Estado de Derecho e instituciones democráticas en el actual contexto sociopolítico

ASOCIACION DE LETRADOS
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Foros y Debates

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CEPC


Asociación
de Letrados
del Tribunal
Constitucional

ÚLTIMAS JORNADAS DE LA ASOCIACIÓN DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

VIII. El derecho a la vida.
Granada, 2002.

IX. Extranjería e inmigración.
Oviedo, 2003.

X. La Constitución Europea.
Zaragoza, 2004.

XI. El Estado autonómico.
Palma de Mallorca, 2005.

XII. El futuro de la justicia constitucional.
Santo Domingo de la Calzada, 2006.

XIII. Estado y religión en la Europa del siglo xxi.
León, 2007.

XIV. La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?
Bilbao, 2008.

XV. La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial.
Toledo, 2009.

XVI. Jurisdicción constitucional y democracia.
Murcia, 2010.

XVII. La Constitución económica.
Cádiz, 2011.

XVIII. Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales.
Madrid, 2012.

XIX. Crisis y Constitución.
El Burgo de Osma, 2013.

XX. El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico.
Cáceres, 2014.

XXI. Democracia constitucional y diversidad cultural.
Cuenca, 2015.

XXII. La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales.
Vitoria, 2016.

XXIII. La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional.
Úbeda, 2017.

XXIV. El artículo 155 de la Constitución.
Santander, 2018.

XXV. Cuatro décadas de jurisprudencia constitucional: los retos.
Córdoba, 2019.

XXVI. Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Madrid, 2020.

XXVII. Estado de alarma y constitución,
Valencia.

XXVIII. Los efectos de la declaración e incostitucionalidad,
Valladolid, 2022

XXIX. Estado de Derecho e instituciones democráticas en el actual contexto sociopolítico,
Vigo, 2023

XXIX Jornadas
de la Asociación de Letrados
del Tribunal Constitucional

Estado de Derecho e instituciones democráticas en el actual contexto sociopolítico

Gema Díez-Picazo Giménez
y Gemma Sala Galvañ (coord.)

Tribunal Constitucional
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Madrid, 2024

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

CONSEJO EDITORIAL

Luis Aguiar de Luque
José Álvarez Junco
Manuel Aragón Reyes
Paloma Biglino Campos
Carlos Closa Montero
Elías Díaz
Arantxa Elizondo Lopetegi
Ricardo García Cárcel
Rosario García Mahamut
Yolanda Gómez Sánchez
Pedro González-Trevijano
Carmen Iglesias
Francisco J. Laporta
Encarnación Lemús López
Emilio Pajares Montolío
Benigno Pendás
Mayte Salvador Crespo
Mónica Sánchez Redonet
Antonio Torres del Moral

Catálogo general de publicaciones oficiales:
https://cpage.mpr.gob.es

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita
de los titulares del *copyright,* bajo las sanciones establecidas en las leyes,
la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio
o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

De esta edición, 2024:

© Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional

© Tribunal Constitucional
Domenico Scarlatti, 6
28003 Madrid
http://www.tribunalconstitucional.es

© Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Plaza de la Marina Española, 9
28071 Madrid
http://www.cepc.gob.es
Twitter: @cepcgob

Depósito legal:

NIPO CEPC EN PAPEL: 145-24-033-3
NIPO CEPC PDF: 143-24-034-9

ISBN CEPC EN PAPEL: 978-84-259-2043-1
ISBN CEPC PDF: 978-84-259-2042-4

Depósito legal: M-17253-2024

Realización: Crisol Creación Gráfica, S. L.

Índice

Págs.

Presentación 9

Primera parte

Estudios

A. Estado de Derecho e instituciones democráticas: ¿un modelo en crisis? 13
por Paloma Biglino Campos

B. Estado Derecho e instituciones democráticas en el actual contexto sociopolítico. El poder judicial y el Tribunal Constitucional 41
por Pablo Lucas Murillo de la Cueva

C. La independencia judicial en el marco del Consejo de Europa: en especial la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos..... 65
por Rafael Bustos Gisbert

D. La independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea..... 93
por Paz Andrés Sáenz de Santa María

E. Independencia de las autoridades supervisoras y reguladoras y Estado de Derecho en la Unión Europea 113
por José Luis Piñar Mañas

Págs.

Segunda parte

Crónicas de jurisprudencia constitucional

A. Crónica del control de constitucionalidad en asuntos no competenciales 155
por Anabelén Casares Marcos

B. Crónica de doctrina constitucional en materia competencial 2022-2023 271
por Antonio Arroyo Gil

C. Crónica de jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales sustantivos 2022-2023 359
por Carmelo Jiménez Segado

D. Crónica de jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y garantías constitucionales del proceso 427
por Roberto Alonso Buzo

E Crónica de jurisprudencia constitucional en materia parlamentaria 479
por Marta Souto Galván

F. Crónica sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) desde septiembre 2022 a octubre 2023 525
por Carlos Ortega Carballo

Presentación

Los días 19 y 20 de octubre de 2023, la ciudad de Vigo acogió las XXIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional.

Aunque cronológicamente la presentación y discusión se produjo en orden inverso, como viene siendo habitual este volumen recoge una primera parte, Estudios, en las que se recogen las ponencias sobre el tema monográfico elegido; y, una segunda, *Crónicas*, que incluye la descripción de la jurisprudencia constitucional correspondiente al año inmediatamente anterior.

Los *Estudios* recogen cinco reflexiones desarrolladas en las sesiones del viernes 20, sobre el tema central de las Jornadas: *Estado de Derecho e instituciones democráticas en el actual contexto sociopolítico*. La primera, debida a Paloma Biglino, lo aborda desde una perspectiva más general. Las cuatro restantes se centran fundamentalmente en la salvaguarda del equilibrio entre los poderes, con atención especial a su funcionamiento independiente. En este terreno, Pablo Lucas Murillo analiza la problemática situación de nuestro poder judicial y las vicisitudes normativas y jurisprudenciales recientes; y, en lo que constituyó la segunda sesión, las ponencias se centran en la independencia: Rafael Bustos y Paz Andrés se ocupan de la judicial, analizando, respectivamente, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y José Luis Piñar se centra en la de las autoridades supervisoras y reguladoras y en el marco de la Unión Europea. No parece necesario insistir en la importancia de todo ello: más allá del análisis teórico, los concretos fenómenos en los que se centran los sucesivos análisis abordan temas que se encuentran en el centro del debate político y mediático, o lo han estado en el pasado inmediato.

En cuanto a la segunda parte, las *Crónicas* a las que se dedicó la primera sesión de trabajo del jueves, se hizo una sucinta descripción de la jurisprudencia recaída en el control de constitucionalidad en asuntos no competenciales, la materia competencial, los derechos fundamentales sustantivos, el derecho a la tutela judicial efectiva, las cuestiones parlamentarias y, en fin, los asuntos relevantes resueltos por el TEDH. Los ponentes, Anabelén Casares, Antonio Arroyo, Carmelo Jiménez, Roberto Alonso, Marta Souto y Carlos Ortega, han presentado una versión escrita mucho más detallada que hace accesible al lector el conocimiento completo de los pronunciamientos recaídos entre septiembre de 2022 y septiembre de 2023.

Primera parte

Estudios

A

Estado de Derecho e instituciones democráticas: ¿un modelo en crisis?

Paloma Biglino Campos

Catedrática emérita de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid
paloma.biglino@uva.es

SUMARIO

I. Introducción

II. La evolución de la conexión entre Estado de Derecho y democracia

II.1. Estados de Derecho sin democracia y democracias sin Estados de Derecho
II.2. La vinculación de democracia y Estado de Derecho en el constitucionalismo contemporáneo

III. La crisis del modelo y el populismo

IV. Los riesgos en España: la deriva populista de los partidos políticos

V. Algunos de nuestros problemas

V. 1. Estado de Derecho y referéndum
V. 2. Estado de Derecho, gobierno y parlamento

VI. Conclusión

RESUMEN

A pesar de que democracia y Estado de Derecho están íntimamente relacionados, la vinculación que les une está experimentado tensiones, no sólo en países de nuestro entorno sino también en España. Esta colaboración explica, en primer lugar, la concepción de Estado de Derecho y de democracia que impone el constitucionalismo contemporáneo, para luego analizar las tensiones creadas por el impacto del populismo, que también está dejando huella en nuestro país por su influencia en las estrategias de los partidos políticos. Posteriormente, se contemplan algunos de los problemas que se están suscitando en nuestro ordenamiento como consecuencia de algunas propuestas relacionadas con la utilización del referéndum, de una defectuosa articulación entre poder ejecutivo y legislativo y de las limitaciones que afectan a la forma en que se tramitan las leyes.

I. Introducción

Antes de comenzar estas páginas, creo necesario hacer alguna advertencia al lector. No resulta sencillo tratar de la relación entre democracia y Estado de Derecho porque, como veremos a continuación, ambos términos pueden entenderse de muchas maneras. Además, también es difícil delimitar cuándo su relación está en crisis, porque todo depende del modelo de interconexión del que partamos.

