficientes que eviten la necesidad de judicializar este tipo de conflictos, priorizando siempre el interés superior del menor y la conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores públicos.

Derecho a la salud

María Dolores Requena de Torre

Profesora Ayudante Doctora

Universidad Pontificia Comillas

I. PLANTEAMIENTO

Un ciudadano de nacionalidad ugandesa, Peter N., llegó a España de manera irregular en junio de 2022, atravesando la frontera sur. Una vez en territorio español, solicitó un permiso de residencia alegando razones humanitarias, el cual fue denegado por la Subdelegación del Gobierno al no acreditar las circunstancias excepcionales requeridas según la normativa aplicable. Posteriormente, se dictó una orden de expulsión en su contra, fijándose su retorno a Uganda en el plazo de un mes.

Durante su estancia en España, Peter N. fue diagnosticado con leucemia mieloide crónica, una enfermedad grave que requiere un tratamiento continuo de quimioterapia, además de otras afecciones derivadas de su condición, como anemia severa e infecciones recurrentes. Los tratamientos médicos necesarios le están siendo proporcionados a través del sistema público de salud español, ya que su estado de salud se encuentra en una fase crítica.

Ante la ejecución inminente de la orden de expulsión, Peter N. ha alegado que en Uganda no tendría acceso al tratamiento médico especializado que requiere, debido a la precariedad del sistema sanitario en su país de origen y la ausencia de medios económicos para costearlo. Por ello, sostiene que su expulsión supondría un trato inhumano y degradante, al colocarlo en una situación de riesgo extremo para su vida y condenarlo, en la práctica, a una muerte prematura. Frente a este panorama, plantea si el principio de no devolución, que deriva de la más amplia prohibición de tratos inhumanos y degradantes, impedirían que se lleve a cabo su expulsión.

Cuestiones:

1. ¿Pueden las autoridades españolas proceder a la expulsión de Peter N. a Uganda en estas circunstancias?
2. ¿Considera relevante, a efectos de valorar la ejecución de la expulsión, que el tratamiento médico que Peter N. recibe en España sea curativo o meramente paliativo?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En este caso práctico se plantea la afectación a la protección de la salud (artículo 43 de la Constitución) como derecho íntimamente relacionado con los derechos a la integridad y a la vida (artículo 15 de la Constitución) y su posible afectación ante la ejecución de una orden de expulsión.

B. Problemas constitucionales

A partir del supuesto descrito, se plantean varios problemas de carácter constitucional. Para abordarlos, es imprescindible analizar las obligaciones del Estado derivadas del artículo 15 de la Constitución, que garantiza el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, en relación con el principio de dignidad humana y la absoluta prohibición de tratos inhumanos y degradantes. Estos dilemas constitucionales también invitan a reflexionar sobre los límites de la potestad soberana del Estado para expulsar a extranjeros, especialmente cuando dicha medida puede ocasionar un daño irreparable a determinados derechos fundamentales.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 10.1, 10.2, 15 y 43 de la Constitución española

Artículos 1, 2, 3 y 4 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Artículos 19.2 y 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Artículos 2 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Jurisprudencia

Sentencia de 22 de noviembre de 2022 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-69/21, *X y Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*

Sentencia de 13 de diciembre de 2016 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Paposhvili c. Bélgica*

Sentencia de 27 de mayo de 2008 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *N. c. Reino Unido*

Sentencia de 2 de mayo de 1997 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *D. c. Reino Unido*

D. Solución

Para la resolución de este caso, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y, sobre todo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) resultan de absoluto interés para determinar en qué circunstancias la salud física y mental de una persona que se encuentra irregularmente en el territorio de un Estado constituye una razón suficiente para suspender la ejecución de una orden de expulsión o devolución.

La jurisprudencia en este ámbito, marcada por un constante diálogo entre el TJUE y el TEDH, parte de la premisa de que los Estados no tienen obligación de paliar las desigualdades médicas que los extranjeros sufran ante el retorno a otro territorio. De tal manera que solo en situaciones muy excepcionales en las que la ejecución de la medida implica un grave riesgo para la persona de sufrir, en atención a la salud del inmigrante, *un trato inhumano y degradante*, se ha detenido la expulsión.

Y es que el derecho internacional, y en virtud del artículo 10 de la Constitución, también nuestro derecho interno, prohíbe imperativamente llevar a cabo una expulsión que someta a la persona al riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes. Se trata del principio de *non refoulement* (no devolución), y es una norma imperativa del derecho internacional. Por tanto, la cuestión está en dilucidar cuándo la expulsión de una persona afectada por una enfermedad supone un riesgo de trato inhumano o degradante.

Así, en el primer *leading case* en la materia, el caso *D. C. Reino Unido*, del año 1997, el Tribunal de Estrasburgo señaló que “*Aunque no puede decirse que las condiciones que le esperan en el país receptor sean en sí una violación a los estándares del artículo 3 del CEDH, su envío lo expondría a ‘un riesgo real’ de muerte en condiciones particularmente dolorosas y constituiría, por tanto, un trato inhumano*”. Por lo que la expulsión no podía llevarse a cabo.

Tras ese primer pronunciamiento, muchas cuestiones sobre las circunstancias en las que se da ese *riesgo real* seguían sin respuesta. Y los Tribunales tampoco llegaron a una interpretación pacífica: ¿las obligaciones del Estado para evitar ese riesgo debían centrarse en el mero traslado, esto es, en la ejecución de la medida de expulsión, o había que observar también las circunstancias de la persona en el país tras la medida de expulsión? ¿Qué ocurría si el tratamiento médico estaba disponible en el país pero a un coste inaccesible para la persona? Ante estas cuestiones, los Tribunales (incluso el TEDH) aplicaron esta jurisprudencia muy restrictivamente, insistiendo en que las deficiencias médicas no son responsabilidad de otros Estados; y que, por tanto, el mero traslado a un país con peor asistencia sanitaria no implica la exposición a un riesgo de tratos inhumanos o degradantes. Bajo esta interpretación, la expulsión solo se detenía en circunstancias excepcionalmente graves, pero el estándar de interpretación no estaba claro. Sin embargo, en 2016 el TEDH logró aportar algo de luz a esta difícil controversia en el emblemático asunto de *Paposhvili c. Bélgica* (STEDH de 13 de diciembre de 2016. §183), concretando ese estándar indeterminado:

“Debe entenderse que se refiere a las situaciones de expulsión de una persona gravemente enferma en las que se han demostrado razones fundadas para creer que, aunque no corra un riesgo inminente de muerte, se enfrentaría a un riesgo real, debido a la ausencia de un tratamiento adecuado en el país de acogida o a la falta de acceso a dicho tratamiento, de verse expuesta a un empeoramiento grave, rápido e irreversible de su estado de salud que dé lugar a un sufrimiento intenso o a una reducción significativa de su esperanza de vida. El Tribunal señala que estas situaciones corresponden a un umbral elevado para la aplicación del artículo 3 del Convenio en los casos de expulsión de extranjeros que padecen enfermedades graves”.

Esta interpretación del TEDH resulta completamente coherente con la interpretación del Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado en múltiples ocasiones señalando la vinculación del artículo 43.1 CE con los derechos fundamentales enunciados en el artículo 15 de la Constitución: el derecho a la vida, a la integridad, y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes. Y aunque esta conexión se ha llevado a cabo, por parte del Tribunal Constitucional, en pronunciamientos relativos al ámbito laboral, resulta extrapolable al ámbito de extranjería. Sobre todo, teniendo en cuenta que el artículo 10.2 de la Constitución erige la jurisprudencia del TEDH como criterio de interpretación de los derechos fundamentales y se reconoce “de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento” (ATC 27/2017, FJ 2º, en referencia a la STC 303/1993, FJ 8º).

Por todo ello, la respuesta a la primera pregunta debe ser clara: las autoridades españolas no podrán proceder a la expulsión de Peter N. a Uganda si tienen razones fundadas para creer que la expulsión le expone a un riesgo inminente de muerte, o a un riesgo real de verse expuesto a un empeoramiento grave, rápido e irreversible que dé lugar a un sufrimiento intenso o a una reducción significativa de su esperanza de vida.

Por otra parte, la jurisprudencia del TEDH también ofrece una respuesta a la segunda pregunta, al reconocer que el sufrimiento intenso constituye una manifestación del trato inhumano y degradante. Esta interpretación ha sido confirmada por el TJUE en el asunto C-69/21, aunque requiere ser precisada.

Y es que el TJUE se remite en el asunto *Paposhvili* como criterio “que tiene debidamente en cuenta todas las consideraciones pertinentes a efectos del artículo 3 del CEDH, en la medida en que preserva el derecho general de los Estados a controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los no nacionales, reconociendo al mismo tiempo la absoluta naturaleza de este artículo”. Por ello, afirma que no cualquier riesgo de aumento de dolor expone a un riesgo contrario al artículo 4 (prohibición de tratos inhumanos y degradantes) debe tratarse de un aumento significativo e irreparable.

En este sentido, el TJUE ha considerado que existen razones serias para pensar que se da el riesgo de un aumento considerable e irreparable del dolor cuando se expone a la persona a un “dolor de tal intensidad que resultaría contrario a la dignidad humana en la medida en que pudiera ocasionarle trastornos psíquicos graves e irreversibles e incluso tendencias suicidas, extremo que incumbe determinar al órgano jurisdiccional remitente a la luz de todos los datos pertinentes, en especial los de carácter médico. Concretamente, para apreciar la irreversibilidad del aumento del dolor han de tenerse en cuenta un sinnúmero de factores, incluidos los efectos directos y las consecuencias más indirectas de dicho aumento”. Un incremento del dolor que no necesariamente tiene que interpretarse de modo automático, sino que debe tenerse en cuenta la posibilidad de que sea progresivo y que requiera un cierto tiempo para que alcance un nivel considerable e irreparable (§§71 y 72).

Con estos criterios, el TJUE consideró que la expulsión de Bélgica de un ciudadano ruso a su país de origen constituiría un trato inhumano y degradante, al constatar que el tratamiento médico que estaba recibiendo en Bélgica (cannabis medicinal), único analgésico eficaz para la grave enfermedad que padecía, estaba prohibido en Rusia. De este modo, el Tribunal concluyó que, en tales circunstancias, la expulsión exponería a la persona a un riesgo real de

un aumento significativo, irreparable y rápido de su sufrimiento, contrario a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

E. Bibliografía

- BALAGUER PÉREZ, Amalia (2021): “El derecho a la salud de los migrantes”, en PORRAS RAMÍREZ, José María (dir.), *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 411-422.
- GINÉS MARTÍN, Diego (2021): “In Limbo: Divergent Conceptualisations of Ill-treatment by European Courts and the Creation of Non-removable Migrants”, *European Papers*, vol. 6, núm. 2, pp. 1173-1192.
- PORRAS RAMÍREZ, José María (2024): “La débil garantía constitucional del derecho a la protección de la salud en España: una propuesta de reforma”, *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, núm. 13(1), pp. 11-23.
- SOLER GARCÍA, Carolina (2019): “La prohibición de expulsión de extranjeros por motivos de salud: una evolución jurisprudencial *in melius* de los derechos humanos”, *Ordine Internazionale e Diritti Umano*, núm. 4, pp. 788-800.

Derecho a la vivienda

Alberto Macho Carro
Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Valladolid

I. PLANTEAMIENTO

Una familia de cuatro miembros compuesta por los progenitores y dos menores en edad de escolarización obligatoria, uno de ellos con una discapacidad intelectual del 30% y movilidad reducida, residen desde hace ocho años en una vivienda protegida. La vivienda fue adjudicada por el ayuntamiento de su municipio bajo un régimen de alquiler con opción a compra en favor de la madre de la familia, quien acreditó una situación de vulnerabilidad y escasos recursos económicos en el momento de la adjudicación.

A principios de 2025, la situación económica de la familia se agrava considerablemente tras la pérdida del empleo de ambos progenitores. Como consecuencia, acumulan una deuda de 7 meses en el pago de la renta. La administración responsable de la gestión de las viviendas protegidas comunica la intención de iniciar un procedimiento de desahucio, argumentando el incumplimiento del contrato de arrendamiento.

Los residentes interponen un recurso administrativo solicitando la suspensión del procedimiento y alegan la vulneración de su derecho a una vivienda digna, reconocido en el artículo 47 de la Constitución Española (CE), así como el posible incumplimiento de las garantías establecidas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en materia de desalojos forzosos.

La administración, tras un análisis preliminar, desestima el recurso argumentando que el artículo 47 CE no reconoce un derecho subjetivo a permanecer en la vivienda, y que las obligaciones internacionales derivadas de la jurisprudencia del TEDH no resultan aplicables en este caso.

Esta familia precisa de su asesoramiento jurídico para saber si la resolución administrativa que han recibido es conforme a Derecho o si, por el contrario, habría alguna base normativa para impugnarla ante los tribunales.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El caso plantea un conflicto entre el derecho a la vivienda digna y el derecho de la administración a recuperar la posesión de una vivienda protegida ante el incumplimiento contractual. La familia afectada invoca el artículo 47 CE y la jurisprudencia del TEDH en materia de desalojos forzosos para cuestionar la proporcionalidad y necesidad del desalojo, interesada en que se les asesore sobre las posibilidades de permanecer en la vivienda el mayor tiempo que sea posible.

B. Problemas constitucionales

Como problemas constitucionales están en cuestión la naturaleza jurídica del derecho a la vivienda del artículo 47 CE. ¿Estamos ante un auténtico derecho subjetivo exigible ante los tribunales, o ante un principio rector de la política social y económica cuya eficacia depende de su desarrollo normativo? En este último caso, ¿se ha producido dicho desarrollo?

Aplicabilidad de la jurisprudencia del TEDH. ¿Qué garantías exige el TEDH en los casos de desalojos forzosos de personas en situación de vulnerabilidad instados por las Administraciones Públicas?

C. Fuentes

Normativa

Artículos 1.1, 10.2, 18.2, 24.1, 47 y 53.3 de la Constitución española

Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Disposición final quinta de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda

Artículo 441 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Jurisprudencia

Sentencia 188/2013, de 4 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 113/2021, de 13 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 161/2021, de 4 de octubre, del Tribunal Constitucional
Sentencia 1797/2017, de 23 de noviembre, del Tribunal Supremo
Sentencia 1621/2020, de 28 de septiembre, del Tribunal Supremo
Sentencia 1581/2020, de 23 de noviembre, del Tribunal Supremo
Sentencia del TEDH *Connors c. Reino Unido*, de 27 de agosto de 2004, núm. 66746/01.
Sentencia del TEDH *McCann c. Reino Unido*, de 13 de agosto de 2008, núm. 19009/04.
Sentencia del TEDH *Paulić c. Croacia*, de 22 de octubre de 2009, núm. 3572/06.
Sentencia del TEDH *Buckland c. Reino Unido*, de 18 de septiembre de 2012, núm. 40060/08.
Sentencia del TEDH *Yordanova y otros c. Bulgaria*, de 24 de septiembre de 2012, núm. 25446/06.
Sentencia del TEDH *Brežec c. Croacia*, de 18 de julio de 2013, núm. 7177/10.
Sentencia del TEDH *Winterstein y otros c. Francia*, de 17 de octubre de 2013, núm. 27013/07.
Sentencia del TEDH *Rousk c. Suecia*, de 25 de octubre de 2013, núm. 27183/04.
Sentencia del TEDH *Vrzić c. Croacia*, de 12 de julio de 2016, núm. 43777/13.
Decisión del TEDH *F.J.M. c. Reino Unido*, de 29 de noviembre de 2018, núm. 76202/16.

D. Solución

Para abordar la problemática que se plantea es necesario analizar tanto la normativa nacional como la jurisprudencia europea aplicables al caso.

