

Voto particular que formulan los magistrados don Enrique Arnaldo Alcubilla y doña Concepción Espejel Jorquera al auto dictado por el Pleno del Tribunal en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1014-2025.

En ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con respeto a la opinión de la mayoría reflejada en el auto por el que se acuerda el mantenimiento de la suspensión de la Ley 1/2024, de 8 de noviembre, de Derogación de la Ley de Cantabria 8/2021, de 17 de noviembre, de Memoria Histórica y Democrática de Cantabria, formulamos el presente voto particular, dejando constancia de los fundamentos de nuestra posición discrepante con el fallo y con los razonamientos que lo sustentan, de acuerdo con los argumentos defendidos en la deliberación del Pleno y que expresamos a continuación.

1. Como es de sobra conocido la suspensión prevista por el art. 161.2 CE se ha configurado como una potestad del Gobierno estrictamente tasada a los supuestos expresamente previstos por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y que tiene un carácter excepcional. La razón de la excepcionalidad no es otra que la presunción de legitimidad de la que se benefician las normas que emanan de poderes legítimos, como es el caso de los parlamentos autonómicos. Esta presunción, si bien puede ser cuestionada por aquellos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad, entre los que está el presidente del Gobierno, obliga a recordar la excepcionalidad la posibilidad de suspender su vigencia y aplicación. La admisión a trámite de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno contra una ley o norma con rango de ley de una comunidad autónoma únicamente producirá la suspensión automática de la vigencia o aplicación de dicha norma autonómica cuando en la demanda se hubiere solicitado expresamente la suspensión, con invocación expresa del art. 161.2 CE, en relación con el art. 30 LOTC, pero será solo por el limitado plazo de cinco meses, que es el tiempo prudencial que fijó la Constitución para que el Tribunal Constitucional dictara la correspondiente sentencia en ese plazo.

Si dicha invocación se produce, al Tribunal no le cabe sino acordar la suspensión cuando adopte la decisión de admitir a trámite la impugnación, sin que, en ese momento procesal, pueda limitar los efectos de la suspensión solicitada o hacer valoración alguna acerca de su procedencia o improcedencia. Consecuencia del carácter automático que este mecanismo tiene en el momento de la interposición del recurso, conforme al diseño constitucional y de la LOTC, es que la disputa que se trava en torno a esta medida de suspensión no es sobre la

decisión inicial acerca de esa suspensión de la ley autonómica, que es debida para el Tribunal, sino respecto a la decisión acerca de su mantenimiento o levantamiento, decisión que el Tribunal debe adoptar antes de que transcurra el plazo de cinco meses al que alude el art. 161.2 CE.

Sirvan estos primeros párrafos para recordar someramente la naturaleza de este incidente cautelar y para poner de manifiesto que no es esta la primera vez en la que el Pleno de este Tribunal hubiera debido pronunciarse sobre esta cuestión respecto a una norma similar, con el mismo alcance derogatorio de una ley autonómica en esta materia que se ha venido a llamar memorialística. Cuando correspondió hacerlo sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión de la Ley 1/2024, de 15 de febrero, de Aragón, de derogación de la Ley 14/2018, de 8 de noviembre, de Memoria Democrática de Aragón, objeto del recurso de inconstitucionalidad 3951-2024, interpuesto por el Presidente del Gobierno y en el que se invocó el art. 161.2 CE en relación con el art. 30 LOTC, a los efectos de que se produjera el mantenimiento de la suspensión de la aplicación de la norma impugnada, el Pleno -en sesión celebrada el 5 de noviembre de 2024, cuando ya habían transcurrido más de cinco meses desde la suspensión acordada- no llegó a pronunciarse.

2. En todo caso el auto del que discrepamos supone la primera aproximación del Tribunal a un incidente cautelar que tiene por objeto decidir sobre la vigencia y aplicación una ley de derogación de otra ley autonómica en una materia, la memoria histórica, que también es regulada por el legislador estatal. Para resolver el incidente de suspensión, el auto parte de la doctrina constitucional en la materia, conforme a la cual es a quien pide el mantenimiento de la suspensión, esto es, a la representación procesal del Estado, sobre la que recae la carga de alegar acerca de los perjuicios que ocasionaría la aplicación de la norma autonómica recurrida. Al Tribunal le corresponde juzgar si está debidamente fundada, pues en caso contrario, lo que ha de prevalecer es la presunción de constitucionalidad de la norma que ha sido impugnada en el recurso de inconstitucionalidad.

3. Lamentablemente el único extremo en el que coincidimos con el razonamiento de la mayoría es en la adecuada reproducción de la doctrina sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión de la ley autonómica, pues lo que se afirma, ya en el fundamento jurídico 3, como aplicación de la doctrina constitucional al presente incidente no lo es tal, con lo que resulta a nuestro juicio diáfano que la decisión mayoritaria no es consecuente con la doctrina constitucional que antes se ha citado.