Para hacer frente a estos retos, he considerado conveniente aligerar el complejo panorama dejando de lado el análisis del poder judicial y del Tribunal Constitucional. Aunque ambos son piezas claves la democracia y para el Estado de Derecho, son objeto de otras colaboraciones en este volumen. Es preciso reconocer, además, que no es fácil distinguir las exigen-

cias que impone la democracia de las que derivan del Estado de Derecho, porque algunas de ellas son requeridas por ambos términos. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el principio de legalidad. La sumisión del ejecutivo a la ley no es sólo un freno a la arbitrariedad, sino también la afirmación de la superioridad de las normas elaboradas por un poder que representa directamente a todos los ciudadanos sobre una autoridad que, sin embargo, carece de dicha naturaleza. Por eso, el lector me disculpe si, en determinadas ocasiones, entremezclo la argumentación, pero ello responde más a la naturaleza de las cosas que a un error de óptica.

Las primeras páginas de este escrito están destinadas a precisar el sentido que se da a nociones tan polisémicas como son democracia y Estado de Derecho, así como la manera más adecuada de configurar su relación. No se preocupe el lector porque, aunque responder a estas cuestiones podría dar lugar a muchos volúmenes, también puede hacerse con cierta brevedad cuando, como ocurre en este caso, la respuesta es meramente instrumental. De este somero análisis se deduce que democracia y Estado de Derecho están tan íntimamente conectados que, en la actualidad, es imposible concebir la una sin el otro y viceversa. Esta relación está, sin embargo, en entredicho porque la interpretación que el populismo hace de la democracia pone en riesgo los propios fundamentos de ambos. Nuestro país, por ahora, se ha mantenido al margen de estos riesgos, aunque no cabe negar que existen problemas. Para detectarlos, se analizan algunas dificultades que puede generar el uso del referéndum, así como ciertas ficciones que resultan del funcionamiento del gobierno y, sobre todo, del parlamento.

II. La evolución de la conexión entre Estado de Derecho y democracia

II.1. Estados de Derecho sin democracia y democracias sin Estados de Derecho

Vaya por delante que los constitucionalistas, a diferencia de los filósofos del Derecho o de los administrativistas, no hemos reflexionado en profundidad sobre las obligaciones que impone el Estado de Derecho. Esta laguna puede deberse a que esa noción no estaba (ni está) bien vista por ciertas corrientes de pensamiento, que siguen recelando del principio por considerar que el Derecho es sólo es una superestructura ideada para

garantizar la pervivencia de una estructura económica basada en la explotación del hombre por el hombre. Pero la falta de análisis detenidos también puede responder a que, hasta hace poco tiempo, no existían demasiadas tensiones entre el Estado de Derecho y la democracia. Es cierto que nuestra más autorizada doctrina ha subrayado el avance que supuso la construcción del Estado constitucional de Derecho, máxima expresión del Estado de Derecho, al imponer límites a la voluntad del parlamento y al atribuir al Tribunal Constitucional una función contra mayoritaria[1]. También es verdad que siempre han despertado interés las restricciones que el principio de legalidad o la reserva de ley establecen sobre el ejecutivo o las exigencias que la certeza del Derecho o la seguridad jurídica imponen al legislador. Pero, aunque podía debatirse el significado de dichos principios, no había reparos a la hora de aceptar que el carácter democrático de dichas instituciones no las hace *legibus solutus*.

Volviendo al tema que da título a este epígrafe, la primera idea a tener en cuenta es que la relación entre Estado de Derecho y democracia no es, de por sí, necesaria, ya que han existido formas de Estado de Derecho sin democracia y democracias (o, más bien, presuntas democracias) en las que el poder no está sometido a Derecho.

Lo primero puede ocurrir cuando, como afirma D. Grimm[2], el Estado de Derecho se interpreta en sentido meramente formal. En la Europa del siglo XIX, y en sistemas autoritarios contemporáneos, era (y sigue siendo posible) que el poder público se manifieste mediante leyes que respeten exigencias tales como la seguridad jurídica, el principio de legalidad, la jerarquía normativa o la tutela judicial efectiva. Pero, en estos modelos, ni está asegurado que todos los poderes públicos estén sometidos a la ley ni, sobre todo, que las leyes no vulneren los derechos de las personas.

No cabe desconocer el progreso que supuso la implantación definitiva de esta versión del Estado de Derecho en la época de las monarquías constitucionales europeas del siglo XIX. Entonces no solamente se exigió gobernar mediante leyes, sino que también se impuso que el poder se

---

[1] Por ejemplo, García Pelayo, M., *Obras Completas*, CEPC, Madrid 2009, págs. 3027-3039; Rubio Llorente, F., «Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho», Requejo Pagés, J. L. (coord.), *La rebelión de las leyes. Demos y nomos; la agonía de la justicia constitucional, Fundamentos* n.º 4, Junta General del Principado de Asturias, 2006, pág. 222; Aragón Reyes, M., «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 19, 1987, págs. 15-52.

[2] Grimm, D., «Majority Rule, Democracy and Populism: Theoretical Considerations», Amato, G., Barbisan, B., Pinelli, C., (ed.). *Rule of Law vs Majoritarian Democracy*, Gran Bretaña, 2023, pág. 54.

sometiera al Derecho, con lo que se limitó la centralidad de la corona en el sistema político. Frente a la arbitrariedad que había caracterizado a la monarquía absoluta, donde la ley era la expresión de la voluntad del soberano, la definitiva implantación del Estado liberal supuso reconocer que sólo las leyes elaboradas por el parlamento en condiciones de publicidad podían vincular a los ciudadanos, sobre todo cuando se trataba de afectar a su propiedad y a su libertad. Además, esa primera concepción del Estado de Derecho supuso afirmar la primacía de la ley (y del órgano representativo que la elabora) sobre la voluntad del monarca y del gobierno que encabezaba.

La primacía de la ley, la reserva de ley y el principio de legalidad siguen siendo elementos esenciales del Estado de Derecho, pero no siempre presuponen o traen como consecuencia la afirmación de la democracia. Con los fascismos del periodo de entreguerras se puso de manifiesto que estos principios no son suficientes. Todavía en la actualidad, hay países en los que el poder público se expresa a través de leyes, lo que sin duda redunda en beneficio de la seguridad jurídica, pero donde ni se exige que la ley sea elaborada por un órgano que realmente represente a los ciudadanos ni que los poderes públicos, incluido el propio parlamento, estén sometidos a Derecho[3].

Como antes afirmaba, también es posible que existan democracias o, más bien, gobiernos populares sin Estado de Derecho. Para que esto suceda, es preciso entender la democracia en un sentido muy distinto a como esta se estructura en los países de la órbita occidental. Teóricamente, este sería el caso de una democracia exclusivamente directa, porque sería imposible someter a Derecho la voluntad infalible del pueblo. Pero también puede ser (y es el caso) de algunas democracias representativas en las que no hay (o no funcionan) los límites a la voluntad de la mayoría en defensa de los derechos de la minoría.

II.2. La vinculación de democracia y Estado de Derecho en el constitucionalismo contemporáneo

La democracia y el Estado de Derecho se volvieron dos caras de la misma moneda con el constitucionalismo de la postguerra, cuando la

[3] Rudolf, M., «Xi Jinping Thought on the Rule of Law. New Substance in the Conflict of Systems with China», *SWP Comment* n.º 28, 2021, Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit, https://www.swp-berlin.org/10.18449/2021C28/, visitado 20 diciembre 2023.

noción del Estado de Derecho adquirió un carácter sustantivo y se implantó definitivamente la democracia representativa y pluralista. A partir de entonces, el Estado de Derecho exige la democracia y no hay democracia sin Estado de Derecho.

Tanto cuando se defiende una noción sustancial como cuando se mantiene una idea meramente formal de democracia, siempre es preciso reconocer que el pueblo, titular de soberanía, es el centro del sistema político y se expresa a través de representantes libremente elegidos por sufragio universal, igual y secreto. Ni siquiera los partidarios de la democracia directa pueden sostener que, en las complejas sociedades contemporáneas, el pueblo pueda gobernarse continuamente a sí mismo de forma directa. La concepción de democracia exige, además, que las decisiones se adopten por mayoría, pero con respeto al pluralismo político.

Hace ya años, A. Pizzorusso señalaba que, desde el punto de vista cultural, el pluralismo exige reconocer que la diferencia, y no la semejanza, el disentimiento, y no la unanimidad, el cambio y no la inmutabilidad son los factores que favorecen la paz social. Parte del convencimiento de que nadie es depositario de la verdad por naturaleza o por inspiración divina y que, por ello, la verdad sólo puede alcanzarse a través de la discusión y del encuentro entre las posiciones más diversas. El pluralismo político concreta esta visión en la existencia de grupos (principalmente partidos políticos) que compiten por el poder, en condiciones de igualdad y de libertad, sobre todo en los procesos electorales[4].