El derecho a una vivienda digna reconocido en el artículo 47 CE no tiene, pese a su denominación, la naturaleza jurídica propia de un derecho subjetivo directamente exigible ante los tribunales. Es decir, que nadie puede acudir a los tribunales para hacer valer una pretensión –en este caso, de permanencia en una vivienda, aunque esta constituya su residencia habitual– con base, exclusivamente, en el artículo 47 CE. Por el contrario, esta disposición constitucional establece uno de los principios rectores de la política social y económica que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.3 CE, “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. En otras palabras, la eficacia de este presunto derecho depende del desarrollo legislativo que lo concrete.

Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que es un tratado internacional ratificado por nuestro país y, por tanto, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 96 CE), no reconoce un derecho a la vivienda propiamente dicho. Sin embargo, su artículo 8 protege el derecho al respeto del domicilio, que ha sido interpretado por el TEDH como un mecanismo que impide la pérdida de la vivienda habitual a instancias de una Administración Pública sin que previamente se lleve a cabo un juicio adecuado de proporcionalidad.

Este examen debe ponderar, especialmente en casos de personas vulnerables, la gravedad del impacto que el desalojo puede tener en los afectados frente al interés público en la recuperación de la vivienda. La jurisprudencia del TEDH, en casos como *McCann c. Reino Unido*, *Rousk c. Suecia* o *Yordanova c. Bulgaria*, ha establecido que los tribunales nacionales deben realizar este juicio de proporcionalidad, considerando elementos como:

- a) La gravedad de la medida para los afectados (si el impacto del desalojo sobre ellos es proporcional al interés público alegado).
- b) La situación de vulnerabilidad de los afectados, que en este caso resulta especialmente relevante, dada la situación económica de la familia, la presencia de hijos a cargo en edad escolar y, particularmente, la situación del menor con discapacidad y movilidad reducida.
- c) La existencia de soluciones alternativas: la Administración debe demostrar que ha explorado soluciones menos gravosas, como el aplazamiento del desalojo o la oferta de un realojo adecuado.

La exigencia de este juicio de proporcionalidad frente a los desalojos forzosos proveniente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue en buena medida incorporada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en el fundamento jurídico tercero de su Sentencia 1581/2020, de 23 de noviembre, detallaba los elementos que deben tenerse en cuenta al practicar este análisis.

Además, desde el año 2023 existe una norma legal que ha culminado la consagración de este juicio de proporcionalidad en los casos de desalojos forzosos que afecten a personas en situación de especial vulnerabilidad, desarrollando de esta manera el principio rector contenido en el artículo 47 CE. En efecto, la disposición final quinta de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, ha reformado el artículo 441 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para establecer determinadas garantías procedimentales que los tribunales deberán aplicar en los casos de desalojos relativos a personas y familias en situación de vulnerabilidad. Esta norma introduce también, entre otras medidas, la exigencia de coordinación entre los tribunales y los servicios

sociales con vistas a garantizar soluciones habitacionales adecuadas antes de llevar a cabo un desalojo.

En el presente supuesto, no consta que la Administración municipal que insta el desalojo haya llevado a cabo este examen de proporcionalidad, ni tampoco que haya proporcionado alternativas habitacionales a la familia, lo que podría constituir una vulneración del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Asimismo, la Ley 12/2023 refuerza estas garantías al obligar a las administraciones a actuar coordinadamente con los servicios sociales para proteger a las familias vulnerables.

Por lo tanto, resultaría aconsejable que la familia impugnase judicialmente la resolución administrativa mediante la interposición de un recurso contencioso-administrativo. Este recurso debería incluir una solicitud de suspensión cautelar del procedimiento de desalojo, fundamentándose en la normativa nacional y en las garantías derivadas del derecho internacional. Además, es importante que la familia exija la intervención de los servicios sociales para garantizar una alternativa habitacional adecuada y evitar que el desalojo produzca un impacto desproporcionado en su situación personal.

En conclusión, la resolución administrativa no resulta conforme con el ordenamiento jurídico, ya que no ha garantizado las protecciones exigidas por la legislación española ni por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por estos motivos, existe una base normativa y jurisprudencial suficiente para impugnarla ante los tribunales, buscando preservar el derecho de la familia a una vivienda digna y adecuada, en consonancia con su situación de especial vulnerabilidad.

E. Bibliografía

MACHO CARRO, Alberto (2023): “El examen de proporcionalidad de los desalojos forzosos y su recepción en el ordenamiento español”, *Revista de Derecho Político*, núm. 116, pp. 297-335.

RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, Miryam (2024): “La vulnerabilidad frente a los desalojos forzosos de vivienda como tendencia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 130, pp. 49-78.

Inteligencia artificial y derechos fundamentales

Javier Dionis Baeza

Investigador predoctoral

Universidad Complutense de Madrid

I. PLANTEAMIENTO

El día después de un grave atentado terrorista en Madrid, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado desarrollaron el sistema RTABIS (siglas en inglés de sistema automático de identificación biométrica en tiempo real), una herramienta de inteligencia artificial capaz de determinar en pocos segundos si en la grabación de una cámara de videovigilancia aparece el rostro de alguien del que se tengan registros, a partir de un sistema de reconocimiento facial.

Un año después del atentado, se convocó una marcha en memoria de las víctimas en la misma ciudad. La marcha, en la que según fuentes de la Delegación del Gobierno en Madrid reunió a 200.000 personas, recorrió los principales puntos de la ciudad y acabó en la Puerta del Sol. La investigación sobre los responsables del atentado seguía abierta, y la Policía Nacional llevaba semanas monitoreando amenazas sobre otro posible ataque en Madrid. Por ello, la policía utilizó, sin autorización judicial previa, el sistema RTABIS para hacer un seguimiento en tiempo real de los asistentes a la manifestación, en aras de velar por su seguridad e identificar posibles sospechosos de participación en el mortal ataque.

El sistema identificó a dos personas, a partir de ficheros internos de la policía, como responsables de haber participado en diversos delitos: “A” fue identificado como partícipe directo en el atentado del año anterior y miembro de la célula terrorista responsable de las amenazas de otro posible ataque; y “B” como autor de un robo con fuerza de un coche aparcado en un descampado en Burgos, denunciado hacía dos semanas. La identificación de los sospechosos llevó a su detención durante la marcha.

El uso de RTABIS suscitó cierta polémica en la opinión pública, por su posible afección a derechos fundamentales. Meses más tarde, tras una auditoría externa, un informe técnico del algoritmo utilizado en el *software* reveló que el sistema fallaba con mayor asiduidad cuando se empleaba para reconocer a personas de raza no blanca, identificándolas con supuestos delincuentes.

Responda a las siguientes preguntas:

1. ¿Qué es un sistema de identificación biométrica?
2. ¿Qué derechos fundamentales están implicados en el uso del *software* RTABIS en el contexto que se describe?
3. ¿Ha sido utilizada la herramienta de inteligencia artificial de manera correcta?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El caso reproduce el uso por parte de la policía de un sistema biométrico de reconocimiento facial en tiempo real que lleva a la detención de dos personas en el contexto de una manifestación en memoria de las víctimas de un atentado terrorista. Uno de los detenidos había efectivamente participado en el atentado y el otro era sospechoso por el robo de un coche. Una auditoría externa del algoritmo reveló que el sistema fallaba en la identificación de determinadas personas, reproduciendo determinados sesgos.

B. Problemas constitucionales

El presente caso práctico busca entender qué implicaciones tiene para nuestros derechos fundamentales el uso de determinadas herramientas de inteligencia artificial y cuáles son sus límites cuando la seguridad nacional y el orden público están en juego.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 14, 18, 21 y 24.2 de la Constitución española

Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Artículos 3 y 5 del Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea

Artículo 13 de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación

Jurisprudencia

Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, del Tribunal Constitucional

D. Solución

Pregunta 1: Para entender lo que es un sistema de identificación biométrica debemos leer detenidamente las definiciones contenidas en el artículo 3 del Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea (RIA, en adelante).

El apartado 34 define los “datos biométricos” como aquellos datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos.

Por su parte, la definición número 35 es la de “identificación biométrica”: el reconocimiento automatizado de características humanas de tipo físico, fisiológico, conductual o psicológico para determinar la identidad de una persona física comparando sus datos biométricos con los datos biométricos de personas almacenados en una base de datos.

Finalmente, el apartado 42 explica lo que es un “sistema de identificación biométrica remota en tiempo real”: un sistema de identificación biométrica remota en el que la recogida de los datos biométricos, la comparación y la identificación se producen sin una demora significativa; engloba no solo la identificación instantánea, sino también, a fin de evitar la elusión, demoras mínimas limitadas.

En el presente caso, el *software* RTABIS utiliza un sistema reconocimiento facial para identificar a personas sospechosas de haber cometido o de cometer un delito, al comparar sus datos biométricos (su cara) con la base de datos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, todo ello en tiempo real.

Pregunta 2: La utilización de un sistema de inteligencia artificial (IA) como el que se describe en este caso es susceptible de afectar a numerosos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española (CE).

— El artículo 14 CE establece la igualdad de todas las personas ante la ley, prohibiendo la discriminación por razón, entre cosas, de la raza. Por ello,

un sistema de IA que conlleve la identificación errónea de un determinado grupo de personas de características fisiológicas concretas como delincuentes supondría una discriminación prohibida por el ordenamiento constitucional. A mayor abundamiento, el artículo 3 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, incluye a la IA dentro de su ámbito objetivo de aplicación.

— El artículo 18.1 CE garantiza el derecho a la intimidad personal. Asimismo, aunque no se diga expresamente en la CE, el Tribunal Constitucional reconoció el derecho a la protección de datos personales como parte del artículo 18.4 CE en su STC 292/2000, de 30 de noviembre, como afirma el artículo 1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Estos derechos pueden verse igualmente afectados por el uso de una IA de reconocimiento facial.

Por un lado, la identificación de personas en espacios públicos, desarrollando su vida privada en un ámbito de libertad, puede suponer una injerencia a su privacidad. Este herramienta podría estar identificando en tiempo real a dónde van las personas, con quién, a qué manifestaciones acuden, etc. Por otro lado, las características fisiológicas de las personas, en concreto la cara, son una parte esencial de sus datos personales. El artículo 13.1 de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, incluye los datos biométricos entre las categorías especiales de datos, sujetos a mayores garantías. Por ello, el tratamiento de estos datos debería hacerse con la menor injerencia posible.

— El derecho de reunión y manifestación, reconocido en el artículo 21 CE, puede verse limitado si el uso de un *software* de reconocimiento facial, y por afectación del resto de derechos mencionados, genera obstáculos para su ejercicio efectivo.

— Por último, un uso indiscriminado de un sistema que analiza en tiempo real los datos biométricos de miles de personas, en busca de supuestos delincuentes, con la posibilidad de que identifique erróneamente a determinadas personas, cuya detención sea automática, puede suponer una vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE.

Pregunta 3: La base jurídica para responder a esta pregunta la encontramos en el artículo 5 RIA. Este artículo señala qué prácticas de IA están prohibidas en el ámbito de la UE. La letra h) del apartado primero indica que sería contrario al Reglamento el uso de “identificación biométrica remota ‘en tiempo real’ en espacios de acceso público con fines de garantía del cumpli-

miento del Derecho”. Ahora bien, seguidamente cita tres excepciones, aunque solo aplicables cuando el uso de esta tecnología sea “estrictamente necesario”: i) la búsqueda selectiva de víctimas concretas de secuestro, trata de seres humanos o explotación sexual de seres humanos, así como la búsqueda de personas desaparecidas; ii) la prevención de una amenaza específica, importante e inminente para la vida o la seguridad física de las personas físicas o de una amenaza real y actual o real y previsible de un atentado terrorista; y iii) la localización o identificación de una persona sospechosa de haber cometido un delito a fin de llevar a cabo una investigación o un enjuiciamiento penales o de ejecutar una sanción penal por alguno de los delitos mencionados en el anexo II que en el Estado miembro de que se trate se castigue con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos cuatro años.

El apartado quinto del mismo artículo 5 RIA, dispone que los “Estados miembros podrán decidir contemplar la posibilidad de autorizar, ya sea total o parcialmente, el uso de sistemas de identificación biométrica remota ‘en tiempo real’ en espacios de acceso público con fines de garantía del cumplimiento del Derecho dentro de los límites y en las condiciones que se indican” en el artículo. Así, el artículo 13.2 de la ya mencionada Ley Orgánica 7/2021 autoriza el tratamiento, por parte de las autoridades competentes, de “datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física con los fines de prevención, investigación, detección de infracciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública”.

Es decir, si bien la normativa española permite el uso de este tipo de sistemas, la norma general es de prohibición. Por ello, hay que atender a las excepciones para comprobar si en el presente caso el uso de RTABIS fue lícito.

Así, la identificación de “A” como partícipe directo en el atentado terrorista del año anterior y miembro de la célula terrorista responsable de las amenazas de otro posible ataque, cumpliría tanto la segunda como la tercera excepción. La segunda por razones obvias, pero la tercera también porque el delito de terrorismo es uno de los incluidos en el Anexo II.

En el caso de “B”, su identificación como autor de un robo con fuerza de un coche no cumpliría los estándares del RIA, puesto que este delito no se encuentra entre los del Anexo II, y por tanto no se podría incluir en ninguna de las excepciones de los usos prohibidos. Esto supondría entonces una extralimitación del uso del sistema RTABIS.

Para terminar, es necesario hacer mención a la obligatoria autorización judicial, exigida por el apartado 3 del artículo 5 RIA, para el uso de este tipo

de sistemas. En este caso, como señala el supuesto de hecho, no se solicitó la autorización. Ahora bien, la segunda parte de este mismo apartado señala que, “en una situación de urgencia debidamente justificada, se podrá empezar a utilizar tal sistema sin autorización siempre que se solicite dicha autorización sin demora indebida, a más tardar en un plazo de veinticuatro horas. Si se rechaza dicha autorización, el uso se interrumpirá con efecto inmediato y todos los datos, así como los resultados y la información de salida generados por dicho uso, se desecharán y suprimirán inmediatamente”.

Por ello, suponiendo que los responsables de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad hubieran solicitado, cumpliendo el plazo establecido, la autorización judicial, después del uso de RTABIS, sería interesante argumentar acerca de su aceptación o rechazo. Para responder a esta cuestión, solo debemos de centrarnos en la identificación y posterior detención de “A”, pues ya se ha visto la ilicitud de la identificación de “B”.

El órgano judicial tendría que valorar si el uso de este sistema de IA es proporcional respecto a la afectación de los derechos fundamentales ya mencionados. Es decir, si el objetivo perseguido (la seguridad nacional, por ejemplo) justifica la posible vulneración de derechos fundamentales. El apartado 2 del artículo 5 RIA menciona que el uso de un sistema de estas características debe tener en cuenta dos aspectos: a) la naturaleza de la situación que dé lugar al posible uso, y en particular la gravedad, probabilidad y magnitud del perjuicio que se produciría de no utilizarse el sistema; y b) las consecuencias que tendría el uso del sistema en los derechos y las libertades de las personas implicadas, y en particular la gravedad, probabilidad y magnitud de dichas consecuencias.

Por ello, el contexto del caso, esto es, una marcha en memoria de las víctimas de un atentado terrorista y la existencia de amenazas de un nuevo ataque, además de que efectivamente se identificó a uno de los principales sospechosos de ambas actuaciones, podría justificar el uso de un sistema como RTABIS. Ahora bien, para que fuera verdaderamente proporcionado para alcanzar uno de los objetivos mencionados, las amenazas de un nuevo atentado deberían ser claras e innegables. Es decir, el peligro para la vida de las personas y para la seguridad nacional debería ser palpable.