El auto se limita a trasladar al caso o, más bien, a reproducir sin mayor razonamiento, la doctrina constitucional de la que deriva la suspensión de la vigencia de una norma autonómica ante la posibilidad de que su aplicación pudiera poner en riesgo la efectividad de los derechos fundamentales de las personas afectadas [AATC 90/2016, de 26 de abril, (derecho al honor y a la presunción de inocencia); 130/2017, de 3 de octubre, (derechos fundamentales al honor, la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia); 445/2023, de 27 de septiembre (derechos a la integridad física y moral en conexión con el reconocimiento de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad y 127/2024, de 19 de noviembre (derecho a la tutela judicial efectiva)]. Para el auto, en esos casos que se acaban de citar “la potencial afectación a derechos fundamentales determinó que el tribunal considerara la existencia de perjuicios especialmente acusados” y pretende sostener que lo mismo sucede aquí. Pero lo hace de forma mecánica, con base a meras conjeturas que quien pide la suspensión no acredita y sin tomar en consideración que no estamos aquí, como el propio auto reconoce, en una situación en la que se afecte a derechos fundamentales. Con ello la excepcionalidad de la suspensión de una ley autonómica se normaliza sin razones.

El auto del que discrepamos afirma que esta misma situación de riesgo de afectación a derechos fundamentales concurre aquí. Sin embargo, resulta que con esa forma de razonar está directamente desconociendo la doctrina constitucional que dice aplicar, pues, en nuestra opinión, no tiene en cuenta el modo en que la meritada doctrina pudiera proyectarse sobre el caso, teniendo en cuenta tanto el objeto de la ley autonómica como los derechos que, en su caso, pudieran verse afectados. Aparca y se aparta de una consolidada doctrina para concluir estimando la pretensión de la presidencia del Gobierno de mantener suspendida una ley autonómica de derogación de otra anterior, supuesto sin precedentes en la historia de este Tribunal.

4. No se hace propiamente, como resultaría obligado, una ponderación de los bienes y derechos afectados por el levantamiento de la suspensión de la norma. En esa ponderación, que se debe desvincular plenamente de la decisión sobre la cuestión de fondo, es necesario que el Gobierno, a quien se debe la iniciativa, no solo invoque la existencia de aquellos perjuicios, sino que ha de demostrar o, al menos, razonar consistentemente su procedencia y la imposible o difícil reparación de los mismos, ya que el punto de partida de la ponderación propia de este

incidente es la existencia de una presunción de constitucionalidad a favor de las normas o actos objeto de conflicto.

En este caso el abogado del Estado alegó la doble consideración del daño irreparable que implicaría el levantamiento, de un lado, al cumplimiento del deber de colaboración autonómico con la normativa estatal y, de otro, a la afectación a los derechos de las víctimas de graves vulneraciones de derechos humanos, cuyo estatuto jurídico aparecía desarrollado en la legislación derogada por la norma cántabra y que se vincula -en la demanda, no en las alegaciones del presente incidente- con el derecho a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición, y con el derecho a la integridad moral (art 15 CE).

El primer elemento, el relativo al incumplimiento del deber de colaboración, no se valora en el auto del que discrepamos, y no resulta extraño porque es una alegación tan inconsecuente como vacía. Y lo que el auto hace respecto al segundo de los perjuicios alegados, la supuesta traslación al caso de la afectación a derechos fundamentales que se tuvo en cuenta en decisiones anteriores, difícilmente puede ser calificada como una ponderación, más aún cuando se reconoce que no estamos ante derechos fundamentales sino ante los que define como prestacionales. No es, pues, una ponderación lo que hace el auto. Es otra cosa.

5. En realidad, lo que se hace es sustituir la debida ponderación por la construcción de una premisa de partida que le sirve para intentar fundamentar su decisión. Premisa que, en este momento, no puede considerarse tal, ya que no encuentra sustento en la doctrina constitucional y es, por tanto, falsa. Esa premisa es la supuesta afectación que la vigencia de la ley impugnada, con la consiguiente derogación de la legislación anteriormente vigente, produce sobre “la efectividad de los derechos de las personas afectadas por esa norma”. Tal afectación no concurre en este caso o, al menos, no se demuestra con la consistencia necesaria para justificar el excepcional acuerdo de mantener la suspensión de la ley autonómica más allá del plazo inicial (y automático) de cinco meses.

Y eso por dos razones:

i) La primera es que el auto hace una construcción que remite directamente al fondo del asunto. Esa construcción es la supuesta afectación de la Ley impugnada a los denominados derechos memorialísticos (que menciona, pero no define) -que desde luego no están en ningún apartado ni inciso de la Constitución que es a la que este Tribunal se debe- y también la incidencia de la norma en aspectos relacionados con el derecho a la educación como perjuicios

susceptibles de ponderación. Eso supone mucho más que mirar de soslayo el fondo del asunto. Es directamente adentrarse en el fondo del asunto discutido en el recurso, lo que está vedado en el trámite cautelar en que nos encontramos.