Así entendida, la democracia contemporánea sólo puede funcionar cuando se somete a Derecho y se expresa a través del Derecho. Así, en primer lugar, el Derecho conforma jurídicamente al pueblo. Este, al margen de las normas, puede ser un agregado de individuos unido por vínculos comunes, pero carece de los medios adecuados para que la opinión de cada uno de sus miembros pueda unirse a la de todos los demás, formar una mayoría e imputar dicha voluntad al grupo. En segundo lugar, la Constitución y las leyes son precisamente las normas que determinan en qué manera se participa políticamente, esto es, si de forma directa o a través de representantes, y concretan quién vota, cómo se vota y qué se vota[5]. Por último, el Derecho no sólo establece la forma de funcionamiento del parlamento y del gobierno, sino que la voluntad de dichos

---

[4] Pizzorusso, A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Vol. I, Madrid, 1984, pag. 115.

[5] Biglino Campos, P., «Democracy and Rule of Law: Two Sides of the Same Coin», J. Cremades, C. Hermida (eds.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Springer Nature Switzerland AG 2022, pág. 2, https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_154-1, vistado 1 septiembre 2023.

órganos representativos vincula precisamente porque adopta una determinada forma jurídica.

La noción de Estado de Derecho también cambia con el constitucionalismo de la postguerra porque, al hacerse más sustantiva, presupone la democracia. Durante mucho tiempo se ha debatido acerca del significado del Estado de Derecho y se ha puesto de manifiesto la dificultad que entraña llegar a una noción común. Ahora bien, algunos de estos obstáculos se han superado en la última década. En estos momentos, tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea defienden la misma noción, gracias, en gran medida, a la aportación de la Comisión de Venecia en su informe de 2011[6] y de la Comisión europea, en el Nuevo Marco para reforzar el Estado de Derecho elaborado en 2014[7]. Los anexos a este último documento[8] recogen los mismos requisitos que había anticipado el órgano consultivo del Consejo de Europa.

Para ambas organizaciones supranacionales el Estado de Derecho comprende los clásicos principios de legalidad, seguridad jurídica, prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo y tutela judicial efectiva, que incluye el acceso a la justicia, por parte de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, también en lo que respecta a los derechos fundamentales. Ahora bien, el Estado de Derecho también impone que el proceso legislativo sea transparente, democrático, pluralista y sujeto a rendición de cuentas, así como el respeto a la separación de poderes y a la igualdad ante la ley.

No conviene olvidar, además, que esta noción común de Estado de Derecho ha dejado de ser mero *soft law* porque se ha incorporado al art. 2.a) del Reglamento de condicionalidad, lo que significa que forma parte del parámetro de comunitariedad que deben respetar los Estados miembros, al menos cuando resulten afectadas la buena gestión del presupuesto de la Unión o la protección de sus intereses financieros[9]. Por lo

---

[6] *Report on the rule of law*, CDL-AD(2011)003rev, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e.

[7] *Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho*, Estrasburgo, 11.3.2014 COM(2014) 158 final, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52014DC0158.

[8] *Annexes to the communication from the Commission to the European Parliament and the Council. A new EU Framework to strengthen the Rule of Law,* Strasbourg, 11.3.2014 COM(2014) 158 final. https://commission.europa.eu/system/files/2021-08/com_2014_158_annexes_en.pdf, visitado 1 diciembre 2023.

[9] Biglino Campos, P., «El Estado de Derecho como parámetro de comunitariedad: la eficacia del valor y de los principios que lo concretan», en López Castillo, A. (dir), Bastarreche Bengoa, (coord.), *Solapamientos e interferencias en el control de conformidad constitucional y europeo de la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 49-75. .

demás, estas exigencias coinciden con las que están repartidas a lo largo de nuestra norma fundamental y, sobre todo, en su art. 9.3 CE

III. La crisis del modelo y el populismo

Vuelvo a la pregunta inicial: este modelo de relación entre instituciones democráticas y Estado de Derecho, que caracteriza a los Estados constitucionales desde el final de la segunda guerra mundial, ¿está en crisis?

A la hora de hablar de modelos, es necesario ser prudentes porque, según el diccionario de la RAE, los modelos son arquetipos, esto es, esquemas teóricos que se elaboran para ser imitados o reproducidos. En la terminología de Max Weber[10], podrían considerarse tipos ideales que no pretenden describir la realidad, sino facilitar su análisis. Vaya por delante, pues, que, a la hora de reflexionar sobre el asunto, comparar el modelo con la realidad (en nuestro caso española) lleva siempre a concluir que dicha conexión está en crisis, porque pocas veces el ser se acomoda a los dictados del deber ser.

Aun reconociendo esta limitación, puede afirmarse que la conexión entre democracia y Estado de Derecho se está debilitando en la última década, desde que algunos Estados, antes democráticos, comenzaron a retroceder. No conviene exagerar estos pasos atrás, porque, como señalaba Daniel Ziblatt, ahora hay más democracias de las que ha habido en la historia de la humanidad[11]. Pero tampoco cabe despreciarlos, ya que algunas democracias que se consideraban consolidadas están sufriendo los zarpazos de lo que, con poca propiedad, se denomina constitucionalismo iliberal.

Las causas más profundas de este deterioro son, sin duda, de carácter económico y social. Cuando empezábamos a recuperarnos de la crisis económica que comenzó tras la quiebra de Lehman Brothers en 2008, vinieron la pandemia generada por la Covid-19 y, por si esto fuera poco, la invasión de Ucrania y el conflicto palestino-israelí, con su fuerte impacto

[10] Weber, M., *Economy and Society*, (Ed. Roth G., Wittich C), University of California Press, 1968, págs. 19-22.

[11] Rizzi, A., «Daniel Ziblatt. Politólogo de Harvard y coautor de «Cómo mueren las democracias». El populismo de derecha en Europa es una amenaza mayor que el de izquierda», El País, 23 abril 2023, https://elpais.com/internacional/2023-04-23/daniel-ziblatt-el-populismo-de-derecha-es-en-europa-y-ee-uu-una-amenaza-mayor-para-la-democracia-que-el-de-izquierda.html, visitado 21 diciembre 2023.

sobre la economía de casi todos los países. Todos estos factores, unidos a otros de carácter más permanente y estructural, como son la creciente globalización y la robotización, han producido un fuerte incremento de la desigualdad y un empeoramiento del nivel de vida de muchos ciudadanos. En el ámbito de lo político, la razón, que había guiado el pensamiento occidental desde la edad de la ilustración, ya no está de moda y ha dejado paso a la indignación hacia los poderes públicos, a los que se ve incapaces de hacer frente a la situación. El mismo malestar que, siguiendo de cerca los planteamientos de Stephane Hessel[12], inspiró al movimiento 15-M, sigue persistiendo y no cabe descartar que sea ajeno a fenómenos tan dispares como son las revueltas protagonizadas por los *gilets jaunes* en Francia en 2018 o el asalto al Capitolio a principios de 2021.

Sería posible preguntarse si una situación tan prolongada en el tiempo responde a la idea de crisis, cuya principal característica es provocar cambios repentinos. Pero, dejando este tema de lado, lo que sí es posible afirmar es que en los países que acabo de citar y en otros muchos (algunos de la Unión Europea) avanza el fantasma del populismo.

El eje principal del discurso populista se asienta en una visión de la titularidad de la soberanía que es difícilmente compatible con el Estado de Derecho. En efecto, en algunos planteamientos, el poder constituyente, que en toda democracia corresponde al pueblo, se concibe absuelto de todo límite y, por tanto, autorizado a tomar cualquier tipo de decisiones, aunque estas no respeten el resto de los elementos esenciales del constitucionalismo, como son la división de poderes, los derechos fundamentales y la sumisión de todos los poderes a las normas jurídicas.

Las tensiones en la relación entre democracia y Estado de Derecho se manifiestan, además, en la manipulación de las formas de participación política. Es cierto que, en los países donde ha triunfado el populismo, sigue habiendo elecciones. Ahora bien, estas van precedidas por modificaciones en la legislación que benefician al partido en el poder. En efecto, los elementos estructurales del sistema electoral, como son el diseño de las circunscripciones, el número de escaños que corresponden a cada una de ellas o la fórmula electoral se modifican para favorecer a la fuerza política en el poder. Con la misma finalidad, también se vulneran principios esenciales del procedimiento electoral, como son la necesidad de garantizar la neutralidad de los poderes públicos y la libertad de expresión de todos los contendientes. La manipulación se completa alterando la composición de las comisiones electorales, que son precisamen-

[12] *Indignaos*, Barcelona, 2011.

te los órganos encargados de velar por la objetividad del procedimiento electoral.

Estas alteraciones conducen a parlamentos en los que predomina el partido en el poder y donde las fuerzas de la oposición o bien desaparecen, o bien tienen un peso meramente testimonial. Puede haber diferencias significativas en las políticas sociales o económicas de los sistemas populistas, pero la estrategia es común. De un lado, el poder se concentra en manos del titular del poder ejecutivo, quien, al margen de las instituciones representativas, legitima su autoridad en su conexión directa con el pueblo, establecida a través de plebiscitos, redes sociales o programas de radio y televisión. De otro, se desactivan los controles inherentes al Estado de Derecho, que se consideran una rémora a la auténtica voluntad popular.