E. Bibliografía

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2019):

Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement. Disponible online en: <https://fra.europa.eu/en/publication/2019/facial-recognition-technology-fundamental-rights-considerations-context-law>

Suspensión individual de los derechos fundamentales: detención legal y *Habeas Corpus*

Carlos Marco Marco Atienza
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

Con fecha de 31 de enero, a las 8:00 horas de la mañana, contacta de modo urgente la Sra. Martínez con usted, Letrado, a fin de tratar de localizar a su pareja sentimental, el Sr. Pérez, que se encuentra en paradero desconocido aproximadamente desde las 19:00 horas del día 29 de enero, si bien sospecha que puede haber sido detenido por las Fuerzas de Seguridad del Estado.

A fin de conocer todos los antecedentes, la Sra. Martínez nos expone que hace una semana el Sr. Pérez estaba con varias personas que ella no conoce y que todas forman parte de una asociación vinculada a un famoso club de fútbol, dirigiéndose todos ellos hacia el estadio de fútbol. Según manifiesta la Sra. Martínez, a la salida del partido de fútbol, hubo un incidente entre varios asistentes de los dos equipos contrarios, tras lo cual, el Sr. Gutiérrez, aficionado del equipo contrario al del Sr. Pérez, resultó herido muy grave, falleciendo el día 29 de enero por la mañana. La Sra. Martínez tiene la sospecha de que el Sr. Pérez ha sido detenido por esos motivos. Nos indica que ha llamado en varias ocasiones a la Comisaría de la Policía Nacional pero que no le han confirmado que esté detenido en sus dependencias.

Inmediatamente, usted, Letrado se persona en la Comisaría de la Policía Nacional para interesarse sobre la posible detención del Sr. Pérez, a lo que un agente con el que tiene amistad le informa que ha sido detenido a las 19:00 horas del día 29 de enero y que se va a considerar la muerte del Sr. Gutiérrez como un hecho ilícito cometido por banda armada, a los oportunos efectos de la ampliación del plazo de detención hasta que puedan ser detenidos otros sospechosos integrantes del mismo grupo.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En este caso práctico se va a estudiar el derecho fundamental a la libertad ambulatoria prevista en el artículo 17 de la Constitución, el plazo máximo de detención ordinaria y su ampliación extraordinaria por motivos especialmente tasados en el artículo 55.2 de la Constitución.

B. Problemas constitucionales

El problema constitucional que surge es cuándo nos encontramos ante los supuestos planteados en el artículo 55.2 de la Constitución, que permiten la ampliación del tiempo máximo de detención, y, en caso de que estemos ante una violación del mismo, su mecanismo de protección.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 17 y 55 de la Constitución española

Artículo 570 bis del Código Penal

Artículos 384 bis, 520 bis del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus”

D. Solución

Hemos de partir del reconocimiento del derecho fundamental de toda persona a la libertad ambulatoria, previsto en el artículo 17 CE. Mediante este derecho, se garantiza el derecho de todas las personas a la libertad y a la seguridad y que solamente la persona puede ser privado de la misma “*con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley*” (apartado 1º), que la detención preventiva, que no provisional, “*no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial*” y, en su apartado cuarto, el poder constituyente manda al legislador ordinario la regulación mediante ley del procedimiento de *Habeas Corpus*, “*para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente*”.

La Constitución establece de modo claro y expreso una reserva de ley, es decir, únicamente se podrá privar a una persona de su libertad cuando se proceda a su detención preventiva o provisional¹, y de acuerdo a la Ley, por lo que tendremos que acudir a las normas emanadas del Parlamento² que regulan estas materias para poder valorar si, en el supuesto que nos encontramos estamos ante una detención legal o ilegal.

El artículo 17.2 CE prevé que cuando se ha producido una detención provisional se establecen de modo expreso dos límites temporales para que el detenido se ponga en libertad, es decir, se le restituya su derecho o, por el contrario, se ponga ante disposición judicial. El límite temporal expreso viene fijado, *“en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas”*, por lo que nos encontramos ante un plazo fijo que, en principio, no puede ser superado. Sin embargo, en la primera parte del apartado viene otro límite temporal más difuso, y este es *“el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”*, por lo que, si las averiguaciones para aclarar el presunto hecho penal concluyesen antes, se ha de poner al detenido ante disposición judicial ya que, de no hacerse, estaremos ante una vulneración del derecho a la libertad personal³.

- 1 Si bien estas son las dos únicas formas de privación de libertad que expresamente se enumeran en el artículo 17 de la Constitución, no son las únicas, ya que el ordenamiento jurídico español prevé otras como los internamientos forzados o involuntarios autorizados al amparo de la legislación sanitaria o de extranjería, la conducción a dependencias policiales para un control de alcoholemia (STC 22/1988, de 18 de febrero) o la retención para verificar la identidad de una persona (artículo 16.2 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana), protección civil, entre otros o, incluso, cuando concurra la declaración de los estados excepcionales que se prevén en el artículo 116 de la Constitución: los de Excepción y Sitio y con los límites establecidos en el artículo 55.1 de la Norma Suprema.
- 2 Esta reserva de Ley se constituye como una garantía, ya que únicamente serán los representantes del pueblo, es decir, el legislador democráticamente elegido, el poder que puede establecer los casos en los que procederá la privación de libertad, limitándose de modo expreso al gobierno esta posibilidad.
- 3 En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 86/1996, de 21 de mayo, en su FJ 8º, al establecer que la vulneración del tiempo máximo de detención no sólo se produce cuando transcurren más de setenta y dos horas de la detención, sino *“desde el mismo momento en que las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos fueron finalizadas, y no constando la existencia de otras circunstancias, la detención policial del actor quedó privada de fundamento constitucional. En este instante, que nunca puede producirse después del transcurso de setenta y dos horas, pero sí antes, la policía tenía que haberlo puesto en libertad, o bien haberse dirigido al Juez competente [...] Al no actuar así, poniéndolo inmediatamente en libertad o a disposición judicial, y mantener su situación de detención más allá del tiempo estrictamente necesario, el derecho fundamental a la libertad personal del actor fue vulnerado”*. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 224/1998, de 24 de noviembre, en el que estableció que la detención había de considerarse ilegal pues, si bien no había superado

Ahora bien, el límite temporal “*máximo*” de las setenta y dos horas tiene una excepción prevista constitucionalmente, y es en los supuestos que la investigación verse sobre una banda armada o elementos terroristas. En estos casos se podrá suspender el plazo máximo establecido en el artículo 17.2 CE, si bien siempre que se prevea mediante una ley orgánica y “*con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario*”. No cabe duda de que el control más importante se hace en estos supuestos por los integrantes del poder Judicial, los Jueces y Magistrados ya que, como veremos, se hace necesaria la autorización judicial para proceder a la ampliación del plazo de detención así como la incomunicación del detenido, por lo que estaremos ante un “control judicial *ad hoc*”. Por medio de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se añadió el artículo 520 bis a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en virtud del cual, el plazo máximo de detención de setenta y dos horas podrá ser ampliado otras cuarenta y ocho horas siempre que estemos ante una investigación de un grupo armado, banda terrorista o rebeldes, y se le haya solicitado autorización al Juez en las primeras cuarenta y ocho horas.

En tercer lugar, en aquellos casos en los que nos encontremos ante una detención ilegal, podremos iniciar un procedimiento ordinario de protección del Derecho Fundamental a la libertad ambulatoria, como es el procedimiento de *Habeas Corpus* (artículo 17.4 CE), el cual garantiza la puesta inmediata de todo detenido ante la autoridad judicial.

Por su parte, en lo que atañe a la ampliación del periodo de detención, aunque ya se ha adelantado en el punto anterior, si bien la Constitución establece un periodo máximo de detención de setenta y dos horas, este límite puede ser ampliado mediante Ley Orgánica únicamente para los casos en los que la investigación penal verse sobre elementos terroristas o bandas armadas. En este sentido, el artículo 520 bis de la LECrim establece que, “*toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis [delitos vinculados a bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes] será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, [...] sea autorizada por el Juez [...]*”. Es decir, se establece una autorización previa judicial, por lo que la decisión de la ampliación del periodo de detención no puede ser acordada por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad que custodien al detenido. Esto supone un importante

el plazo máximo de 72 horas, el tiempo de privación de libertad fue superior al tiempo necesario para el esclarecimiento de los hechos.

límite, ya que ha de ser un miembro del poder judicial el que autorice (o no) la ampliación del plazo máximo constitucionalmente previsto, según dispone el artículo 55.2 CE. En cualquier caso, la autorización (o no) del aumento del tiempo de detención no podrá superar las setenta y dos horas originales, es decir, la petición ha de hacerse dentro de las 48 primeras horas y el Juez tendrá que resolver en el máximo de 24 horas, por lo que en el caso de que la misma no sea autorizada, no superará en ningún caso el plazo del artículo 17.2 CE (72 horas)⁴.

Una vez previsto esta ampliación extraordinaria, cabe preguntarnos: ¿estamos ante un supuesto donde la ampliación del plazo de detención pueda acordarse, así como que se acuerde la incomunicación del detenido? Es decir, ¿estamos ante un supuesto donde el delito ha sido cometido por “*bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes*”⁵?

Esta no es una cuestión sencilla, si bien es una cuestión central, pues de entender que no nos encontramos ante este supuesto, la detención será legal hasta el máximo de setenta y dos horas, esto es, el día 1 de febrero hasta las 19:00 horas (recordemos que la detención fue el 29 de enero a las 19:00), por lo que toda detención que supere “*el tiempo mínimo imprescindible*” y, en cualquier caso, las 72 horas, habrá devenido en inconstitucional, por lo que no tendrá amparo legal, aunque su origen fuera legítimo. Por el contrario, en el caso en el que consideremos que la pregunta tiene una respuesta afirmativa, estaremos ante una detención legal que podrá ampliarse al plazo máximo de 120 horas (setenta y dos horas *ordinarias* vía artículo 17.2 CE y otras 48 horas *excepcionales* del artículo 520 bis LECrim), siempre que medie autorización judicial y, en el mismo sentido, se podrá haber acordado, con autorización judicial, la incomunicación del detenido.

Para poder responder a la pregunta anterior y poder valorar la legalidad o ilegalidad de la detención, se ha de definir qué podemos entender por “*bandas armadas o elementos terroristas*”. En primer lugar, se ha de exponer que estamos ante un concepto indeterminado, del que la LECrim no da una definición de

4 DE DIEGO DÍEZ, L. A., manifiesta que “*con todo, la prórroga de 48 horas es, en realidad, una actuación jurisdiccional, debidamente motivada antes de finalizar las 72 horas de detención preventiva policial. Por tanto, no puede considerarse, en puridad, una detención gubernativa, sino judicial, pues la decisión corresponde al Juez, quien, a fin de cuentas, ha tenido <<formalmente>> a su disposición al detenido cuando valoró la procedencia de que se le trajera a su presencia o continuase bajo custodia y a disposición policial a efectos de las indagaciones*”, en *Habeas corpus frente a detenciones ilegales*, op. cit., pág. 118.

5 El artículo 520 bis, primer apartado de la LECrim. remite a los delitos a los que se refiere el artículo 384 bis, es decir, a todos aquellos “*delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, [...]*”.

cuándo hemos de entender que concurre, pero podemos definirlo por analogía atendiendo a los preceptos del Código Penal. Así, los artículos 570 bis y 573 del Código Penal definen cuándo estaremos ante una organización o grupo criminal y ante un grupo terrorista, respectivamente.

En primer lugar, consideramos que existen pocas dudas de que no nos encontramos ante un grupo terrorista, ya que el fin del mismo tiene que ser la comisión de un conjunto de delitos, entre otros, contra la vida, siempre que el fin sea subvertir el orden constitucional o suprimir o *“desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”*, alterar gravemente la paz pública, desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional o *“provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”*⁶. Es claro y manifiesto que la finalidad de un grupo de aficionados al fútbol, en principio, no se acoge a la actividad que busca un grupo terrorista.

Respecto a si estamos ante un grupo criminal o banda armada, que puede suponer alguna duda más, el Código Penal establece en su artículo 570 bis que *“se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”*. Al igual que en el caso del grupo terrorista, entendemos que el fin no es comparable, por lo que la muerte del Sr. Gutiérrez ha de ser considerado como un *“delito común”* y no como un delito cometido por banda armada o grupo terrorista⁷.

6 Artículo 573.1, subapartados 1º a 4º del Código Penal.

7 El Tribunal Constitucional ha fallado en su Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre, que *“el concepto de «bandas armadas» ha de ser interpretado así restrictivamente y en conexión, en su transcendencia y alcance, con el de «elementos terroristas» mencionado en el precepto constitucional. En esta misma línea la jurisprudencia penal también ha definido de forma restrictiva el tipo delictivo contemplado en el art. 7 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, haciendo referencia no sólo a la nota de permanencia y estabilidad del grupo, y a su carácter armado (con armas de defensa o de guerra, y también con sustancias o aparatos explosivos), sino también a su entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana, que suponga así también un ataque al conjunto de la sociedad democrática. Cualquier otra interpretación más amplia de la expresión bandas armadas, que permitiera la aplicación de la Ley Orgánica 9/1984 y singularmente de los preceptos de su Capítulo Tercero a personas o grupos que actuar con armas, sin provoca el terror en la sociedad ni pretender alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho y sin ponerlo objetivamente en peligro, carecería de la cobertura constitucional del art. 55.2”*. Si bien la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución fue derogada por la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal, y esta a su vez por el nuevo

De la respuesta negativa a si estamos ante una detención donde se investiga una actividad terrorista o de bandas armadas, hemos de concluir que el Sr. Pérez se encuentra en una situación de detención ilegal de ampliarse el periodo de detención tal y como ha informado la Policía Nacional, de las 72 horas⁸, es decir, no ponerlo en libertad o ante el Juez antes de las 19:00 horas del día 1 de febrero, estaremos ante un motivo para declarar la ilegalidad de la detención, con lo que queda justificado que estudiemos los mecanismos de los que dispone toda persona detenida de modo ilegal para impugnar la misma y, en su caso, valoraremos las consecuencias que ello tendrá.

A. El mecanismo ordinario para impugnar la detención ilegal: el procedimiento de *Habeas Corpus*

Así las cosas, ya se ha valorado la posibilidad de que el Sr. Pérez se encuentre ante una situación de detención ilegal de serle ampliado el plazo de detención ordinario de las 72 horas.

Tal y como se ha expuesto con anterioridad, la Constitución, en su artículo 17.4 establece la obligación de que por el poder legislativo se regule la institución del “*Habeas corpus*”. Este instrumento, tal y como ya hemos estudiado, es un mecanismo “ordinario”, rápido y “sencillo”⁹ de protección del derecho fundamental a la libertad individual¹⁰, que ha sido regulado por la Ley Orgánica

Código Penal de 1995, el Tribunal Constitucional declaró que para que podamos proceder a una suspensión de los derechos individuales vía artículo 55.2 CE es que la actuación del grupo terrorista o banda armada busque provocar el terror en la sociedad o alterar el orden democrático y constitucional, por lo que caben pocas dudas de que no procede la aplicación de esta normativa excepcional en el supuesto que analizamos.

- 8 Hemos de recordar el artículo 17.2 CE establece dos plazos máximos de detención, el primero es el tiempo mínimo imprescindible para la investigación de los hechos delictivos y el segundo es el plazo máximo de setenta y dos horas. Estaremos ante una detención ilegal no sólo cuando superemos las 72 horas ordinarias sin poner al detenido en libertad o pasarlo a disposición judicial sino también “desde el mismo momento en que las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos fueron finalizadas” (STC 86/1996, de 21 de mayo) y no se ha puesto en libertad o ante el Juez a la persona privada de libertad.