Y, además, como tal perjuicio susceptible de ponderación tiene dos problemas.

El primero es el ya mencionado, que tales derechos “de una normativa integral de amplio desarrollo en materia de memorialista”, como el auto los califica, no están reconocidos por la doctrina constitucional y ni mucho menos vinculados a o calificados como derechos fundamentales, a los que, como ya se ha comprobado, sí se referían las normas objeto de las anteriores decisiones del Tribunal que pretenden emularse aquí. De hecho, el razonamiento del auto aborda directamente el fondo del asunto y casi lo prejuzga al asumir como propios planteamientos de la demanda como es la supuesta vinculación entre los derechos reconocidos en la norma derogada con el art. 15 CE, cosa que afirma el recurrente, no este Tribunal. Además, a diferencia de otros casos en los que se aplicó este criterio que ahora tan acríticamente se traslada al presente caso, no se sabe quiénes serían sus titulares. Tampoco puede dejar de advertirse que, en el desarrollo de su argumento, el auto cambia el fundamento de la suspensión que pasa de ser, en el mismo párrafo, la situación de riesgo de afectación a derechos, que se quieren equiparar a fundamentales a estos efectos, (insistimos en que no sé saben cuáles y quiénes son sus titulares) a la tutela de “bienes jurídicos de carácter personal, cuya reparabilidad es difícil”, lo cual es, conceptualmente, una cosa bien diferente. En suma, resulta de todo ello que la decisión adoptada, lejos de estar basada en la doctrina constitucional, carece, en realidad de todo sustento en ella, y se desliza por el grave camino que no debería sobre pasarse en vía cautelar de anticipar un juicio sobre el fondo del asunto.

ii) En segundo lugar, esa falta de ponderación pretende suplirse con una especie de argumentación construida sobre dos elementos claramente insuficientes para destruir, en un incidente cautelar, la presunción de constitucionalidad de la ley en virtud de su origen.

El primer elemento es el que se acaba de mencionar. La suspensión se mantiene con fundamento en consideraciones que no tienen ningún apoyo en la doctrina constitucional y, peor aún, prejuzgan el fondo del asunto, en cuanto que el auto da claramente a entender que el sistema de protección que ahora deroga el legislador cántabro se ajustaba a la norma estatal y esa “normativa integral de amplio desarrollo en materia de memorialista” no puede ser rebajada

(eso sí, sin que se sepa porqué). Una suerte de irreversibilidad de la cláusula más favorable que choca de lleno con la libertad de configuración del legislador, pero que, sobre todo, es completamente ajena a lo que debe valorarse en este incidente.

Por otro lado, no podemos dejar de mencionar que la conclusión con la que se cierra el auto en el apartado iii) del fundamento jurídico 3 pone de nuevo de manifiesto que la ponencia ha ignorado (se ha apartado de) la doctrina constitucional.

Lo hace cuando se adentra de nuevo en el fondo del asunto, al alabar las virtudes de la previa legislación cántabra, asunto que no tiene nada que ver con la suspensión que hay que decidir. Resulta extraordinariamente llamativa esa toma de posición que anticipadamente se realiza.

En fin, si el abogado del Estado no argumenta adecuada y suficiente en su escrito los perjuicios derivados del levantamiento de la suspensión, resulta incomprensible que el auto pretenda forzar su decisión con un argumento que no cabe tomar en consideración. Lo hace al decir que la suspensión se mantiene también porque las alegaciones del Gobierno de Cantabria sobre la presunción de constitucionalidad de la ley y la consiguiente excepcionalidad del mantenimiento de su suspensión, se trata de una fundamentación que incide, en parte, sobre el fondo de la controversia planteada en el recurso. Este planteamiento, que no resulta de la doctrina constitucional, es simplemente expresión del afán del auto de encontrar fundamento para una suspensión carente de sustento.

6. En suma, el auto tendría que haber concluido que el abogado del Estado no ha levantado la carga de acreditar suficientemente la existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación para el interés general o de terceros vinculados al levantamiento de la suspensión de la Ley 1/2024, de 8 de noviembre, de Derogación de la Ley de Cantabria 8/2021, de 17 de noviembre, de Memoria Histórica y Democrática de Cantabria. Lo que, en atención a nuestra doctrina sobre este incidente cautelar, debería haber determinado la prevalencia del interés conectado a la presunción de legitimidad de las leyes y, con ello, el levantamiento de la suspensión de la vigencia y aplicación de la citada Ley 1/2024.

Dada en Madrid, a diez de junio de dos mil veinticinco.