IV. Los riesgos en España: la deriva populista de los partidos políticos

España cuenta con garantías para hacer frente al populismo. Lo es, en primer lugar, la estructura territorial, que constituye un sistema de frenos y contrapesos orientado a dividir el poder. En nuestro país, la separación horizontal cumple con la misión que le asignaba Hamilton y Madison, esto es, facilita que la mayoría predominante en una de las zonas territoriales obstaculice abusos por parte de la que gobierne en la otra y que pongan en peligro la posición de las personas[13].

También el sistema parlamentario puede actuar como impedimento para el avance y consolidación del populismo, al privar al jefe del ejecutivo de la fuente más efectiva de legitimidad, esto es, de la elección popular y al someterlo al control del parlamento. Además, el líder del ejecutivo, en un sistema monárquico como el nuestro, pierde parte de su autoridad porque no es titular de la jefatura del Estado, magistratura que, de esta forma, escapa de las contiendas partidistas.

Estos y otros factores explican que, en términos generales, nuestro Estado de Derecho no haya experimentado el retroceso que ha sufrido en otros países. Por ahora, nuestra posición en el índice elaborado por el World Justice Project[14] se mantiene en un notable (0.73 sobre 1). Ocupa-

[13] Hamilton, A o Madison, J., *The Federalist Papers*, nº 51,), https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-51-60, visitado 15 septiembre 2023.

[14] WJP Rule of Law index, Spain, https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/2022/Spain/.

mos la posición 23 sobre 140 países, situación que no ha sufrido retrocesos significativos desde 2015. Esto no significa, sin embargo, que no haya problemas.

Más adelante será preciso analizar las principales dificultades que afectan a España. Por ahora, me parece conveniente abrir un paréntesis para hacer referencia a una de las principales causas que pueden explicarlas, esto es, la deriva que han asumido los partidos políticos. Como es conocido, el art. 6 CE no sólo proclama la libertad de dichas fuerzas, sino que, además, establece ciertos límites. Además de imponerles democracia en su estructura interna y funcionamiento, exige que su creación y el ejercicio de sus actividades se desarrolle respetando la Constitución y la ley. No es cuestión de analizar con detalle la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de las exigencias que impone el principio democrático y que descarta que nuestra democracia sea militante[15]. Merece la pena señalar, ahora, que nuestro ordenamiento tampoco establece límites internos a los partidos en lo que se refiere al Estado de Derecho.

Como consecuencia de esta construcción, en nuestro país no es posible impedir, como sin embargo ocurre en la República Federal Alemana, que los partidos defiendan propuestas destinadas a destruir el Estado de Derecho propugnando, por ejemplo, gobiernos arbitrarios. En dicho país, y a diferencia de lo que ocurre en España, el Tribunal Constitucional Federal ha integrado el Estado de Derecho en el orden fundamental democrático libre que menciona el art. 21.2 de la Ley Fundamental y que incluye la vinculación a la ley de todos los poderes públicos, el control de esa vinculación por tribunales independientes y la atribución en exclusiva del uso de la fuerza a órganos estatales vinculados a la ley y sometidos a control judicial[16].

La ausencia de límites a la ideología de los partidos políticos no suscitaba problemas hace unas décadas, cuando todavía estábamos en la tercera ola democratizadora de las que hablaba S. P. Huntington. Sin

---

[15] SSTC 123/1883, 48/2002, 56/1995 y 226/2016, entre muchas otras. Tuve ocasión de analizar esta jurisprudencia en «La indefensión de la Constitución neutral», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 127, 2023, págs. 22-27, https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-127-eneroabril-2023/la-indefension-de-la-constitucion-neutral, visitado 21 diciembre 2023.

[16] Sobre este asunto, Salvador Martínez, M., «La prohibición de partidos políticos en Alemania: la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 2017 sobre el NPD», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº30, julio-diciembre 2018, pág. 13, https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/09_SALVADOR.htm, visitado 20 septiembre 2023.

embargo, y como se señalaba anteriormente, las cosas han cambiado y no cabe excluir la existencia de partidos que no solo pongan en cuestión el principio democrático, sino también los fundamentos del Estado de Derecho.

Hasta hace poco tiempo, casi todos los partidos políticos que concurrían a las elecciones prometían impulsar una reforma de la Constitución. No ha sucedido así en las elecciones generales de 23 de julio de 2023. En esta ocasión, sólo se menciona expresamente, de forma casi consensuada, la modificación del art. 49 de nuestra norma fundamental para eliminar la referencia a los disminuidos físicos o psíquicos. Ahora bien, el Estado de Derecho sale mal parado cuando las propuestas electorales van en contra de lo dispuesto en la norma fundamental sin proponer expresamente su reforma. Así sucede cuando, por ejemplo, se promete «resignificar» ciertos preceptos constitucionales, convocar el referéndum previsto en el art. 92 CE para someter a votación propuestas contrarias a la Constitución o blindar derechos frente a las mayorías parlamentarias sin introducirlos, al tiempo, en el título primero de la norma fundamental.

El primer factor que puede haber incidido en esta deriva es la manera en que los propios partidos han interpretado la exigencia constitucional de democracia interna. También en este asunto es preciso tener muy en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Es cierto que dicho órgano ha subrayado la importancia de esta exigencia, al señalar que «difícilmente pueden los partidos ser cauces de manifestación de la voluntad popular e instrumentos de una participación en la gestión y control del Estado… si sus estructuras y su funcionamiento son autocráticos»[17]. Ahora bien, dicho órgano también ha reconocido que el principio democrático puede ser interpretado de diferentes maneras, por lo que tanto el legislador como los propios partidos gozan de un amplio grado de libertad a la hora de autoorganizarse[18].

La opción más reciente seguida por la mayoría de nuestras formaciones políticas a la hora de diseñar su estructura interna ha sido incrementar los cauces de participación directa en detrimento de las formas representativas tradicionales. Así, se han impuesto las elecciones primarias para elegir al candidato a la presidencia del gobierno y, en algunas oca-

[17] STC 56/1995 y 226/2016.

[18] STC 56/1995. Sobre estos asuntos, recientemente, Fernández Esquer, C., «La democracia interna en los partidos políticos y su medición», en Salvador Martínez, M., (Coord.), *Estudios sobre la función y el estatuto de los partidos políticos*, págs. 175-196, Madrid, 2022.

siones, a quienes se incluyen en las listas electorales[19]. Es frecuente, además, que las cúpulas directivas de los partidos consulten directamente a los afiliados o simpatizantes acerca de asuntos que son especialmente polémicos[20].

Las consecuencias de introducir estas formas de participación directa no han sido los esperados. No tengo datos ciertos sobre este extremo, cuya elaboración son más más propias de la Ciencia Política que del Derecho Constitucional. Ahora bien, cabe formular, aunque sea a título de hipótesis que, lejos de favorecer la democracia interna de los partidos, estas formas de participación han fomentado la concentración de poder en las cúpulas y, sobre todo, en quienes son o aspiran a ser presidentes del gobierno[21]. El abandono de las formas de democracia representativa ha propiciado formas de cesarismo en virtud de las cuales las decisiones que antes se adoptaban en asambleas locales, provinciales o regionales, a través de debates y votaciones que exigían negociaciones y cesiones, ahora sean adoptadas por los máximos responsables del partido. Esta concentración de poder tiene, además, *chilling effect* sobre la libertad de expresión. Quienes se muestran críticos con los planteamientos oficiales corren el riesgo de ser expulsados de sus formaciones o, como poco, quedar marginados y perder la posibilidad de ascender en la organización interna o de figurar en las listas electorales.

Y, volviendo al tema que nos interesa, el recurso a las bases en épocas de descontento puede premiar a las opciones más populistas porque estas, al prometer respuestas fáciles a problemas complejos, son las que pueden resultar más atractivas. En definitiva, los propios partidos, antes

---

[19] Real, A., «De elegir solo al presidente hasta a los representantes locales: así varían las primarias de los partidos políticos» *Newtral*, 1 agosto 2022, https://www.newtral.es/primarias-partidos-politicos-espana/20220801/.

[20] Un buen ejemplo es la consulta llevada a cabo por Podemos el 9 de junio de 2023, antes de formar una alianza electoral con Sumar. Más que una pregunta, se trataba de solicitar la autorización de las bases para que el Consejo de Coordinación de la primera de estas formaciones negociara y acordara la coalición con la segunda. (Morales, E., «Más de 50.000 inscritos de Podemos votan sobre el acuerdo con Sumar: así ha cambiado la participación en las consultas», *Público*, 9 junio 2023, https://www.publico.es/politica/50000-inscritos-votan-acuerdo-sumar-cambiado-participacion-consultas.html. Podemos recurre con frecuencia a este tipo de consultas, dado que ha realizado 25 dese 2015. Quizá la más controvertida fue la impulsada en mayo de 2018 ante la polémica levantada por la adquisición de una vivienda por parte de dos de sus dirigentes.