- 9 Así se establece en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica. El legislador ha establecido un mecanismo o recurso antiformalista y sencillo, a fin de facilitar a los ciudadanos su conocimiento y ejercicio, llegado el caso. Por este motivo, a pesar de ser un procedimiento judicial, no es necesaria la intervención de Letrado ni de Procurador (artículo 4 LOHC).

- 10 En palabras del legislador ordinario, y así se ha justificado en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica, “el «*Habeas Corpus*» ha demostrado históricamente su funcionalidad para proteger la libertad de los ciudadanos. De ahí que la Constitución, en el núm. 4 art. 17, recoja esta institución y obligue al legislador a regularla, completando, de esta forma, el

6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus”, en adelante LOHC.

La LOHC expone en su artículo 1º que podremos iniciar este proceso cuando nos encontremos ante una persona detenida ilegalmente, considerándose como tal: “*las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida*”¹¹ y “*las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las leyes, si transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención*”¹².

El procedimiento se iniciará por medio de escrito o comparecencia dirigida al Juez de Instrucción del lugar donde se encuentre privado de libertad¹³, justificando las causas por las que se puede declarar la detención ilegal, y puede solicitar el mecanismo el Sr. Perez, como privado de libertad, la Sra. Martínez como persona unida por análoga relación de afectividad al cónyuge, así como los ascendientes, descendientes y hermanos (artículo 3, letra a) de la LOHC), el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo (letras b) y c) respectivamente del mismo artículo), el abogado defensor del privado (letra d) del artículo tercero)¹⁴ o el propio Juez de Instrucción de oficio.

Respecto al procedimiento de tramitación, el funcionario o autoridad gubernativa que haya tenido conocimiento del inicio del procedimiento tiene la obligación de poner en conocimiento del Juez de Instrucción de modo inmediato dicha solicitud. El Juez ha de valorar si se reúnen todos los requisitos para su tramitación y dará traslado al Ministerio Fiscal, acordando por auto la apertura del procedimiento o denegándolo si la misma fuera improcedente (artículo 6 LOHC).

De admitirse a trámite el mismo, el Juez requerirá a la autoridad que custodie al Sr. Pérez para que la ponga de manifiesto ante él, de modo inmediato. En esta comparecencia se oirá al detenido y a su Letrado, si lo hubiere,

complejo y acabado sistema de protección de la libertad personal diseñado por nuestra norma fundamental”.

11 Letra d) del artículo 1 de la LOHC.

12 Letra c) del artículo 1 de la LOHC.

13 En el caso de que estemos ante una detención por banda terrorista, será competente en Juez Central de Instrucción (artículo 2 LOHC), si bien ya se ha dejado claro que no estamos ante esta situación.

14 Se ha de señalar que la legitimación de los abogados ha sido introducida de modo expreso por la disposición final segunda de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa. Hasta entonces, el Tribunal Constitucional había fallado en sus Sentencias 61/2003, de 24 de marzo, 37/2008, de 25 de febrero y 84/2009, de 30 de marzo, la legitimación de los Letrados, tanto su actúan de oficio como si lo hacía en su calidad de abogados particulares.

al Ministerio Fiscal y a los funcionarios que hayan procedido a la detención y “*en todo caso, a aquella bajo cuya custodia se encontrase la persona privada de libertad*”¹⁵, a fin de que justifiquen, en su caso, la legalidad de la detención.

Toda la prueba admitida se practicará de modo inmediato y en el plazo máximo de 24 horas se dictará Auto resolviendo el procedimiento. En dicho Auto, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Orgánica, el Juez tendrá que adoptar alguna de las siguientes resoluciones:

“1. Si estima que no se da ninguna de las circunstancias a que se refiere el artículo primero de esta ley, acordará el archivo de las actuaciones, declarando ser conforme a Derecho la privación de libertad y las circunstancias en que se está realizando.

2. Si estima que concurren alguna de las circunstancias del artículo primero de esta ley, se acordará en el acto alguna de las siguientes medidas:

a) La puesta en libertad del privado de ésta, si lo fue ilegalmente.

b) Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero, si lo considerase necesario, en establecimiento distinto, o bajo la custodia de personas distintas a las que hasta entonces la detentaban.

c) Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición judicial, si ya hubiese transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención”.

En este caso y en el supuesto de que se otorgase el amparo solicitado, el Juez tendrá que adoptar o la libertad inmediata, cuestión poco probable al haberse cometido un delito, o que se ponga de modo inmediato ante disposición judicial, por lo que se iniciarían las diligencias previas en el seno del órgano judicial de modo inmediato o, en tercer lugar, podría ordenar la custodia por otros agentes de la autoridad a fin de evitar una nueva detención ilegal.

B. El mecanismo extraordinario para impugnar la detención ilegal: el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional

En el caso de que se negase el procedimiento de *Habeas Corpus*, a pesar de haber sido tramitado, conforme expone el artículo 8.1 de la Ley Orgánica reguladora de este mecanismo, cabrán los recursos ordinarios contra el Auto

15 Artículo 7 de la LOHC.

del Juzgado de Instrucción¹⁶ y, de no ser admitido, deberemos de interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y ello en el plazo de 30 días hábiles desde que se notifique el Auto no otorgando el amparo solicitado ante la detención ilegal.

16 Si bien es cierto que la LOHC guarda silencio sobre los recursos que caben, la doctrina ha interpretado que contra el Auto de desestimación del recurso se podrán interponer los recursos de queja y de reforma, aplicando de modo subsidiario la LECrim. y sus artículos 217 y 218, sin embargo, hemos de llamar la atención de que la interposición de estos recursos resultarán ineficaces, ya que cuando se pronuncien nuevamente, la detención ilegal ya habrá cesado, por lo que nos encontraremos únicamente ante una Sentencia declarativa.

Suspensión individual de los derechos fundamentales: Detención por delito de terrorismo

Carlos Marco Marco Atienza
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

En calidad de Letrado de oficio, es llamado a la Comisaría de la Guardia Civil para asistir a un detenido. Una vez que ha podido estudiar las actuaciones, se informa que sobre el detenido había una orden de arresto por un delito de tráfico de sustancias estupefacientes, que es consumidor de las mismas y que se dedica al “*menudeo*”. Cuando fue detenido y procedieron al registro de su vivienda según orden judicial dictada por el Juez de Instrucción n.º 1 de los de Albacete, encontraron en ésta material para crear un artefacto explosivo, así como vídeos y manuales de un grupo político llamando a la subversión. Una vez que se reúne reservadamente con el privado de libertad, el mismo le informa que lleva detenido más de 80 horas y que no ha podido ejercer algunos derechos que tienen los privados de libertad como hablar con su pareja para decirle su situación, dónde se encuentra detenido (incomunicación) y que tampoco ha podido llamar a un abogado amigo suyo para que le asista en Comisaría, teniendo un especial interés en que sea asistido por éste.

Cuestiones:

1. ¿Está justificada la ampliación del plazo máximo de detención previsto en el artículo 17.2 de la Constitución (en adelante, CE)? ¿Y la no comunicación de la detención a la persona que el privado quiera?

2. Todos los detenidos tienen derecho a designar un Letrado de su propia elección, ¿podría ejercer en este supuesto el privado de libertad este derecho?
3. En caso de que nos encontrásemos ante un delito de los previstos en el artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) (persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes), ¿podría el Juez ordenar las escuchas de lo que cuente el detenido con usted como Letrado?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Un Letrado de oficio asiste a un detenido con orden de arresto por tráfico de drogas. En el registro judicial de su vivienda se han hallado materiales para un explosivo y contenido subversivo. El detenido denuncia incomunicación, dado que lleva más de 80 horas arrestado y no ha podido contactar con su pareja ni elegir abogado.

B. Problemas constitucionales

En el presente caso práctico se busca resolver si se ha vulnerado el derecho a la libertad ambulatoria en el sentido de haber superado las horas de detención preventiva, así como otros derechos básicos que tiene toda persona detenida.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 17, 24.2 y 55.2 de la Constitución española

Artículos 384, 509, 520 bis y 527 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Artículos 573 del Código Penal

Jurisprudencia

Sentencia 2026/2001, de 28 de noviembre, del Tribunal Supremo

D. Solución

En primer lugar, hemos de señalar que la detención y entrada en el domicilio han sido legítimas, y ello al amparo de una orden judicial que ha autorizado las mismas. En virtud de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Constitución española (en adelante, CE), si la detención únicamente se hubiera motivado por el delito de tráfico de drogas, salvo que estuviéramos ante una detención donde el sospechoso forma parte de una banda organizada, que no es el caso, podría durar un máximo de 72 horas.

En el presente caso, se nos informa que, cuando se procede a la entrada en el domicilio, hay un descubrimiento de otro presunto delito: la fabricación de un artefacto explosivo. En este caso y en relación con esto, la Guardia Civil ha procedido con la detención y aplican una suspensión individual de derechos fundamentales previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, al considerar que estamos ante un elemento terrorista (artículo 520 bis LECrim).

La primera cuestión que se ha de señalar es si, realmente, estamos ante un caso de terrorismo o no, ya que de ser así se podrá proceder a la suspensión de derechos del artículo 55.2 CE, mientras que si no estamos en este supuesto, habremos de presentar inmediatamente un recurso *Habeas corpus*, pues la detención ha durado más “*de lo estrictamente necesario*” y, en cualquier caso, más de 72 horas (artículo 17.2 CE), pues recordemos que, según manifiesta el privado y se puede ver en las actuaciones, lleva detenido más de 80 horas.

El artículo 573.1 del Código Penal dispone que “*se considerará delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:*

1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.ª Alterar gravemente la paz pública.

3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”.

A la vista de la definición que da el Código Penal, resulta claro que nos encontramos dentro de los delitos previstos de terrorismo, ya que la función del atentado, según se desprende de las pruebas encontradas en el domicilio (vídeos o panfletos llamando a la subversión) es uno de los tipos previstos dentro del artículo 573.1 CP. Por lo tanto, puede caber la suspensión individual de derechos fundamentales prevista en el artículo 55.2 CE y desarrollada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En relación con la primera pregunta, se ha de responder afirmativamente, ya que el artículo 520 bis LECrim permite una ampliación del tiempo máximo de detención de las 72 horas máximas constitucionales hasta las 120 horas.

Respecto a los requisitos que se prevén para esta ampliación, la Guardia Civil ha tenido que solicitar dicha ampliación en las primeras 48 horas al Juez, siendo autorizada la misma en el plazo de 24 horas por el Juez mediante resolución motivada. Estos plazos han de entenderse en sentido estricto y siempre como plazos máximos, ya que, de no ser autorizada por el Juez la ampliación, en ningún caso podrá superar la misma las 72 horas (48 horas decretadas por la autoridad policial y 24 horas máximas para la autorización judicial).

Junto a la posibilidad para ampliar el plazo máximo de detención ordinario para la investigación del delito, el artículo 520 bis LECrim prevé la posibilidad de que las Fuerzas de Seguridad del Estado soliciten igualmente al Juez, que habrá de autorizarlo, la incomunicación del detenido, lo que conllevará que pueda acordarse que no se comunique el acto de la detención ni el lugar de custodia a un familiar o persona que desee (artículo 520.2.e) LECrim) ni a comunicarse telefónicamente con un tercero de su elección (artículo 527.1, letra b), en relación con el artículo 520.2, letras e) y f) LECrim).

Respecto a la libre elección de abogado, si bien el mismo es un derecho básico del detenido (artículo 520.2, letra c), en relación con el apartado 5º del mismo artículo de la LECrim), e igualmente garantizado como derecho fundamental protegido en el artículo 24 de la Constitución Española, el artículo 527 LECrim reconoce igualmente el derecho del detenido a ser asistido por Abogado, si bien la letra a) del artículo establece que en los supuestos de suspensión individual de derechos fundamentales podrá “*ser privado de los siguientes derechos (...): a) Designar un abogado de su confianza*”, por lo que tendrá que ser asistido por un abogado designado de oficio, pero no de su elección. Con respecto a la entrevista entre el letrado y el detenido, ha de hacerse de modo reservado, “*incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial*” (artículo 520.6, letra d) LECrim). En el mismo sentido, todas las comunicaciones entre el privado de libertad

y su abogado tienen carácter de confidencial (apartado 7º del artículo 520 LECrim). Este derecho está vinculado a los derechos fundamentales recogidos en los artículos 17.3 y 24.2 CE, ya que los órganos judiciales tienen el deber de evitar cualquier desequilibrio que pueda haber entre las partes del proceso. Sin embargo, la LECrim establece una excepción en su artículo 527, y es que se puede limitar, “*si así lo justifican las circunstancias del caso*”, el derecho a “c) *entrevistarse reservadamente con su abogado*”, siempre acordado mediante Auto. Esto supone que, por regla general, las comunicaciones entre abogado y cliente han de estar amparadas en la confidencialidad de las mismas, a fin de garantizar la mejor defensa del acusado; sin embargo, las mismas podrán ser intervenidas.

Sobre esto, es importante señalar que esa potestad, aunque se acuerde mediante intervención judicial, tal y como prevé el artículo 55.2 CE y el 527 en relación con el artículo 509, ambos de la LECrim, nuestro Tribunal Supremo, en su Sentencia 2026/2001, de 28 de noviembre, ha fallado que “*el secreto profesional que protege a las relaciones de los abogados con sus clientes, puede, en circunstancias excepcionales, ser interferido por decisiones judiciales que acuerden la intervención telefónica de los aparatos instalados en sus despachos profesionales. Es evidente que la medida reviste una incuestionable gravedad y tiene que ser ponderada cuidadosamente por el órgano judicial que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como uno de sus elementos componentes*”. Por lo que cuando se busque suspender este derecho, habremos de ponderar ambos, acordando suspender la confidencialidad entre abogado-cliente únicamente en aquellos casos en los que exista la sospecha de que el abogado no se limita únicamente a la intervención letrada sino que está cometiendo un delito.

Garantías institucionales: El Defensor del Pueblo

Carlos Marco Marco Atienza
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

Francisco Rodríguez es un interno de 28 años que cumple una condena de 10 años en un Centro Penitenciario. Desde hace dos meses, se encuentra en una celda de aislamiento como sanción disciplinaria por un supuesto altercado con otro interno. Francisco asegura que nunca participó en ese altercado y que no tuvo oportunidad de defenderse adecuadamente ante la decisión de imponerle dicha sanción.

Además, durante su tiempo en aislamiento, Francisco ha sufrido una serie de episodios preocupantes:

- La celda en la que permanece tiene condiciones insalubres (humedad, falta de ventilación y luz natural).
- Afirma haber sido objeto de malos tratos físicos y psicológicos por parte de algunos funcionarios del centro.
- Se le ha negado atención médica adecuada tras varios episodios de ansiedad severa y un intento autolesivo.

Francisco envió una carta a un familiar narrando su situación, y este, a su vez, trasladó la queja al Defensor del Pueblo para que actúe en defensa de sus derechos fundamentales.

A la vista de lo anterior, y debido a varias quejas que se han recibido de ese centro penitenciario, el Defensor del Pueblo, en su calidad de Alto Comisionado de las Cortes y como Mecanismo Nacional de la Prevención de la Tortura, ha acordado enviar a varios asesores técnicos, entre los que se

encuentra usted, para que se personen en ese centro penitenciario e investiguen los hechos relatados en las quejas. El día en el que se personan en el centro penitenciario el máximo responsable presente les traslada que, como no han solicitado autorización para acceder con carácter previo, no pueden acceder al mismo al tratarse de una prisión. Finalmente, consiguen acceder, pero el director de ese centro le traslada al máximo responsable presente, vía telefónica, que no pueden hablar con el Sr. Francisco Rodríguez porque está aislado, además de reprocharles que no hubieran avisado de su visita.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En este supuesto práctico se busca conocer sobre el Defensor del Pueblo como garante extrajudicial de los derechos fundamentales y en su calidad de Mecanismo Nacional para la Prevención de la Tortura (en adelante, MNP). No se pretende hacer un estudio sobre los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, sino únicamente sobre el funcionamiento de esta institución.

B. Problemas constitucionales

1ª ¿Tiene competencia el Defensor del Pueblo para intervenir en el caso expuesto? ¿Puede personarse *sin pedir previa autorización ni comunicarlo* en un centro de privación de libertad?

2ª ¿Qué acciones puede realizar el personal del Defensor del Pueblo *in situ* en el centro penitenciario?

3ª ¿Puede negarse el Director del centro penitenciario a que un interno se entreviste con el personal del Defensor del Pueblo?

4ª En caso de que los asesores técnicos del Defensor del Pueblo considerasen que se han vulnerado los derechos fundamentales de don Francisco Rodríguez o de cualquier otro interno, ¿qué instrumentos tienen a su disposición para la restauración de los mismos?

C. Fuentes

Normativa

Artículo 54 de la Constitución española

Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo

Protocolo facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 2002.

Artículo 502 del Código Penal

D. Solución

Con carácter previo a la resolución de este caso práctico, se ha recordar que la institución del Defensor del Pueblo viene prevista en la Constitución Española, según dispone el artículo 54, como *“alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos”* fundamentales, *“a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración”*.

En el año 2009, mediante la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, se introdujo una disposición final única en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, mediante la que las Cortes Generales atribuyeron la condición de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNP) de España al Defensor del Pueblo, según lo dispuesto en el Protocolo facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 2002.

En vista de lo anterior, procede valorar si el Defensor del Pueblo tiene competencia para conocer sobre la situación que describe el Sr. Rodríguez. En primer lugar, es manifiesto que las actuaciones relatadas en su carta son atribuibles a una administración pública y/o a sus agentes (artículo 9 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo), por lo que podría conocer sobre las violaciones de derechos fundamentales que puedan provocar los mismos.

Asimismo, en segundo lugar, el Defensor del Pueblo o persona en el que delegue, podrá personarse en cualquier administración pero, ¿es necesario avisar o pedir autorización para el mismo? La Ley Orgánica establece en su artículo 19.2 que, *“el Defensor del Pueblo su Adjunto, o la persona en quien él delegue, podrán personarse en cualquier centro de la Administración pública, dependientes de la misma a efectos a un servicio público, para comprobar cuantos datos fueren menester, hacer las entrevistas personales pertinentes o proceder al estudio de los expedientes y documentación necesaria”*. Resulta claro que podrán personarse en un centro de detención pero, con respecto a la *solicitud de autorización o avisar previamente*, de ser una obligación, podría frustrar el motivo de la personación. Es decir, si el objetivo de la personación es la de *“comprobar cuantos datos fueren menester”*, es claro y manifiesto que si se preavisa de la visita, especialmente, en los casos en los que se visita un centro donde hay privados de libertad, con o sin condena penal (centro penitenciario, de menores, de internamiento

de extranjeros, comisarías, o centros vinculados a la salud mental, como de agudos, media o larga estancia¹), la administración podría aprovechar para ocultar deliberadamente aquellas acciones que puedan ser constitutivas de una vulneración de los derechos fundamentales.

Para la comprensión de la obligación de colaborar con el Defensor del Pueblo y de no obstaculizar su labor, se ha de indicar que el Código Penal dispone que “*la autoridad o funcionario que obstaculizare la investigación del Defensor del Pueblo, (...) u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, negándose o dilatando indebidamente el envío de los informes que éstos solicitaren o dificultando su acceso a los expedientes o documentación administrativa necesaria para tal investigación*” (artículo 502.2) cometerá un delito de desobediencia y “*se le impondrá además la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años*” (artículo 502.1).

Respecto a las acciones que se podrían realizar dentro del centro penitenciario, sería el estudio de los expedientes que consideren oportuno para el esclarecimiento de los hechos relatados², la inspección de las instalaciones, incluyéndose las celdas de aislamiento, así como realizar entrevistas con el personal del centro y los internos o cualquier otra medida que se considere pertinente para la supervisión de la Administración, mientras la misma sea legal.

Sobre las entrevistas personales, se ha de significar que, si bien el Defensor del Pueblo puede mantenerlas con cualquier funcionario, en los casos de privados de libertad, el artículo 16 de la Ley Orgánica dispone que no “*podrán ser objeto de escucha o interferencia las conversaciones que se produzcan entre el Defensor del Pueblo o sus delegados*” (apartado segundo del artículo) y cualquier persona que se encuentre en un “*centro de detención, internamiento o custodia de las personas*”, además de que la correspondencia dirigida al Defensor del Pueblo “*no podrá ser objeto de censura de ningún tipo*” (apartado primero del artículo).

Respecto a los instrumentos que tiene el Defensor del Pueblo, no tiene competencia *per se* para para modificar o anular los actos y resoluciones de la

1 A los efectos del Protocolo, según dispone su artículo segundo, se entenderán por lugares de privación de libertad “*cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública, en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente*”.

2 Se ha de indicar que el Defensor del Pueblo puede, en el transcurso de sus investigaciones, solicitar y estudiar cualquier expediente, con la única excepción de aquellos que sean clasificados como secretos (artículo 22 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo) y cuando así lo declare el Consejo de Ministros, aunque consten datos de carácter personales de especial protección, como en este caso, datos de salud o del cumplimiento de una pena.

Administración Pública, aunque podrá sugerir la modificación de los criterios utilizados para la producción de aquéllos (artículo 28 de la Ley Orgánica) mediante la formulación de “*advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas*” (artículo 30 de la Ley Orgánica).

Con independencia de lo anterior, en caso de que conozca de la posible comisión de un hecho delictivo, lo pondrá inmediatamente en conocimiento del Ministerio Fiscal a través del Fiscal General del Estado (artículo 25 de la Ley Orgánica) así como podrá “*ejercitar la acción de responsabilidad contra todas las autoridades, funcionarios y agentes civiles del orden gubernativo o administrativo*”, según dispone el artículo 26 de la Ley Orgánica. En el mismo sentido, se ha de recordar que el Defensor del Pueblo está legitimado para la interposición de los recursos de amparo y de *habeas corpus* que estime pertinentes para la defensa de los derechos fundamentales³.

3 Artículo 29 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, artículo 46 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y el artículo 3 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus”.

Garantías institucionales: El Ministerio Fiscal

Carlos Marco Marco Atienza
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

El Ministerio Fiscal, en cumplimiento de la Instrucción 1/2022, que regula su intervención en la supervisión de internamientos psiquiátricos involuntarios, realiza una inspección periódica en el Hospital Psiquiátrico de su localidad.

Durante la visita, el fiscal recorre las instalaciones y entrevista a pacientes, personal médico y responsables del centro. En una de las unidades de agudos, el fiscal se encuentra con un paciente, Antonio Gómez, de 42 años, que ingresó hace 48 horas de manera voluntaria debido a un episodio de descompensación psiquiátrica. Sin embargo, el personal médico informa al fiscal de que Antonio ha manifestado su intención de abandonar el hospital, pese a que su estado mental se ha deteriorado gravemente en las últimas horas. Presenta un episodio psicótico agudo con ideas delirantes de perjuicio, desorganización del pensamiento y negación de la enfermedad. Además, ha mostrado conductas agresivas, llegando a lanzar objetos y amenazar a los sanitarios.

Ante esta situación, el equipo psiquiátrico ha determinado que su salida supondría un grave peligro para sí mismo y para los demás y ha decidido solicitar su internamiento involuntario, conforme al artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). No obstante, el procedimiento judicial aún no se ha iniciado.

Mientras se decide su situación legal, Antonio ha sido sometido a contención mecánica en su habitación debido a un episodio de violencia ocurrido hace una hora, en el que intentó golpear a un enfermero y autolesionarse. El personal del hospital informa al fiscal de que la contención ha sido aplicada

siguiendo el protocolo establecido, con supervisión médica y comunicación a la dirección del centro, pero Antonio sigue en un estado de gran agitación.

El fiscal, que se encuentra presente en el hospital, debe actuar de inmediato para verificar la legalidad de la situación, garantizar que la contención se ha aplicado correctamente y asegurar que el procedimiento de internamiento involuntario respeta los derechos del paciente.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En este supuesto práctico se busca valorar la institución del Ministerio Fiscal como garante extrajudicial de los derechos fundamentales. No se pretende hacer un estudio sobre los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, sino únicamente sobre el funcionamiento de esta institución.

B. Problemas constitucionales

1: ¿Tiene competencia el Ministerio Fiscal para intervenir en el caso expuesto? ¿Qué competencias tiene el Ministerio Fiscal en materia de internamientos involuntarios y uso de contenciones según la Instrucción 1/2022?

2: ¿Qué requisitos legales debe cumplir el hospital para solicitar el internamiento involuntario del Sr. Gómez y qué función tiene el Ministerio Fiscal en este caso?

3: ¿Cómo debe actuar el fiscal ante la contención mecánica de Antonio? ¿Debe solicitar su levantamiento inmediato o permitir que continúe bajo supervisión?

4: Si Antonio o su familia no están de acuerdo con la medida de internamiento o con el uso de contenciones, ¿qué recursos pueden interponer?

C. Fuentes

Normativa

Artículo 124 de la Constitución española

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *Habeas Corpus*

Artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
Instrucción 1/2022, de 19 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad.

Jurisprudencia

Sentencia 141/2012, de 2 de julio, del Tribunal Constitucional

Sentencia de 24 de octubre de 1979, caso *Winterwerp*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

D. Solución

Con carácter previo a la resolución de este caso práctico, se ha de señalar que la institución del Ministerio Fiscal viene regulada en el artículo 124 de la Constitución española y que el mismo tiene como función esencial, según dispone el apartado primero, el “*promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados*” entre otras funciones. Asimismo, el Ministerio Fiscal se regula mediante norma con rango de Ley, concretamente, por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (artículo 124.3 de la Constitución), reconociendo ese Estatuto Orgánico en su artículo segundo que el Ministerio Fiscal “*es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia*”.

En vista de lo anterior, procede valorar si el Ministerio Fiscal tiene competencias para realizar visitas a los centros donde residan personas de modo permanente u ocasional, bien sean centros penitenciarios, comisarías u otros centros de detención penal, internamiento de extranjeros, residenciales y/o sociosanitarios (de personas mayores o menores) u hospitalarios, como es el caso que nos ocupa. El artículo 4.2 del Estatuto Orgánico dispone que, el Ministerio Fiscal, para poder realizar sus funciones, podrá “*visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente*”.

Asimismo, se ha de señalar que, en el ámbito del Ministerio Fiscal, se aprobó la Instrucción 1/2022, de 19 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o

sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad, mediante la cual se efectuaba un estudio sobre las contenciones que se pueden practicar tanto en su versión mecánica como química o farmacológica, además de prever los presupuestos que han de concurrir para que proceda una contención en ese ámbito (punto cuarto de la Instrucción). Entre otros requisitos, la contención debe haber sido autorizada por un facultativo y, en caso de que no sea posible por la urgencia de la misma, por el personal de enfermería, y de modo inmediato se deberá de comunicar y ratificar por el médico del centro, además de que la misma durará el tiempo mínimo imprescindible, será realizada respetando siempre los principios de *“cuidado, excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, provisionalidad y prohibición del exceso, debiendo aplicarse las contenciones con la mínima intensidad posible (...), eludiendo aplicaciones rutinarias”*. Del mismo modo, las contenciones deberán ser inscritas en la historia clínica del paciente y en un libro específico en los que se detalle el tipo de contención utilizada, hora de inicio y de finalización así como todas las supervisiones realizadas para asegurar el bienestar del paciente mientras dura la contención.

Con relación al internamiento forzoso o involuntario, aunque el mismo se haya iniciado de un modo voluntario, constituye una de las medidas más restrictivas en los derechos de los pacientes, no sólo en el ámbito de los derechos fundamentales ordinarios previstos en la norma constitucional, como puede ser el derecho a la libertad ambulatoria, sino también en relación a los derechos fundamentales de los pacientes como el principio de autonomía, el de información sanitaria y asistencial o a decidir sobre su propia salud.

Para que un internamiento se produzca conforme a derecho, se deberán cumplir una serie de requisitos derivados de lo impuesto por el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, (LEC), de la jurisprudencia ordinaria, de nuestro Tribunal Constitucional, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En primer lugar, este artículo señala que todo *“internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí”*, necesitará autorización judicial. Este internamiento forzoso, no decidido por el paciente para ser tratado conlleva, necesariamente, y entre otros, una privación del derecho a la libertad ambulatoria previsto en el artículo 17 de la Constitución.

En tanto en cuanto nos encontramos ante una limitación de un derecho fundamental, el artículo 17.1 de la Constitución, en relación con el artículo 81 de ésta, conlleva necesariamente su aprobación mediante una norma con

rango especial: la ley orgánica, únicamente las Cortes Generales podrán aprobar esta disposición normativa¹.

El artículo 763 LEC establece como requisito que la adopción de la medida ha de ser autorizada o validada por un Juez, bien sea de modo previo a la misma, solicitando autorización, bien sea *a posteriori*, en caso de urgencia, el médico responsable interesará el internamiento involuntario y lo comunicará al Juez en un plazo máximo de 24 horas, teniendo que resolver éste en otras 48 horas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 24 de octubre de 1979, caso *Winterwerp* ha fallado que, para la autorización de un internamiento por enfermedad mental, se tiene que haber probado ante la autoridad competente por medio de un dictamen pericial médico la existencia de una perturbación mental real; que dicha enajenación revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y, por último, la averiguación de si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no pudiendo prolongarse válidamente cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo.

Respecto a la necesidad de validación judicial se ha pronunciado el Tribunal Constitucional por primera vez en su Sentencia 141/2012, de 2 de julio, al recordar que la privación de libertad derivada de un internamiento forzoso ha de respetar todas las garantías previstas en el artículo 17 de la Constitución, esto es, necesidad de que por ley (orgánica) se prevea el mismo y autorización judicial.

En cualquier caso, en la aplicación del internamiento forzoso han de cumplirse con los requisitos de necesidad y proporcionalidad y únicamente por el tiempo máximo imprescindible para cumplir con el fin de la medida.

1 Con anterioridad a la aprobación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el internamiento forzoso establecido en la LEC estaba regulado mediante ley ordinaria, no teniendo esta limitación regulación orgánica, por lo que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 132/2010, de 2 de diciembre de 2010, declaró la inconstitucionalidad de diversos apartados del artículo 763 LEC, al entender que se ha de regular dicha privación de libertad mediante ley orgánica, añadiendo que “*estamos, por consiguiente, en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica*”. Mediante el artículo 2.3 de la citada Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, que reforma la disposición final primera de la LEC, se ha concedido la categoría de orgánica a dicho artículo, cumpliendo así con el mandato de la Corte Constitucional.

En los internamientos urgentes sin autorización judicial pueden establecerse dos fases. Una primera extrajudicial, en la que se tienen que cumplir cuatro exigencias básicas como lo es la existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico que justifique el internamiento inmediato; que el paciente o su representante sea informado del internamiento y de sus causas; que el centro del internamiento comunique al Juez dentro de las 24 horas la causa que lo han justificado; y en cuarto lugar, que, *“desde que tiene lugar la comunicación antedicha ha de considerarse que la persona pasa a efectos legales a disposición del órgano judicial, sin que ello exija su traslado a presencia física del Juez”*, si bien el director del centro *“sigue siendo responsable de la vida e integridad física y psíquica del interno mientras no acuerde el alta, bien por orden judicial o porque a criterio de los facultativos encargados se aprecie que han desaparecido o mitigado suficientemente las causas que motivaban el internamiento; incluso cuando tal ratificación judicial ya se hubiere producido”* (STC 141/2012, de 2 de julio, FJ 5).