[21] Acerca de estos riesgos, recientemente, Alguacil González-Aurioles, J. «Democracia interna de los partidos políticos: sentido, razón de ser y proyección en el Derecho Electoral y en el Derecho Parlamentario», en Salvador Martínez, M. (Coord.), *Estudios sobre la función y el estatuto de los partidos políticos*, Madrid, 2022, págs. 158-163.

o después de llegar al poder, pueden reforzar sus propios planteamientos subordinando las exigencias que impone el Estado de Derecho a lo que decida la mayoría de los convocados.

Otro elemento que puede estar degradando el Estado de Derecho es lo que se ha venido denominando «bibloquismo polarizado» y que ha venido a sustituir al bipartidismo que caracterizó a nuestro sistema político desde 1982 hasta 2015. El recrudecimiento del enfrentamiento ideológico puede deberse a un fenómeno de sobrepuja electoral, que impulsa a los partidos más moderados a radicalizar sus propuestas con el objetivo de captar el voto que antes iba destinado a formaciones políticas situadas a su derecha o a su izquierda[22]. También es posible que la polarización sea una consecuencia (más o menos querida) de los gobiernos de coalición, porque marcan la agenda política del ejecutivo y radicalizan el discurso político.

No cabe desconocer los efectos beneficiosos que los acuerdos para gobernar pueden tener para la democracia, porque permiten superar situaciones de bloqueo y de parálisis institucional en caso de que ningún partido haya obtenido la suficiente mayoría parlamentaria. Además, los gobiernos de coalición, al menos en teoría, fomentan la cultura de la negociación y del consenso, elementos necesarios en toda democracia. Ahora bien, nuestra experiencia enseña que, en algunas ocasiones, generan claros inconvenientes, sobre todo cuando el gobierno, y la mayoría parlamentaria que los respalda, no tienen en cuenta las limitaciones que impone el Estado de Derecho. En estas ocasiones se hacen evidentes las consecuencias más nocivas de la polarización, como son generar excesivas expectativas sobre lo que está en juego en las elecciones, obstaculizar la adopción de acuerdos e incrementar la desconfianza y el conflicto entre las alternativas políticas[23].

Y nuestro país no es ajeno a estos riesgos, ya que la incapacidad de las fuerzas políticas a la hora de llegar a un pacto ha provocado frecuentes y prolongados retrasos en la renovación de órganos constitucionales[24]. Como mero ejemplo de esta situación de bloqueo baste con recor-

---

[22] Casal Bértoa, F.; Rama Caamaño, J., «Sartori, fragmentación y polarización política», *Agenda Pública*, 17 marzo 2019, https://agendapublica.elpais.com/noticia/14362/sartori-fragmentacion-polarizacion-politica.

[23] Singer, M., «Elite polarization and the electoral impact of left-right placements. Evidence from Latin America», 1995-2009, *Latin American Research Review*, vol. 51 no. 2, 2016, pág. 176.

[24] Sobre estos problemas, Baamonde Gómez, L., «La nominación parlamentaria de autoridades del Estado. El bloqueo, el veto y la «cesta institucional», *Revista de Derecho Político*, nº 113, 2022, págs.71-93.

dar que el Consejo General del Poder Judicial estuvo más de cinco años en funciones.

V. Algunos de nuestros problemas

V.1. Estado de Derecho y referéndum

La primera distorsión puede estar relacionada con las críticas a la representación y con las demandas de mayor participación ciudadana que se generalizaron tras el estallido de la crisis económica de 2008.

Es posible que, en el Estado liberal, la representación obedeciera a una concepción elitista del poder público, marcada por la desconfianza hacia la mayor parte del pueblo, a cuyos integrantes no se les reconocía capacidad suficiente para tomar decisiones que vincularan a todos. Pero no parece que se pueda formular este reproche a las democracias contemporáneas, que se fundamentan en la soberanía popular y en el sufragio universal. En sentido opuesto, la experiencia histórica demuestra que la única forma de democracia posible es la representativa[25].

Cuando los que se reivindican son nuevas formas de democracia deliberativa, no parece que la relación entre Estado de Derecho y democracia corra peligro. Este es el caso, por ejemplo, de los cauces abiertos en ayuntamientos y asambleas legislativas de algunas comunidades autónomas para que los ciudadanos presenten enmiendas al articulado a las iniciativas legislativas, formulen preguntas al ejecutivo o acudan a audiencias abiertos durante el procedimiento legislativo[26]. Estas formas de participación no son demasiado distintas de las instituciones participativas que se introdujeron en las constituciones en el periodo de entreguerras[27], ya que permiten que los poderes públicos tengan en cuenta un abanico más amplio de informaciones y de ideas. Además, no ponen en cuestión que la decisión final corresponda a las instituciones representa-

---

[25] Por ejemplo, para Aragón Reyes, M., la única forma de democracia posible es la parlamentaria. «Democracia y Parlamento*», Revista catalana de dret públic*, núm. 37, 2008, p. 129-155, http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/issue/view/138, visitado 20 septiembre 2023.

[26] Para un análisis detallado de estas medidas me remito a García-Escudero, P., «Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional,* n.º 36, 2015, pp. 171-216.

[27] Pizzorusso, A. «Democrazia partecipativa e attività parlamentare», en *Parlamento, Istituzioni, Democrazia,* AAVV, Milán, 1980, pp. 133 y sig.

tivas ni que el acto final esté sujeto a las formas de control que exige en Estado de Derecho.

Otra cosa es lo que sucede con el referéndum, sobre todo cuando este no es normativo, sino que es convocado por el ejecutivo para someter a votación decisiones políticas de especial transcendencia. Esta institución suscita problemas de hondo calado. Recordemos que, como cualquier tipo de referéndum, es binario, porque obliga a los ciudadanos a decidir, con un sí o con un no, asuntos que merecerían una respuesta más matizada. Acudir a la decisión popular impide, además, que se generen los procesos de negociación y cesión que, sin embargo, caracterizan a los órganos de naturaleza representativa. Pero la principal limitación de esta forma de democracia directa radica en que es muy difícil, si no imposible, articularla con los elementos estructurales del Estado Constitucional.

Es cierto que el referéndum acentúa el protagonismo de la soberanía popular, pero lo hace a costa de otros factores clave como como son la división de poderes, el respeto a los derechos de la minoría y, sobre todo, el Estado de Derecho. En cualquier sistema democrático el pueblo, tanto cuando actúa como poder constituyente como cuando interviene como poder constituido representa la fuerza más poderosa, por lo que resulta muy difícil establecer límites a lo que pueda decidir. Esta es una realidad bien conocida por los líderes populistas quienes, como se señalaba al principio de estas páginas, pueden vulnerar lo establecido en la Constitución o provocar cambios antidemocráticos mediante plebiscitos que ponen en cuestión derechos básicos de las minorías[28] o que desdicen la división de poderes[29].

En ocasiones como las que se acaban de mencionar, no sólo sufren estos valores, sino también el Estado de Derecho porque resulta sumamente improbable verificar la sujeción de la decisión popular a Derecho. Buena prueba de ello es que hay quienes sostienen (y esta polémica no es completamente ajena a nuestro país) que una decisión aprobada por el pueblo no puede estar sometida a ningún tipo de control, ni siquiera al que corresponde al Tribunal Constitucional[30]. El referéndum convocado

---

[28] Sirva como ejemplo el plebiscito que se celebró en Hungría el 2 de octubre de 2016 para que el pueblo aprobara, o rechazara (como finalmente ocurrió) el plan establecido por la Unión Europea sobre acogimiento de refugiados.

[29] Sobre este asunto, por ejemplo, Serrafero, M. D, Eberhardt, M. L., «Referéndums en Europa y América Latina. Casos controvertidos», *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata*, 2021, n.º 51, págs. 703-726, https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/11069, visitado 1 octubre 2023.

[30] Por ejemplo, y como es conocido, el Consejo Constitucional francés se ha declarado incompetente para verificar la constitucionalidad de los referéndums, argumentando precisa-

en Cataluña el 1 de octubre de 2017 puso de manifiesto estos riesgos, porque tuvo lugar a pesar de realizarse en contra de lo previamente dispuesto por el Tribunal Constitucional[31].

Como antes se señalaba, los problemas no desaparecerían si se activara el referéndum previsto en el art. 92 CE para someter a votación decisiones que son manifiestamente contrarias a lo dispuesto en la norma fundamental. Este sería el caso, por ejemplo, de la propuesta realizada por fuerzas independentistas acerca de la autodeterminación de Cataluña, pero también de las propugnadas por otra fuerza de signo distinto acerca de la supresión del Estado de las Autonomías o de la ilegalización de determinados partidos.

La activación de estos plebiscitos agravaría las tensiones entre representantes y representados y subrayaría todavía más el predominio del ejecutivo sobre el resto de los poderes, ya de por sí muy acusado. En efecto, los procedimientos de reforma constitucional están tasados en nuestro ordenamiento jurídico. Es cierto que, tanto el art. 167 como el art. 168 CE prevén la participación popular, pero una vez que las Cortes Generales hayan concretado los términos del debate. En caso contrario, la libertad del órgano que representa a todo el pueblo en su conjunto estaría sumamente condicionada por el resultado de un referéndum convocado por el ejecutivo, aunque sea con autorización de Congreso de los Diputados. Pero, además, no conviene olvidar que, como antes se señalaba, la utilización cesarista del referéndum ha sido una de las primeras armas utilizadas por los líderes populistas para afianzar su propio poder.