En una segunda fase ante el órgano judicial en el internamiento urgente, el Tribunal Constitucional ha recordado que en el juicio de ratificación, se ha de valorar no sólo el *“estado mental del interno a la fecha en que tienen lugar las pruebas judiciales sobre su persona”*, sino también *“la procedencia del internamiento cuando se adoptó por el responsable sanitario, esto es, la revisión de lo actuado por éste: primero porque el Juez, que es quien garantiza la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), independiente (art. 117.1 CE) e imparcial (art. 24.2 CE) de los derechos del interno, debe determinar si la medida estuvo justificada en su origen, pues lo contrario llevaría a convertir la fase extrajudicial previa en un limbo sin derechos para el afectado”* (STC 141/2012, de 2 de julio, FJ 6). Las exigencias constitucionales establecidas a fin de garantizar el derecho fundamental son las siguientes: que el Juez informe al interno o a su representante acerca de su situación material y procesal; el reconocimiento de un médico designado por el interno o el Juez; que el plazo de resolución sea improrrogable a 72 horas².

En cualquier caso, el Ministerio Fiscal está obligado a intervenir en el procedimiento judicial no sólo en lo concerniente a la visita al centro psiquiátrico, sino también en tanto en cuanto interviene *“en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil”* (apartado sexto del artículo 3 de su Estatuto Orgánico) y en *“los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios*

2 El plazo máximo de 72 horas se constituye como un límite temporal esencial, previsto en el artículo 17 de la Constitución, ya que, de superarse y continuar la privación de libertad, estaremos ante una vulneración de un derecho fundamental.

de representación” (apartado séptimo del mismo artículo). Por lo que el representante del Ministerio Fiscal que realiza la inspección en ese centro, tendría que entrevistarse con el Sr. Gómez a fin de valorar la capacidad del mismo así como la legalidad o ilegalidad del internamiento involuntario y, en cualquier caso, velar por que los derechos fundamentales del mismo, al igual que el de los restantes internos sean respetados y el inicio del procedimiento judicial de internamiento involuntario.

Del mismo modo, cuando se realiza un internamiento involuntario, mientras el mismo dure y no se transforme en voluntario, los médicos que están atendiendo al paciente deberán informar, al menos, cada seis meses, salvo que la autoridad judicial establezca otro plazo inferior, de la situación personal del paciente, así como del proceso de su enfermedad, según dispone el apartado cuarto del artículo 763 de la LEC.

En último lugar, respecto a las acciones judiciales que pueden interponerse por el Sr. Gómez, sus familiares o el Ministerio Fiscal, en su caso, contra la autorización del internamiento involuntario, siempre cabrá recurso de apelación, según dispone el apartado tercero del artículo 763 de la LEC, además de que, mientras que no se haya acordado por la autoridad judicial el internamiento como involuntario, se podrá interponer por o en nombre del paciente, una solicitud de *habeas corpus*, según dispone la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de Habeas Corpus, incluyendo, al estar ante la suspensión individual de un derecho fundamental, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Garantías probatorias: Exclusión de prueba ilícita

Marina Gascón Abellán

*Profesora de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha*

I. PLANTEAMIENTO

En el marco de una investigación sobre drogas la policía tuvo noticias de que el local sito en la calle C de Albacete era un punto de almacenaje y distribución de sustancias estupefacientes y, al efecto de confirmar dicha información, estableció un dispositivo de vigilancia del local. César y Baltasar entraban y salían de forma asidua de él y estaban siendo vigilados.

La operación se precipitó cuando el día 3 de junio a las 14:30 horas César fue sorprendido por la policía saliendo del local y llevando un envoltorio. Tras recibir una llamada, y visiblemente nervioso ante la presencia policial, arrojó discretamente al suelo el paquete. Los agentes recogieron el paquete, que contenía 32 gramos de heroína, y le detuvieron. Acto seguido (sobre las 15:00 horas) otros agentes se dirigieron al local vigilado y llamaron a la puerta. Abrió Baltasar, fue invitado a salir y le detuvieron.

Primera entrada. Tras la detención, y antes de obtener una autorización judicial de entrada y registro, los agentes entraron en el local (a las 15:10 horas) “para comprobar que no había nadie en su interior que pudiese destruir o alterar pruebas”. Salieron del mismo, cerraron la puerta y dejaron la vigilancia a cargo de una patrulla uniformada.

Segunda entrada y registro. Una vez que obtuvieron autorización judicial (a las 20:00 horas) registraron el local en presencia de los dos detenidos y de la Comisión judicial. En el registro se incautaron importantes cantidades de droga (heroína, cocaína, ketamina, MDMA y anfetamina), sustancias de corte y útiles para manipular estupefacientes.

Con estos antecedentes, en la Audiencia Provincial de Albacete se sigue juicio contra Baltasar por un delito contra la salud pública. La droga hallada en el registro es la única prueba sólida contra él. Pero Baltasar entiende que esa prueba es nula y no puede usarse, pues el registro se practicó *a partir de* una entrada previa de los agentes que es *inconstitucional* por vulnerar su derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Pregunta: ¿Es la droga descubierta en el registro una prueba válida para condenar a Baltasar?

Conteste fundadamente a esta pregunta desde la perspectiva de la *acusación* (interesada en sostener que la prueba es válida y apta para fundar la condena) y desde la perspectiva de la *defensa* (interesada en sostener que la prueba es ilícita y no puede usarse).

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

La cuestión debatida en este caso es si la droga hallada en un registro domiciliario *legal* es una *prueba ilícita* y en consecuencia nula, por el hecho de que la policía haya entrado *antes sin permiso* para asegurarse de que no había nadie. Se trata por lo tanto de un supuesto más del controvertido asunto de la *exclusión de prueba ilícita* y la aplicación de *excepciones* a la misma. Lo resumimos a continuación.

Son *pruebas ilícitas* las obtenidas con vulneración de derechos o garantías constitucionales: por ejemplo, una confesión obtenida bajo tortura (que viola la integridad física y moral de las personas), o una información obtenida mediante un registro domiciliario sin consentimiento del titular ni autorización judicial (que lesiona la inviolabilidad del domicilio), o a través de unas escuchas telefónicas ilegales (que viola el secreto de las comunicaciones). La prohibición de utilizar estas pruebas se denomina “regla de exclusión de la prueba ilícita”, y constituye una garantía de los derechos que la jurisprudencia constitucional en todos los sistemas reconoce como parte del derecho al *debido proceso*. Es una garantía potente, pues no solo supone la exclusión de la prueba obtenida *directamente* mediante la lesión del derecho, sino también de la obtenida *indirecta* o *derivadamente*; es decir, la prueba que (aun obtenida mediante una actuación legal) tiene un *nexo causal* con el originario acto ilícito: de no haberse producido este no se habría obtenido aquella. Es la conocida “doctrina de los frutos del árbol envenenado”.

Pero la idea que se ha impuesto es que la rígida aplicación de esta regla dificulta o incluso impide averiguar la verdad, y en consecuencia los tribunales constitucionales (también el español) han ido articulando *excepciones* a la misma que expresan situaciones en las que está justificado admitir y valorar (utilizar) la prueba ilícita. El voto particular de Cruz Villalón a la STC 49/1999 lo expresa con rotundidad: “No es absolutamente inexorable la exigencia de que en cualquier supuesto y al margen de cualquier otra consideración sea excluida la prueba ilegítimamente obtenida”.

La mayoría de las excepciones tiene su origen en la Corte Suprema norteamericana y afectan a la prueba indirecta: las más comunes son las de la *fuerza independiente*, el *descubrimiento inevitable* y el *nexo causal atenuado*. Especial importancia tiene la primera, pues cuando se aplica lo que se afirma en realidad es la falta de conexión causal de la prueba cuestionada con el originario acto ilícito (es decir, que *solo aparentemente* es ilícita). Puede resumirse así: si una prueba que se considera derivada de una violación de derechos anterior ha podido ser obtenida también de una fuente de información independiente en la que la actuación policial ha estado sujeta a todos los requisitos legales, no procede aplicar la doctrina de los frutos del árbol envenenado. No procede excluirla.

B. Problemas constitucionales

Se plantean en este caso dos problemas con relevancia constitucional:

- 1) Si es constitucional una entrada domiciliaria sin autorización judicial, por el hecho de tener una finalidad preventiva o aseguradora
- 2) Cuándo y cómo se aplica la *excepción de la fuerza independiente*

C. Fuentes

Normativa

Artículos 18.2 y 24.2 de la Constitución española

Artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

Artículo 567 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Sentencia 114/1984, de 29 noviembre, de Tribunal Constitucional

Sentencia 86/1995, de 6 junio, de Tribunal Constitucional

Sentencia 81/1998, de 2 abril, de Tribunal Constitucional

Sentencia 171/1999, de 27 septiembre, de Tribunal Constitucional

Sentencia 238/1999, de 20 diciembre, de Tribunal Constitucional

Sentencia 26/2006, de 30 enero, de Tribunal Constitucional

Sentencia 97/2019, de 16 de julio, de Tribunal Constitucional

Sentencia 227/2000, de 22 de febrero, de la Sala Penal del Tribunal Supremo

Sentencia 925/2007, de 15 de noviembre de la Sala Penal del Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de julio de 1988, caso *Schenk contra Suiza*

D. Solución

Responder a la pregunta formulada (¿es el hallazgo de la droga una prueba válida?) exige resolver dos cuestiones: a) si es *ilícita* (inconstitucional) la *primera entrada* al local; y, en caso de serlo, b) si el *registro* trae causa de aquella y por tanto es también ilícito.

1. Argumentación de la *acusación*: el hallazgo de la droga es prueba válida.

1.1. **La primera entrada al local es constitucional** porque, aunque se realizó sin permiso, no estuvo movida por un objetivo “investigador” sino meramente “preventivo”. Si la policía hubiera entrado con el propósito de “buscar pruebas”, efectivamente habría requerido contar con el consentimiento de Baltasar o con una autorización judicial para ello, como establece el artículo 18.2 de la Constitución (*El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*). Pero no fue este el caso. La entrada de la policía en el local no estuvo instrumentalmente orientada a obtener pruebas sino a “comprobar que no había nadie en su interior”. Es decir, fue una actuación precautoria (una simple medida de aseguramiento) con la que los agentes pretendían cerciorarse de que no quedaba nadie dentro que pudiese sustraer, ocultar o manipular pruebas. Interpretar que esa entrada es inconstitucional porque carecía de autorización es a todas luces excesivo, pues priva de sentido a las medidas de aseguramiento y debilita o incluso frustra las posibilidades de investigación posterior.

1.2 En todo caso, **aunque considerásemos que la primera entrada en el local es inconstitucional, el posterior registro es perfectamente lícito**, porque no deriva de aquella sino de una fuente de información distinta en la que la policía ha actuado sometida a todos los requisitos legales.

En efecto, sostener que el registro (practicado con todas las garantías) es ilícito equivale a sostener que *deriva de* la anterior entrada ilícita: de no haberse realizado la entrada no se habría practicado el registro. Pero esa conexión causal no puede afirmarse, porque no está demostrada. No está acreditado que fuese la droga “vista” en esa primera entrada lo que estimuló la solicitud de autorización judicial para el registro, como sugiere la defensa. Por el contrario, hay sobradas razones para creer que el registro trae causa de una información *independiente* proveniente de las tareas de vigilancia que la policía estaba llevando a cabo. Es a esa información a la que cabe razonablemente atribuir la solicitud de autorización para el registro y el subsiguiente hallazgo de la droga. En particular, fue el hecho de que a César se le cayese un paquete con heroína cuando estaba siendo vigilado lo que precipitó su detención y la inmediata solicitud de un mandamiento judicial para registrar el local. Es verdad que, entretanto se recibía dicha autorización, otros agentes se dirigieron al local y, tras detener a Baltasar, entraron momentáneamente en su interior. Pero dicha entrada formó parte de las habituales *medidas de aseguramiento*, pues lo que pretendían era conjurar el riesgo de sustracción o manipulación de pruebas. En suma, hay razones para sostener que no fue gracias a la entrada como la policía obtuvo la información para pedir el registro. La información provenía de las operaciones de investigación y vigilancia que la policía venía realizando.

La argumentación que se acaba de hacer expresa la *doctrina de la fuente independiente*, que ha sido avalada por nuestro Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones: si el acto lesivo del derecho es “neutro” (*sic*), en el sentido de que no ha sido indispensable para obtener la prueba supuestamente derivada del él (o lo que es lo mismo, si la prueba se habría obtenido igualmente sin la vulneración del derecho), cabe considerar a esta independiente de aquel y no procede excluirla (SSTC 81/1998, 171/1999, 238/1999, 26/2006 y otras posteriores). Y esto es precisamente lo que ha sucedido en este caso. La inicial entrada en la vivienda *no ha sido indispensable* para la práctica del posterior registro, pues este se habría llevado a cabo igualmente sin aquella.

En conclusión, el registro es constitucional, pues no trae causa de la primera entrada sino de otra información independiente de aquella. La prueba es válida.

2. Argumentación de la *defensa*: el hallazgo de la droga no es prueba válida.

2.1. **La primera entrada en el domicilio es inconstitucional**, porque se realizó sin consentimiento de Baltasar y sin autorización judicial alguna, tal

y como exige la Constitución (artículo 18.2) al establecer que “*el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*”. Y no se puede convalidar su inconstitucionalidad con el argumento de que es una “práctica habitual” de la policía, en una suerte de falacia realista que confunde lo existente con lo válido.

Tampoco puede convalidar su inconstitucionalidad el hecho de que se tratase de una medida precautoria para “comprobar que no había nadie en el interior del local”, una simple “medida de aseguramiento” para la práctica del posterior registro con la que los agentes de la policía pretendían evitar que se destruyesen pruebas. Es consolidada doctrina, con alguna excepción, que la adopción de medidas de vigilancia, como las llama la ley, no permite la entrada y registro en domicilio sin mandamiento judicial que se le ha de exhibir al interesado. Y la simple confianza de los agentes en que ese mandamiento va a ser obtenido horas más tarde no justifica esa injerencia en el derecho. El mandamiento va antes, no después de la entrada y registro, como se deriva del artículo 567 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (por todas, STS 227/2000 de 22 de febrero).

2.2. Hay además una razón de peso para sostener que **esa entrada inconstitucional al local contaminó (o fue la causa de) su posterior registro** (es decir, que la prueba obtenida en él ha de considerarse ilícita, en aplicación de la *doctrina de los frutos del árbol envenenado*). Una razón asociada al fundamento y finalidad de la regla de exclusión de prueba ilícita. La “exclusión” de las pruebas obtenidas con lesión de derechos tiene una finalidad genuinamente “disuasoria”: con ella se trata de evitar que la posibilidad de encontrar pruebas constituya un incentivo para vulnerar derechos (por todas, SSTC 171/1999 y 97/2019). Pero en casos como este, en los que se ha lesionado un derecho y después se ha practicado una prueba respetando todas las garantías legales, es muy difícil, si no incluso imposible, saber si la prueba cuestionada (el registro) vino estimulada por el inicial acto lesivo del derechos (la primera entrada, donde los agentes vieron la droga que después “descubrirían”) o por el contrario trae causa de una fuente independiente de aquel (la información que la policía tenía por las actividades de vigilancia que venía realizando). Es decir, resultará muy fácil a cualquiera sostener que la prueba procedía de una fuente independiente en la que la policía observó todos los requisitos legales. Por eso, si se diera carta de naturaleza a esta anómala forma de proceder, se estaría incentivando un modo de actuar absolutamente ilegal e inconstitucional. Como tantas veces ha señalado la jurisprudencia, este tipo de prácticas son “un mal precedente que se debe atajar de forma clara e inequívoca seña-

lando su absoluta incompatibilidad con las garantías constitucionales” (STS 925/2007, Sala Penal, de 15 noviembre, FJ 3).

Como consecuencia de lo anterior, el registro debe considerarse contaminado por la inconstitucionalidad de la entrada preventiva previa, por lo que la prueba obtenida en él (el hallazgo de la droga) es ilícita y por consiguiente carece de eficacia probatoria en el proceso. Una decisión judicial basada en esa prueba no solo sería *ilegal*, por efecto del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (“*no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”), sino también *inconstitucional*, por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE (por todas, STC 114/1984, de 29 noviembre, FFJJ 4-5, STC 86/1995, de 6 junio, FJ 2; y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Schenk contra Suiza*, sentencia de 12 de julio de 1988, FJ 1, A, reiterada en otras posteriores).

Garantías jurisdiccionales: El recurso de amparo ordinario y el recurso de amparo constitucional

Miguel Ángel Sevilla Duro

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

La entidad sin ánimo de lucro ABC pretendía organizar una concentración pacífica en el centro de Madrid coincidiendo con la jornada de reflexión de unas elecciones autonómicas para “*reclamar un mayor apoyo de las autoridades políticas a los menores por medio de medidas que incentiven su incorporación al mercado laboral*”; razón por la que remitió el pertinente escrito de comunicación previa a la Delegación del Gobierno. Por encontrarse en época electoral, las atribuciones que de forma ordinaria están encomendadas en materia de derecho de reunión a la Delegación del Gobierno, como autoridad gubernativa, son asumidas por la Junta Electoral Provincial de Madrid (en adelante, JEP). Esta, en ejercicio de sus funciones, acordó la no celebración de la concentración en tanto entendía que podía resultar incompatible con la normativa electoral; en particular, por las modulaciones que las jornadas de reflexión y votación imponen al ejercicio de ciertos derechos fundamentales con motivo de la celebración del proceso electoral. En este sentido, la entidad ABC le consulta si es posible recurrir la resolución de la JEP y, en caso de que no obtuviese una resolución estimatoria en vía de Administración, si es posible recurrir a alguna instancia jurisdiccional para lograr el resarcimiento del derecho de reunión; y en caso de ser así, cuál sería el procedimiento.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso práctico busca dar respuesta a la consulta formulada por la entidad sin ánimo de lucro ABC, cuyo fin es la defensa de los derechos de los menores de edad, sobre una restricción al ejercicio del derecho fundamental de reunión. Su requerimiento trae causa de una decisión de la Junta Electoral Provincial de Madrid en la que se prohíbe una concentración en la vía pública promovida por la citada entidad durante la jornada de reflexión previa a unas elecciones autonómicas. La entidad ABC solicita asesoramiento acerca de los recursos en vía administrativa y judicial ante el acuerdo de la JEP.

B. Problemas constitucionales

Como problema constitucional surge, fundamentalmente, la garantía de los derechos fundamentales en sede nacional, tanto en vía administrativa como, ulteriormente, en vía jurisdiccional.

C. Fuentes

Normativa

Artículo 53.2 y 161.1.b) de la Constitución española

Artículos 8.3, 41, 43, 44, 46.1.b), 49, 50, 51.1, 52.1, 55 y 81.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

Artículo 11 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión

Artículo 21.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General

Artículos 23.2 y 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

Artículo 228 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Jurisprudencia y resoluciones

Sentencia 170/2008, de 15 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 155/2009, de 25 de junio, del Tribunal Constitucional

Sentencia 96/2010, de 15 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 69/2011, de 16 de mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 143/2011, de 26 de septiembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 107/2012, de 21 de mayo, del Tribunal Constitucional

Auto 289/2008, de 22 de septiembre, del Tribunal Constitucional

Auto 264/2009, de 16 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Acuerdo 162/2016, de 15 de junio, de la Junta Electoral Central

D. Solución

Para lograr el ejercicio y/o resarcimiento del derecho de reunión es necesario recurrir el acuerdo de la JEP. Cabe plantearse entonces si, al ser la Junta Electoral una Administración, es posible recurrir el Acuerdo de prohibición en vía administrativa.

El único órgano jerárquicamente superior a la JEP de Madrid es la Junta Electoral Central (JEC). Sin embargo, la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG) no dota a la JEC de potestad para conocer de recursos ante resoluciones de las Juntas Electorales Provinciales. Por tanto, como ha indicado la propia JEC, entre muchos otros, en su Acuerdo 162/2016, de 15 de junio –destacable por su claridad–, frente a la decisión de una JEP en materia de ejercicio del derecho de reunión en periodo electoral la vía de impugnación procedente es el recurso contencioso-administrativo previsto en el artículo 122.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), tal y como se desprende de los artículos 11 de la Ley Orgánica reguladora del derecho de reunión (LORDR) y 21.2 LOREG. En consecuencia, no cabe recurso contra la resolución de la JEP de Madrid en vía administrativa.

Al tratar sobre un eventual recurso en vía jurisdiccional ha de atenderse a lo dispuesto en los artículos 11 LORDR y 122.1 LJCA, en virtud de los cuales se debe afirmar que ante la resolución de la JEP de Madrid debe interponerse recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales de la entidad (usualmente denominado “amparo ordinario”) ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad de Madrid en un plazo máximo de 48 horas desde la recepción de la resolución de la JEP.

Como dispone el artículo 53.2 de la Constitución (CE), este recurso de amparo ordinario está basado en los principios de preferencia y sumariedad, lo que implica una reducción de los plazos procesales y una priorización de la respuesta que debe dar el Tribunal al recurso de la entidad frente al Acuerdo de la JEP.

El órgano competente para conocer del recurso contencioso-administrativo es el TSJ de la Comunidad de Madrid, al que la entidad ABC, por medio de su representante legal, ha de enviar el recurso pertinente, debiendo conferir su representación a un Procurador y actuando bajo la dirección de un Letrado (artículo 23.2 LJCA). Dicho recurso ha de plantearse dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la prohibición, trasladando copia a la JEP como autoridad gubernativa en aras de que ésta remita inmediatamente el expediente.

El Letrado de la Administración de Justicia debería convocar en el plazo de 4 días a un representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y al representante legal de la entidad ABC. Les pondría de manifiesto el expediente en caso de haberse recibido, y todos ellos deberían ser oídos por el Tribunal, que resolvería sin posibilidad de ulterior recurso en vía ordinaria (artículo 122.2 LJCA). En su fallo, el TSJ revocaría o mantendría la prohibición de la reunión, a modo de todo o nada en la asunción de los argumentos del recurso. Ello implica que no cabe la posibilidad de que revoque la prohibición y proponga una modificación en las condiciones de la convocatoria (artículo 122.3 LJCA).

La jurisprudencia consolidada sobre la materia, citada en la resolución del supuesto práctico de este mismo libro sobre el derecho de reunión, permite prever una resolución favorable a las pretensiones de la entidad ABC, pues como se ha expuesto *supra* la prohibición excede por mucho el juicio de proporcionalidad y resulta una medida impertinente y contraria a Derecho. Con todo, la imposibilidad de que el TSJ autorice la concentración alternando los elementos de la comunicación previa *ex* artículo 122.3 LJCA podría conllevar a que, entre la prohibición y la autorización intacta, abogase por la primera de las alternativas, manteniendo la resolución de la JEP. Esta decisión, aunque parece improbable, implicaría el fin de la vía ordinaria; y ello supondría que la entidad ABC sólo pudiese recabar la tutela del derecho de reunión por medio de la última vía posible prevista en la Constitución española: el recurso de amparo contra actos jurídicos de la Administración ante el Tribunal Constitucional (artículos 41 y 43 de la LOTC), quien además de ser el supremo intérprete de la Constitución, es el máximo y último órgano de garantía de la protección de los derechos fundamentales por medio de esta vía procesal (artículo 161.1.b) CE).

Podría plantearse la posibilidad de si, como presupuesto para agotar la vía previa al recurso de amparo, es necesario plantear el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 228 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil –de aplicación supletoria en el procedimiento conten-

cioso-administrativo *ex* disposición final primera de la LJCA-, que, por su carácter no devolutivo, habría de ser resuelto por el mismo TSJ. Salvo que se produjera alguna vulneración en la tramitación y/o en la resolución del recurso de amparo ordinario, la respuesta debe ser negativa: no es preciso plantearlo. La vulneración del derecho de reunión ya fue planteada con carácter previo a la resolución del TSJ que habría puesto fin al proceso –de hecho, es el objeto del propio recurso sobre el que el TSJ se pronuncia-. Por tal motivo, el recurso de amparo constitucional puede plantearse directamente tras la resolución del recurso de amparo ordinario.

Es preciso indicar en este punto un hecho de indudable trascendencia: el plazo de presentación del recurso y, en su caso, los plazos de admisión a trámite y resolución del mismo por parte del Tribunal Constitucional son muy superiores a lo deseado para un resarcimiento eficaz del derecho de reunión, de tal forma que aun con una Sentencia favorable, que tendría efectos estrictamente declarativos, no sería posible celebrar la concentración en la fecha y forma prevista en la comunicación previa. Por ello, podría resultar de interés presentar –en paralelo al recurso del amparo constitucional– otra comunicación previa en la que se propusiera una nueva concentración en fecha y forma diferentes. Esto no sería óbice para continuar reivindicando la vulneración del derecho fundamental, pues el planteamiento del recurso posibilitaría que se reconociese la violación del derecho de reunión en los términos expuestos y, en un segundo plano, también permitiría sentar un importante precedente sobre la materia. Además, podría acarrear otra consecuencia de índole sociopolítico y no jurídico: muy probablemente implicaría una importante repercusión social que, de forma indirecta, contribuiría a difundir los principios y objetivos de la entidad ABC.

Por lo tanto, una vez agotada la vía judicial procedente, la entidad ABC podría recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional invocando su interés legítimo en el resarcimiento del derecho (artículos 162.1.b) CE y 46.1.b) LOTC), pues no por ser persona jurídica resulta ajena al derecho fundamental de reunión. Al igual que en el recurso de amparo ordinario, debería conferir su representación a un Procurador y actuar bajo la dirección de Letrado (artículo 81.1 LOTC); y el plazo para interponer el recurso de amparo sería de 20 días a contar desde la notificación de la resolución del TSJ madrileño por la que se mantenía la prohibición de la concentración (artículo 43.2 LOTC).

Es de suma importancia reseñar que, en contra de lo que erróneamente puede interpretarse, el recurso de amparo a plantear en casos como este es el previsto en el artículo 43 LOTC, relativo a actos del poder ejecutivo o de la Administración, y no el del 44 LOTC, relativo a decisiones de órganos

judiciales; como tampoco es uno de los denominados “amparos mixtos”, lo que tiene consecuencias tanto en el plazo de interposición como en la tramitación. Esto es así porque el origen del recurso de amparo constitucional es la resolución administrativa avalada judicialmente en el amparo ordinario, no la resolución del TSJ. Dicho de otro modo: el recurso de amparo tiene un origen inmediato y directo en un acto de la Administración electoral, y solo mediata e indirectamente en la Sentencia que desestimó el previo recurso contencioso-administrativo, pues dicha resolución judicial se limitó a confirmar la legalidad del acuerdo de la JEP impugnado, pero sin incurrir al hacerlo en una nueva –y autónoma– infracción constitucional (constátase una argumentación similar en la STC 96/2010, de 15 de noviembre, FJ 2). Este hecho implica que, como se ha anticipado, el plazo para la interposición es de 20 días, en lugar de los 30 días propios del amparo frente a decisiones de órganos judiciales.

La legitimación de la entidad ABC como recurrente estaría acompañada del cumplimiento del resto de requisitos asociados al planteamiento del recurso de amparo: por un lado, se habrían agotado todos los medios de impugnación previstos dentro de la vía judicial (artículo 43.1.a) LOTC); y por otro, como ya se ha argumentado, la violación sería imputable de modo inmediato y directo al Acuerdo de la JEP de Madrid, que tiene carácter firme (artículo 43.3 LOTC). Sin embargo, la admisión a trámite de un recurso de amparo dista de ser sencilla y frecuente.

En el escrito del recurso también debe explicitarse el cumplimiento de los requisitos que se derivan del artículo 49.1 LOTC, a saber: una exposición clara y concisa de los hechos acontecidos, la alusión al artículo 21.1 CE como derecho vulnerado, y la precisión del tipo de amparo que se solicita para preservar –o más bien restablecer– el derecho. Además, el escrito ha de ir acompañado de las copias exigidas en el artículo 49.2 y 3 LOTC. Pero ello no es suficiente para su admisión, sino que también debe justificarse la especial trascendencia constitucional del caso. Esta especial trascendencia constitucional del recurso –incluida como requisito a acreditar en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo– constituye un concepto jurídico indeterminado que aproxima el amparo constitucional a la lógica del *certiorari* propia de la Corte Suprema estadounidense. La especial trascendencia va ligada a la importancia del asunto “para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia” y/o “para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” (artículo 50.1.b) LOTC); y el propio Tribunal, para dotar de mayor previsibilidad a sus actuaciones, ha venido concretando el concepto en una relación de 7 posibles supuestos, *numerus apertus*, desde su

Sentencia 155/2009, de 25 de junio, FJ 3¹. Como explicita el ATC 289/2008, de 22 de septiembre, este requisito no puede confundirse con “el de la propia fundamentación de la lesión constitucional denunciada”, sino que es “algo distinto a razonar” (FJ 2) cuya ausencia o insuficiencia se torna en defecto insubsanable (FJ 3).

De este modo, a los fundamentos fácticos, normativos y jurisprudenciales expuestos en el apartado anterior para argumentar la lesión del derecho de reunión se les debería añadir una fuerte fundamentación de la especial trascendencia constitucional, que es causa de la enorme mayoría de las inadmisiones de recursos de amparo constitucional e implica que aunque exista una lesión subjetiva de entidad, incluso estando acompañada de pruebas que la acrediten, si no se justifica la proyección objetiva del amparo solicitado, el recurso podría inadmitirse (SSTC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2; 107/2012, de 21 de mayo, FJ 2; ATC 264/2009, de 16 de noviembre, FJ Único).

De entre los motivos alegables para justificar la especial trascendencia constitucional del caso el supuesto de hecho podría encuadrarse, por un lado, en la negativa implícita del TSJ de la Comunidad de Madrid de acatar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia, así como en la existencia de resoluciones judiciales contradictorias al respecto, siendo un ejemplo de buena práctica –en el sentido de acatamiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional– la consolidada doctrina de la práctica totalidad de los Tribunales Superiores de Justicia ante los recursos planteados contra resoluciones de Juntas Electorales Provinciales con ocasión de las concentraciones del 15-M; y un ejemplo de mala práctica –en el sentido de desacatamiento de la doctrina del Constitucional– tanto la resolución del TSJ madrileño en este caso como las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña y Andalucía que fueron declaradas vulneradoras de derechos fundamentales

1 Sintéticamente, que el recurso (a) “plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina”, (b) dé ocasión al Tribunal “para aclarar o cambiar su doctrina”, (c) cuando la vulneración “provenga de la Ley o de otra disposición de carácter general”, (d) cuando la vulneración del derecho fundamental “traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva”, (e) cuando la doctrina del TC sobre el derecho fundamental “esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria” o “existan resoluciones judiciales contradictorias” sobre el derecho fundamental, (f) cuando el órgano judicial “haya incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento” de la doctrina del TC o (g), cuando, fuera de los supuestos anteriores, “trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales”.

en las SSTC 170/2008, de 15 de diciembre, y 96/2010, de 15 de noviembre, respectivamente. Por otro lado, y en paralelo, también podría alegarse la especial trascendencia constitucional del caso en la medida en que la entidad ABC tiene una gran repercusión social, no sólo por haber sido declarada de utilidad pública, sino también por su elevado número de socios y la notable cantidad de personas que se preveía que asistiera a la concentración de acuerdo con la comunicación previa y el relato plasmado en los antecedentes de hecho de este informe. Todo ello sumado a que la finalidad que la asociación persigue es una reivindicación que cuenta con gran apoyo social, razón por la que las actividades de la entidad tienen un importante alcance mediático.