V.2. Estado de Derecho, gobierno y parlamento

Aunque, como hemos visto, hay otras tensiones entre democracia y Derecho, también adquieren importancia las que afectan a la relación entre el gobierno y el parlamento, porque este el escenario natural del principio democrático.

---

mente que las leyes aprobadas por el pueblo constituyen expresión directa de la soberanía nacional. (Decisiones n. º 62-20 DC, de 6 de noviembre y n. º 93-313 DC de 13 de septiembre de 1992). Para el caso de España, por ejemplo, Pérez Royo, J., «El Tribunal Constitucional y la autonomía de Catalunya: crónica de un disparate», *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho (Universidad de Sevilla*, n. º 15, 2017, págs. 177-203.

[31] En la STC 114/2017 dicho órgano había declarado inconstitucional la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2017, de 6 de septiembre, denominada «del referéndum de autodeterminación».

Desde sus más remotos orígenes, el Estado de Derecho ha tenido como finalidad defender el principio representativo. Esta es la finalidad de la primacía de la ley que, desde el Bill de Derechos de 1689, se propone acabar con la arbitrariedad del poder ejecutivo, entonces en manos del monarca, sometiéndolo a la ley elaborada por el parlamento. Y es, también, la justificación de la reserva de ley, porque sólo una asamblea representativa, elegida y compuesta por ciudadanos, puede regular las relaciones de estos con el poder sin amenazar a la libertad de las personas. En garantía de ambos principios, el de legalidad está destinado a verificar la sumisión del gobierno y de la administración a la ley, sometiéndolos a control jurisdiccional.

La instauración del parlamentarismo racionalizado ha matizado estas formas de asegurar la representación, porque ha privado al parlamento de su monopolio en la elaboración de las leyes, atribuyendo al gobierno amplias funciones normativas. No parece que, en la actualidad, el ejercicio de la potestad reglamentaria genere más o distintos problemas de los que siempre ha planteado. En todo caso, las nuevas dificultades, de existir, estarían menos conectadas con el principio democrático, por lo que conviene dejarlas de lado. Distinto es el caso de la potestad del gobierno de dictar normas con fuerza de ley y, más en concreto, decretos-leyes, ya que la legislación delegada, además de ser menos frecuente, presupone la intervención parlamentaria.

El excesivo uso de los decretos-leyes en comparación con las leyes dictadas por las cámaras es un problema tan denunciado que ya no es un asunto reservado a los especialistas, sino divulgado por los medios de comunicación[32]. Según los datos extraídos de la página web del Congreso de los Diputados, durante la XIV legislatura (desde el 3 de diciembre de 2019 al 30 de mayo de 2023, es decir, en un periodo que abarca sólo 30 meses) se han batido todos los récords con la aprobación de 96 decretos-leyes. Es cierto que, en ese lapso de tiempo, hemos vivido una pandemia y una grave inflación derivada de la invasión de Ucrania. Pero también es verdad que, aun así, el numero parece muy elevado, sobre todo si lo comparamos con las 117 leyes (orgánicas y ordinarias) que se dictaron en el mismo periodo[33].

No es esta la ocasión de analizar los problemas que entrañan los límites materiales a los decretos-leyes, la correcta interpretación de la ex-

[32] Por ejemplo, Martialay, Á., «Sánchez bate récords y se convierte en el presidente que más usa el decreto-ley de la democracia», *El Mundo*, 3 abril 2021.

[33] Senado, Leyes aprobadas. XIV Legislatura (03/12/2019-30/05/2023). https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/actualidad/leyes/aprobadas/index.html.

traordinaria y urgente necesidad que justifican su dictado o la abundantísima, pero polémica, jurisprudencia constitucional acerca de estos temas[34]. Sin embargo, conviene dedicar alguna atención a otros asuntos que afectan a la tramitación parlamentaria de dichas normas, porque están íntimamente conectados con el principio democrático.

El primero de ellos deriva de la regulación contenida en el art. 151.2 del Reglamento de del Congreso de los Diputados. Este precepto somete el debate de convalidación de los decretos-leyes a las mismas reglas que rigen para los debates a la totalidad. Con esta disposición, se impide la presentación de enmiendas por parte de los miembros de las Cámaras, por lo que la discusión sobre el decreto-ley queda reducido a una mera ratificación[35].

Es verdad que buen número de los decretos-leyes se tramitan posteriormente como ley. Ahora bien, aquí surge el segundo problema porque, en virtud de las prórrogas al plazo de presentación de enmiendas, la mayor parte de los proyectos de ley que tienen su origen en decretos-leyes convalidados no terminan siendo aprobados, sino que caducan con el fin de la legislatura[36].

Estos resultados no parecen muy conformes con las exigencias que impone el Estado de Derecho y que se mencionaban al inicio de este epígrafe. No es sólo que la ley, única norma del ordenamiento elaborada por un órgano que representa directamente a los ciudadanos, pierda centralidad con respecto a unas disposiciones del ejecutivo que deberían tener carácter extraordinario; es, también, que el Congreso de los Diputados poco puede decir sobre ellas y que dicha cámara, junto al Senado, a veces no son capaces de modificar lo dispuesto previamente por el gobierno. Con ello, unas normas que deberían obedecen a situaciones de urgencia, pasan a incorporarse definitivamente a nuestro ordenamiento, a pesar de que la situación de urgencia haya decaído.

Además de las exigencias que se acaban de mencionar, el Estado de Derecho impone otros requisitos que, aunque son también un límite al

---

[34] Resumida recientemente en el FJ 2 de la STC 18/2023.

[35] Gómez Lugo, Y., «Decreto Ley versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad,* n.º 4, 2013, pág. 111, https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2097/1073, visitado 20 noviembre 2023. También Carmona Contreras, A., «El decreto-ley en tiempos de crisis», *Revista catalana de dret públic*, n.º 47, 2013, pág. 17, https://www.raco.cat/index.php/RCDP/article/download/271142/358773, visitado 22 noviembre 2023.

[36] Gómez Lugo, Y., «Efectos de la fragmentación del Congreso en la función legislativa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 126, 2022, pág. 169.

poder, vinculan especialmente al legislativo, como son la seguridad jurídica y la irretroactividad de las leyes penales o restrictivas de derechos. El primero de ellos debe ser, además, entendido de manera amplia, tal y como ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este órgano ha señalado que la seguridad jurídica exige, de un lado, «que las normas de Derecho sean claras y precisas»; de otro, «que su aplicación sea previsible para los justiciables, en especial cuando puedan tener consecuencias desfavorables»[37].

Habría mucho que decir acerca de estos requisitos en nuestro ordenamiento, porque no estaría de más devolver a la ley la dignidad perdida, estableciendo condicionamientos materiales como son la coherencia interna, la precisión y la concisión. Además, sería conveniente acabar con la legislación motorizada y las leyes cuyo contenido se reduce a meros actos administrativos[38]. Ahora bien, hay otra exigencia del Estado de Derecho que conecta con los temas que deben tratar estas páginas y que consiste en que, como antes se mencionaba, las leyes sean aprobadas mediante un procedimiento legislativo transparente, democrático y sujeto a rendición de cuentas.

No está claro cómo este requisito ha llegado a los estándares europeos acerca del Estado de Derecho, porque ni la Comisión de Venecia ni la Comisión Europea ni el Tribunal de Justicia aclaran el asunto, al menos según la información de la que dispongo. Lo cierto es que estos requerimientos no son ajenos a nuestro ordenamiento, sino que, en líneas generales, coinciden con las exigencias que el principio democrático impone a la ley para que esta pueda ser una norma que exprese integración política[39] y que consisten en que esta refleje la voluntad de la mayoría del parlamento siempre que durante su formación se haya garantizado la participación de la minoría y en un procedimiento público.

No cabe ocultar que, a la hora de verificar en qué medida se cumplen estos requisitos en nuestras cámaras, hay datos preocupantes, no sólo en el parlamento nacional sino también en los autonómicos. Sólo por poner unos ejemplos, merece la pena recordar, en primer lugar, el frecuente uso de dos especialidades procedimentales que deberían considerarse excep-

---

[37] STJUE C504/19 de 29 de abril de 2021, Banco de Portugal y otros, ap. 51; STJUE C-156/21 de 16 de febrero de 2022, Hungría contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, ap. 223.

[38] Acerca de estas exigencias, Fuertes, M., «Once tesis y una prematica para restablecer la dignidad de la ley», *Revista de Administración Pública*, nº177, 20008, págs. 119-155.

[39] Tuve ocasión de analizar con detalle este asunto en Biglino Campos, P., *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid, 1991, págs. 68-73.

cionales, como son la declaración de urgencia[40] y el procedimiento de lectura única[41]. La primera tiene carácter restrictivo porque reduce los plazos a la mitad, lo que perjudica especialmente a los parlamentarios de la oposición. Pero quizá sea todavía más nocivo el segundo, ya que no sólo reduce el derecho de enmienda al articulado, sino que el texto de la ley sólo se discute siguiendo las normas establecidas para los debates de totalidad.

La doctrina más autorizada ha rechazado que este procedimiento pueda utilizarse para textos legislativos de cierta complejidad[42]. De no ser así, se pueden limitar los derechos de las minorías, no sólo porque se restringe su facultad de proponer modificaciones a la ley, sino también la posibilidad de exponer sus críticas y alternativas ante la opinión pública[43].

A pesar de estos reparos, las especialidades procedimentales que se acaban de mencionar se han utilizado con gran frecuencia en nuestro ordenamiento. Baste con recordar que, en efecto, se usaron para normas de tanto calado como fueron la reforma del art. 135 de la Constitución[44], del Código Penal en delitos de terrorismo[45] o de la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional[46]. Este último órgano siempre ha sido tolerante con estas especialidades procedimentales que benefician a la mayoría de las Cámaras en detrimento de las minorías[47], aunque

---

[40] Que reduce a la mitad los plazos ordinarios de tramitación en el Congreso (arts. 93 y 94 Reglamento del Congreso de los Diputados) y a un máximo de 20 días naturales en el Senado (art. 133 Reglamento del Senado

[41] Art. 150 Reglamento del Congreso, art. 129 Reglamento del Senado.

[42] Por ejemplo, Rubio Llorente, F., «El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 16, 1986, pág. 95, https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/24782redc016098.pdf., visitado 20 diciembre 2023

[43] Gómez Lugo, Y., «La tramitación legislativa en lectura única» *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2007, pág. 16, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/470_es.pdf, visitado 10 diciembre 2023.

[44] Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011.

[45] Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. Sobre este asunto, García Rocha, Mª. P., «Diez claves para la correcta articulación del procedimiento legislativo en lectura única», *Revista de las Cortes Generales,* n.º 108, 2020, págs. 179, https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/1485, visitado 24 noviembre 2023.

46 Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho.

[47] Por ejemplo, y sobre la tramitación parlamentaria de la Ley citada en la nota anterior, SSTC 185/2016 y 215/2016. También resulta de interés la Opinión de la Comisión de Venecia

esta interpretación haya costado críticas por parte de las instituciones europeas[48].

También la manera en que se han canalizado las iniciativas gubernamentales en el seno del Parlamento ha generado problemas. En efecto, en nuestro ordenamiento, la redacción de los anteproyectos de ley está regulada de forma muy garantista, dado que se exigen trámites complejos como son someterlos a consulta pública, acompañarlos de una detallada memoria del análisis del impacto normativo[49] y, en determinados casos, completarlos con los informes previos de otras instituciones que, a veces, tienen carácter preceptivo, como ocurre con los recogidos en el art. 561. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial o en el art. 21 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado. Pues bien, en determinadas ocasiones y para evitar todos estos requisitos, el gobierno se ha servido de su grupo parlamentario para canalizar sus iniciativas como proposiciones de ley, ya que estas no están sometidas a tan gravosa preparación[50].

Quizá el supuesto que tuvo más repercusión pública fue la presentación de una iniciativa legislativa por el grupo parlamentario socialista para restituir al Consejo General del Poder judicial la facultad constitucional de proponer magistrados del Tribunal Constitucional[51]. La proposición no fue bien recibida por dicho Consejo que, en sesión extraordinaria, acordó solicitar al Congreso de los Diputados no sólo que le requiriera su informe sino que también recabase la opinión de la Comisión de Venecia[52].

Es cierto que, en nuestro sistema jurídico, la tramitación parlamentaria de los proyectos de ley no es la misma que la establecida para las proposiciones. Ahora bien, no parece que la forma de operar seguida por el ejecu-

---

sobre la misma norma, esto es, la *Opinion on the Law of 16 October 2015 amending the Organic Law* nº 2/1979 *on the Constitutional Court,* CDL-AD (2017) 003, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)003-e.

[48] Por ejemplo, Informe sobre el Estado de Derecho en 2023…cit, págs. 30-31 y la opinión de la Comisión de Venecia citada en nota precedente.

[49] Art. 26 Ley 50/1997, del gobierno; art 133 Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

[50] Gómez Lugo, Y., «Efectos de la fragmentación del Congreso en la función legislativa» cit, pág. 163.

[51] Proposición de Ley Orgánica de modificación del artículo 570 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 1 de julio 2022, https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-261-1.PDF#page=1.

[52] «El CGPJ acuerda pedir al Congreso de los Diputados que le solicite informe sobre la proposición de ley de reforma de la LOPJ», 11 de julio 2022, https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-acuerda-pedir-al-Congreso-de-los-Diputados-que-le-solicite-informe-sobre-la-proposicion-de-ley-de-reforma-de-la-LOPJ-.

tivo haya sido la adecuada. Es cierto que, en esta ocasión, existían razones que justificaban la urgencia, porque se trataba de renovar un órgano constitucional. Pero no parece que obviar la consulta a los ciudadanos y privar a los miembros de la Cámara y a la opinión pública del parecer de los órganos afectados por las normas constituya una forma de proceder que satisfaga las exigencias procedimentales impuestas por el Estado de Derecho.

El último problema al que quiero hacer referencia ha tenido una gran repercusión pública y estuvo a punto de provocar una grave crisis constitucional. Recordemos que el origen del conflicto se sitúa en la presentación de dos enmiendas al texto de una Ley Orgánica que, según reza su título, transponía directivas europeas y reformaba la legislación penal sobre delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas. Las enmiendas no tenían ninguna relación con este contenido. En efecto, la primera de ellas modificaba la Ley Orgánica del Poder Judicial en un aspecto muy sustancial, como era disminuir la mayoría necesaria para que el pleno del Consejo realizara la propuesta de nombramientos de los dos magistrados del Tribunal Constitucional que le corresponde. La segunda modificaba la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, con el objetivo de independizar las propuestas de nombramiento que corresponden al gobierno de las que corresponden a dicho Consej. Además, suprimía la competencia del pleno del Tribunal Constitucional para verificar la idoneidad de los nombramientos de los magistrados propuestos para dicho órgano.

Ambas enmiendas eran muy polémicas, porque pretendían acabar con el bloqueo en la renovación de ambos órganos constitucionales que, según las fuerzas políticas en el gobierno, obedecía a una actitud obstruccionista de los partidos en la oposición. A pesar de este profundo y crispado desacuerdo, la Mesa de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados aceptó la incorporación de las enmiendas al texto de la ley. Esta decisión también resultaba polémica porque, en una reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional había sostenido que debe existir conexión material entre las enmiendas y el texto de la ley que se está tramitando[53]. Todavía más polémica fue la decisión del Tribunal Constitucional de suspender la tramitación de las dos enmiendas, sobre todo porque lo hizo a través de un auto dictado como consecuencia de la interposición de un recurso de amparo[54].

[53] Por ejemplo, en las SSTC 115/2019 y 172/2020 y, más recientemente, STC 49/2023, FJ 11.

[54] Auto TC 177/2022.

Habría mucho que decir sobre esta decisión del Tribunal, que plantea numerosos interrogantes acerca del contenido del derecho de participación política o de los efectos que pueden tener autos dictados en amparo sobre el procedimiento de elaboración de la ley. Pero estos temas, a pesar de su interés, escapan a los objetivos de estas páginas. Conviene sólo resaltar que, como antes se señalaba, la coherencia interna de las leyes es una exigencia del Estado de Derecho, destinada a garantizar la seguridad jurídica. Ahora bien, quizás sería de agradecer que el Tribunal Constitucional mantuviera el mismo criterio cuando le llegan recursos en los que se cuestiona la constitucionalidad de la ley por infracciones procedimentales. Nuestro máximo Tribunal es realmente activo cuando se trata de defender los derechos de los miembros de las cámaras, especialmente de las minorías, a través del recurso de amparo. Sin embargo, no parece que siga la misma orientación cuando se trata de velar por la correcta elaboración de la ley, al menos cuando esta es emanación de la voluntad de las Cortes Generales y no de una asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma. Quizás la nueva definición de Estado de Derecho formulada por las instituciones europeas que, como hemos visto, incluye exigencias al procedimiento legislativo, pueda servirle de estímulo.

VI. Conclusión

Quizás haya más problemas de los que se han enumerado en las páginas precedentes, relacionados, por ejemplo, con el control político. No deja de ser paradójico que la mayor parte de las comisiones de investigación creadas en las últimas legislaturas sean instrumentos en manos de la mayoría para fiscalizar a la oposición. Mas preocupante es, aun, que se creen otras destinadas a indagar posibles casos de *lawfare* en la justicia[55], porque este tipo de actuaciones ponen en peligro uno de los baluartes del Estado de Derecho, como es la independencia judicial. Pero quizá baste con los ejemplos recogidos en páginas anteriores porque, para muestra, bien vale un botón.