Una vez presentado el recurso en los términos reseñados, la Sección que por turno corresponda debería votar su admisión a trámite, plasmada en Providencia. En caso de unanimidad en los votos, el recurso se admitiría; en caso de que existiera una mayoría de dos tercios, la Sala decidiría sobre su admisión (artículo 50.2 LOTC); y en caso de que hubiera uno o cero votos a favor, se inadmitiría. Contra esta Providencia de inadmisión solamente cabría recurso por parte del Ministerio Fiscal (artículo 50.3 LOTC). En caso contrario, admitida la demanda, la Sala, competente para resolver (aunque podría delegar en una sección *ex* art 8.3 LOTC), requeriría a la JEP de Madrid para que en un plazo de 10 días remitiera testimonio de sus actuaciones (artículo 51.1 LOTC), recibido el cual la Sala daría vista al representante legal de la entidad ABC, al Abogado del Estado, a la Administración Pública si estuviera interesada y al Ministerio Fiscal para que presentasen las alegaciones que estimasen oportunas (artículo 52.1 LOTC).

La Sentencia, en caso de otorgar el amparo, habría de declarar la nulidad del Acuerdo de la JEP, reconociendo la vulneración del derecho de reunión y adoptando las medidas apropiadas para resarcir a la entidad y, de ser posible, conservar el ejercicio de su derecho (artículo 55 LOTC), si bien, en la práctica, ello será difícil habida cuenta de las particularidades del caso. En el supuesto de que la Sentencia fuese denegatoria de amparo, no podría recurrirse.

En conclusión, ante la resolución de la JEP de Madrid solo cabe interponer recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales de la entidad (amparo ordinario) ante el TSJ de la Comunidad de Madrid (artículo 122 LJCA); y en caso de ser desestimado, podría plantearse un recurso de amparo contra actos jurídicos de la Administración ante el Tribunal Constitucional (artículo 43 LOTC).

Todo lo anterior debe valorarse sin perder de vista que la protección del derecho de reunión también es posible por medio de las garantías institu-

cionales anejas a los derechos fundamentales; en concreto, la actividad del Defensor del Pueblo en supervisión de la Administración electoral, ya sea de oficio o mediante queja de la entidad ABC o de su representante, y, como se ha citado brevemente, también del Ministerio Fiscal en el marco procesal previsto en el artículo 122.1 LJCA. Además, tanto el Defensor del Pueblo como el Ministerio Fiscal estarían también legitimados para interponer el recurso de amparo ante el TC (artículos 162.1.b) CE y 46.1.b) LOTC).

Garantías jurisdiccionales: Los recursos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Miguel Ángel Sevilla Duro

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

La entidad sin ánimo de lucro ABC pretendía organizar una concentración pacífica en el centro de Madrid coincidiendo con la jornada de reflexión de unas elecciones autonómicas para “reclamar un mayor apoyo de las autoridades políticas a los menores por medio de medidas que incentiven su incorporación al mercado laboral”. La autoridad gubernativa competente (la Junta Electoral Provincial de Madrid) decidió la no celebración de la concentración en tanto entendía que podía resultar incompatible con la normativa electoral. Ni el recurso en vía administrativa ni un posterior recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales de la entidad revirtieron la decisión; y tampoco fue efectiva la presentación de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En esta tesitura, la entidad ABC le consulta si cabe la posibilidad de acudir a alguna instancia jurisdiccional internacional para lograr el resarcimiento del derecho; y en caso de ser viable, cuál sería el procedimiento.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso práctico busca dar respuesta a la consulta formulada por la entidad sin ánimo de lucro ABC sobre una restricción al ejercicio

del derecho fundamental de reunión. Su requerimiento trae causa de una decisión de la Junta Electoral Provincial de Madrid en la que se prohíbe una concentración en la vía pública. Al no haber conseguido ni una resolución estimatoria en vía administrativa ni tampoco una resolución judicial resarcitoria ni en vía contencioso-administrativa ni en amparo, la entidad ABC solicita asesoramiento acerca de los recursos judiciales a nivel internacional ante el acuerdo de la JEP.

B. Problemas constitucionales

Como problema constitucional surge la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en sede internacional, tanto ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

C. Fuentes

Normativa

Artículos 27, 28, 29, 30, 34, 35, 39, 40, 41, 44, 46, 62 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Artículo 12 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Artículos 258, 259, 263, 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Artículo 105 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Artículo 59 del Reglamento interno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Artículo 5 *bis* de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

Artículo 102.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

D. Solución

Una hipotética denegación del recurso de amparo por parte del TC, en línea con lo dispuesto en el supuesto práctico anterior, constituiría el fin de todas las vías ordinarias y extraordinarias internas a disposición de la entidad. Podría plantearse entonces qué posibilidades existen a la luz del sistema multinivel de protección de derechos fundamentales; en particular, ante el TJUE y ante el TEDH.

En primer lugar, si se pretende un pronunciamiento por parte del Tribunal de Luxemburgo, debe tomarse en consideración que este solo puede intervenir en lo concerniente a la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión Europea (DUE), no del derecho interno; esto es, habría que analizar qué disposiciones del Derecho europeo se están viendo vulneradas por la actuación de la Junta Electoral.

La entidad ABC solo cuenta con una vía procesal directa ante el TJUE, que se restringe, *ex* artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), a “los actos [de la Unión] de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución”, supuesto en el que claramente no se encuadra, pues la restricción de la concentración no proviene del Derecho europeo, más allá de que el artículo 12 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagre la libertad de reunión pacífica.

Podría, hipotéticamente, plantearse la defensa del derecho vinculándolo al recurso por incumplimiento estatal, mostrando la ausencia de adecuación al DUE de algún precepto nacional que pudiese entrar en juego. Sin embargo, este recurso procesal sólo puede ser ejercido por parte de la Comisión (artículo 258 TFUE) y de los Estados miembros (artículo 259 TFUE); nunca por un particular, por lo que —sin siquiera entrar en su escasa viabilidad dado el marco normativo interno— no merece mayor atención.

Quizá, la única vía de interés sería tratar de invocar la intervención del TJUE solicitando a un tribunal interno el planteamiento de una cuestión prejudicial por medio de la cual el Tribunal de Luxemburgo se pronunciase “sobre la interpretación de los Tratados” o “sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión” (artículo 267 TFUE). Esta vía, como es obvio, no procedería una vez desestimado el recurso de amparo, sino que debería haberse planteado o en vía de amparo ordinario ante el Tribunal Superior de Justicia o, en caso de que hubiese sido jurídicamente inviable entonces, en el amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional.

No parece prudente solicitar a ninguno de estos dos tribunales el planteamiento de la cuestión prejudicial por tres razones: por un lado, el ordenamiento interno y la citada jurisprudencia de aplicación permiten resolver en favor de la entidad ABC el caso presente sin recurrir a las vías del DUE; por otro lado, la normativa aplicable no es estrictamente de DUE, por lo que la intervención del máximo intérprete del mismo no resultaría imprescindible

en tanto el litigio versa sobre normas españolas; finalmente, aunque la entidad ABC pudiese instar al Tribunal Superior de Justicia o al Constitucional a formular un Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, exponiendo sus argumentos al respecto, la decisión de plantearla es, en exclusiva, del órgano judicial. Además, el procedimiento desde la solicitud de la entidad al tribunal *a quo* hasta la resolución del TJUE se prolongaría mucho más tiempo del deseado para la protección del derecho (incluso aunque se instase el procedimiento acelerado *ex* artículo 105 del Reglamento de Procedimiento del TJUE); y todo ello sin la garantía de obtener una respuesta afirmativa, pues esta vía es inoportuna, impertinente e inviable.

En consecuencia, en caso de que no se lograra el resarcimiento en vías internas, no parece ni adecuado ni óptimo tratar de recurrir al Tribunal de Justicia en defensa del derecho de reunión, pues ni la restricción proviene del DUE directa o indirectamente ni las vías a disposición de la entidad ABC en relación con el TJUE se prevén de utilidad.

Supuesto diferente es una ulterior demanda individual ante el TEDH, que sí es viable en términos procesales si se plantease en tiempo y forma. En este caso, el Tribunal de Estrasburgo tendría competencia por cuanto la violación invocada se habría cometido por un Estado parte del Consejo de Europa sometido a la jurisdicción del TEDH.

La entidad ABC estaría legitimada para recurrir ante Estrasburgo en razón de lo dispuesto en el artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que permite presentar demandas, además de a personas físicas, a organizaciones no gubernamentales y a grupos de particulares que se consideren víctimas de una violación. Además, la entidad cumpliría con las condiciones de admisibilidad estipuladas en el artículo 35 CEDH, a la sazón: por un lado, haber agotado todas las vías internas de recurso, siempre que en estas se hubiese invocado tanto el derecho vulnerado en el marco del CEDH como la doctrina aplicable del TEDH; por otro lado, haber presentado la demanda en el plazo de 4 meses a partir de la fecha de la notificación de la Sentencia del TC¹; en tercer lugar, haber sufrido un perjuicio importante, acreditándolo fehacientemente; en cuarta instancia, que la queja resulte compatible con lo dispuesto en el CEDH y no se encuentre manifiestamente infundada; y por último, que la demanda esté dirigida contra un Estado parte del Convenio. No puede obviarse a estos efectos que en sede de Estrasburgo

1 Hasta el 1 de agosto de 2021, antes de la entrada en vigor del Protocolo número 15 al CEDH, la demanda podía presentarse en un plazo de seis meses (dos más que actualmente) desde la recepción de la notificación de la Sentencia con la que se agotase la vía interna.

no se reclama la vulneración de los derechos ni contra otro particular ni contra una concreta Administración, sino contra el Reino de España en sí.

A diferencia de en los recursos ante el Tribunal Superior de Justicia y el Tribunal Constitucional, en el caso del TEDH el representante de la entidad ABC, acreditando su derecho a actuar en nombre de la asociación, podría presentar la demanda directamente por medio de un formulario, sin representación ni asistencia letrada, si bien la intervención de abogado se tornaría imprescindible en el caso de que la demanda fuese comunicada al Gobierno español.

Presentada la demanda, el proceso de admisión podría recaer, o bien en un juez único (que podría declararla inadmisibile o archivarla si el asunto no requiriera de un examen complementario, *ex* artículo 27.1 CEDH), o bien en un Comité de 3 jueces (que podría declararla inadmisibile o archivarla en iguales condiciones o bien declararla admisible y dictar al mismo tiempo Sentencia sobre el fondo si la cuestión ya hubiera dado lugar a jurisprudencia consolidada, *ex* artículo 28. 1 y 2 CEDH –supuesto en el que parece encuadrarse el presente caso a la luz de las Sentencias citadas en apartados anteriores–); y si no se hubiera adoptado ninguna decisión por los anteriores o si el Comité hubiese admitido la demanda pero no dictado Sentencia, la competencia recaería en una Sala de 7 jueces que se pronunciaría sobre la admisibilidad y el fondo (artículo 29.1 CEDH). Incluso, si se entendiese que el asunto pendiente ante esta Sala plantea “una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos” –lo que parece poco probable– esta podría inhibirse a favor de la Gran Sala (artículo 30 CEDH).

Admitida la demanda, el Tribunal procedería al examen contradictorio del caso con el representante de la entidad y el del Reino de España (artículo 39 CEDH), y para ello podría exigir a ABC más evidencias y observaciones por escrito de la violación del derecho (artículo 59 del Reglamento interno del TEDH). Además, sin perjuicio de que estas se soliciten o no, se podrían entablar negociaciones dirigidas a lograr un acuerdo amistoso que diera lugar al archivo del asunto y cuyo cumplimiento habría de ser supervisado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (artículos 39 CEDH y 62 del Reglamento). El Tribunal podría estimar oportuna la celebración de una vista pública (artículo 40 CEDH), tras la cual deliberaría y dictaría Sentencia. Dado que la misma, aun estimando la demanda íntegramente, difícilmente repararía las consecuencias de la violación, el TEDH podría conceder a la entidad ABC una satisfacción equitativa (artículo 41 CEDH).

La Sentencia, que presumiblemente sería dictada por una Sala, sería definitiva siempre que las partes no solicitasen la remisión del asunto ante la

Gran Sala, si se solicitase pasado un plazo de tres meses o si se solicitase y el colegio de la Gran Sala la rechazara (artículo 44.2 CEDH), publicándose posteriormente (artículo 44.3 CEDH). Esta Sentencia sería vinculante, por lo que en caso de estimar la existencia de una violación al derecho de reunión de la entidad ABC, España debería acatarla, y el Comité de Ministros del Consejo de Europa velaría por su ejecución evaluando las medidas adoptadas para resarcir a la entidad (artículo 46.1 y 2 CEDH)².

Habida cuenta del origen administrativo de la violación, así como de su naturaleza, gravedad y efectos –que habrían cesado de forma previa a la interposición de la demanda ante el TEDH–, no sería necesario interponer un recurso de revisión en los términos de los artículos 5 *bis* de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y 102.2 LJCA.

Consecuentemente, en caso de que no se lograra el resarcimiento en vías internas, sería viable que la entidad ABC presentara una demanda individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues se dan las condiciones de admisibilidad y la jurisprudencia de este en relación con la libertad de reunión garantizada en el CEDH se encuentra acorde con la legítima pretensión que ostenta.

2 En el improbable caso de que España incumpliera con lo dispuesto en la Sentencia, el Comité de Ministros lo notificaría formalmente y, por mayoría de dos tercios, plantearía al Tribunal la cuestión de si realmente acontece un incumplimiento. En caso de que el TEDH concluyese que sí, remitiría el asunto al Comité de Ministros para que este examinase las medidas oportunas a adoptar (artículo 46.4 y 5 CEDH).

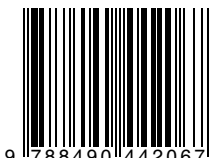
COLECCIÓN ATENEA

El método del caso consiste en el planteamiento de un supuesto práctico real o, cuanto menos, verosímil sobre el que el estudiantado reflexiona y discute con la dirección del profesor para, a partir de las conclusiones alcanzadas sobre el caso concreto, comprender las nociones básicas, generales y teóricas de un determinado tema.

Sobre esta premisa se construye la segunda edición de estos *Supuestos prácticos de Derecho constitucional*, que contiene setenta casos elaborados por más de cincuenta profesores de multitud de universidades españolas con el objetivo de abordar la totalidad de los contenidos de las asignaturas de la disciplina.

El objetivo de la obra es doble: por un lado, constituir un material docente para implementar el método del caso en la enseñanza del Derecho constitucional; por otro, ser un material de práctica y estudio para los alumnos, con la expectativa de que sirva como referencia a la hora de resolver cualesquiera supuestos, constitucionales o no, que se les pudieran plantear. En consecuencia, los casos desarrollados a lo largo del libro sirven, desde la óptica del docente, para enseñar la materia; y, desde la del estudiantado, para aprender, interiorizar y aplicar la teoría.

ISBN 978-84-9044-206-7



Vicerrectorado
de Cultura, Deporte
y Compromiso Social