Para concluir, es posible dar a una respuesta al interrogante que se ha plateado en estas páginas y reconocer que, si no hay crisis, existen ten-

[55] Casquerio, J., «El Congreso aprueba las comisiones del «lawfare» que el PSOE pactó sobre Cataluña», *El País*, 12 diciembre 2023, https://elpais.com/espana/2023-12-12/el-congreso-aprueba-las-comisiones-del-lawfare-que-el-psoe-pacto-sobre-cataluna.html, visitado 20 diciembre 2023.

siones acusada entre el Estado de Derecho y la forma en que operan nuestras instituciones democráticas. Estas fricciones no son tan graves como las que ocurren en otros países de nuestro entorno, pero su existencia aconseja reflexionar acerca de ellas con vistas a superarlas.

Antes se han analizado algunas de las causas que han generado la quiebra. Ahora conviene añadir que las tensiones responden, también, a un cierto descreimiento de algunos principios que ha llevado siglos construir pero que, para algunos, son poco modernos. La manera de superar la tensión es recuperar dichas ideas. Quizá la democracia y el Estado de Derecho tengan que adaptarse a fenómenos tales como las tecnologías de la información y de la comunicación, las demandas de más y mejor participación o los avances de la inteligencia artificial. Pero no cabe olvidar que la representación política es la mejor garantía del pluralismo, que la mayoría no lo puede todo y que todos los poderes, incluido el popular, están sometidos a la Constitución y a la ley.

Bibliografía

Alguacil González-Aurioles, J., «Democracia interna de los partidos políticos: sentido, razón de ser y proyección en el Derecho Electoral y en el Derecho Parlamentario», en Salvador Martínez, M. (Coord.), *Estudios sobre la función y el estatuto de los partidos políticos*, Madrid, 2022, págs. 145-174.

Aragón Reyes, M., «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 19, 1987, págs. 15-52.

Aragón Reyes, M., «Democracia y Parlamento», *Revista catalana de dret públic*, núm. 37, 2008, p. 129-155, http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/issue/view/138, visitado 20 septiembre 2023.

Baamonde Gómez, L., «La nominación parlamentaria de autoridades del Estado. El bloqueo, el veto y la "cesta institucional", *Revista de Derecho Político*, n.º 113, 2022, págs.71-93.

Biglino Campos, P., *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid, 1991.

Biglino Campos, P., «Democracy and Rule of Law: Two Sides of the Same Coin», J. Cremades, C. Hermida (eds.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Springer Nature Switzerland AG 2022, pág. 2, https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_154-1, vistado 1 septiembre 2023.

BIGLINO CAMPOS, P., «La indefensión de la Constitución neutral», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 127, 2023, págs. 15-48, https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-127-eneroabril-2023/la-indefension-de-la-constitucion-neutral, visitado 21 diciembre 2023.

CARMONA CONTRERAS, A., «El decreto-ley en tiempos de crisis», *Revista catalana de dret públic,* n.º 47, 2013, pág. 17, https://www.raco.cat/index.php/RCDP/article/download/271142/358773, visitado 22 noviembre 2023.

FERNÁNDEZ ESQUER, C., «La democracia interna en los partidos políticos y su medición», en SALVADOR MARTÍNEZ, M. (Coord.) *Estudios sobre la función y el estatuto de los partidos políticos*, págs. 175-196, Madrid, 2022.

FUERTES, M., «Once tesis y una prematica para restablecer la dignidad de la ley», *Revista de Administración Pública*, nº 177, 2008, págs. 119-155.

GÓMEZ LUGO, Y., «La tramitación legislativa en lectura única» *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2007, págs. 2-12, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/470_es.pdf, visitado 10 diciembre 2023.

—, «Decreto Ley versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia», *Eunomía*. *Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 4, 2013, pág. 102-117, https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2097/1073, visitado 20 noviembre 2023.

—, «Efectos de la fragmentación del Congreso en la función legislativa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 126, 2022, págs. 155- 187, https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-126-septiembre-diciembre-2022/efectos-de-la-fragmentacion-del-congreso-en-la-funcion-legislativa, visitado 1 diciembre 2023.

GARCÍA-ESCUDERO, P., «Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 36, 2015, pp. 171-216.

GARCÍA ROCHA, Mª P., «Diez claves para la correcta articulación del procedimiento legislativo en lectura única», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 108, 2020, págs. 177-222, https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/1485, visitado 24 noviembre 2023.

GRIMM, D., «Majority Rule, Democracy and Populism: Theoretical Considerations», en AMATO, G., BARBISAN, B., PINELLI, C., Ed. *Rule of Law vs Majoritarian Democracy*, Gran Bretaña, 2023, págs. 189-198.

HAMILTON, A. O MADISON, J., *The Federalist Papers*, nº 51, https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-51-60, visitado 15 septiembre 2023.

HESSEL, S., *Indignaos*, Barcelona, 2011.

SINGER, M., «Elite polarization and the electoral impact of left-right placements. Evidence from Latin America», 1995-2009, *Latin American Research Review*, vol. 51 nº. 2, 2016, págs. 174-194.

PÉREZ ROYO, J., «El Tribunal Constitucional y la autonomía de Cataluña: crónica de un disparate», *Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho (Universidad de Sevilla*, n. º 15, 2017, págs. 177-203.

RUBIO LLORENTE, F., «Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho», REQUEJO PAGÉS, J.L. (coord.), *La rebelión de las leyes. Demos y nomos; la agonía de la justicia constitucional, Fundamentos* n.º 4, Junta General del Principado de Asturias, 2006.

RUBIO LLORENTE, F., «El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 16, 1986, págs. 83-113, https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/24782redc016098.pdf., visitado 20 diciembre 2023, págs. 83-113.

SALVADOR MARTÍNEZ, M., «La prohibición de partidos políticos en Alemania: la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 2017 sobre el NPD», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº30, julio-diciembre 2018, pág. 13, https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/09_SALVADOR.htm, visitado 20 septiembre 2023.

SERRAFERO, M. D, EBERHARDT, M. L., «Referéndums en Europa y América Latina. Casos controvertidos», *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata*, 2021, n.º 51, págs. 703-726, https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/11069, visitado 1 octubre 2023.

PIZZORUSSO, A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Vol. I, Madrid, 1984.

WEBER, M., *Economy and Society*, (Ed. Roth, G., Wittich, C), University of California Press, 1968, pág. 19-22.

B

Estado Derecho e instituciones democráticas en el actual contexto sociopolítico. El poder judicial y el Tribunal Constitucional

Pablo Lucas Murillo de la Cueva

Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho Constitucional

SUMARIO

1. Sobre el objeto de las jornadas y el contexto en que se celebran
2. El bloqueo de la renovación del Consejo General del Poder Judicial y las reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial
3. La suspensión cautelar del procedimiento legislativo por el Tribunal Constitucional
4. El Consejo General del Poder Judicial en funciones
5. El colofón de la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 128/2023, de 2 de octubre de 2023
6. Las consecuencias

Post Scriptum

1. Sobre el objeto de las jornadas y el contexto en que se celebran

Los organizadores de estas jornadas han elegido un tema actual e importante sobre el que debatir. No es extraño preguntarse por la crisis institucional o, si se prefiere, por la crisis del ordenamiento constitucional por el que nos venimos rigiendo desde 1978.

Buena muestra de ello es que los dos últimos congresos de la Asociación de Constitucionalistas de España se han dedicado a cuestiones parecidas sino son las mismas. Así el de 2022 se preguntó si las medidas para atajar la pandemia del Covid-19 habían desnaturalizado el Estado de Derecho. Y el de este año tuvo por objeto los retos del Estado de Derecho en el siglo XXI. Las respuestas dadas por los ponentes en el primero pusieron de manifiesto disfunciones e insuficiencias pero concluyeron que, a pesar de todo, «la nave va», en palabras finales de la profesora Carmona Contreras. Y, en el segundo, que tuvo especialmente en cuenta la amenaza populista e iliberal, se subrayaron nuevamente los problemas y dificultades y el profesor López Guerra apeló al genio constitucional de cada país para superar las tensiones. No son muestras aisladas ni limitadas exclusivamente al ámbito académico de los constitucionalistas[1].

En el constitucionalismo de nuestros días Estado de Derecho y democracia son conceptos que se reclaman recíprocamente. No pueden existir el uno sin el otro. No cabe un Estado de Derecho que no sea democrático ni una democracia que no se ajuste al Estado de Derecho.

[1] Otro ejemplo de la preocupación por el Estado de Derecho la encontramos en el VI Congreso Internacional promovido por Seminario Italo-Spagnolo de Derecho Constitucional celebrado en la Facultad de Derecho de Granada del 5 a 7 de octubre de 2022 bajo el título «La supervivencia y adaptación del constitucionalismo».

Por democracia entendemos la representativa, que descansa en el sufragio universal, libre, igual directo y secreto y en el pluralismo de partidos políticos. Y por Estado de Derecho me gusta recordar los rasgos con los que antes de que existiera en España lo identificó Pablo Lucas Verdú en 1955[2] y, luego, difundió Elías Díaz en 1966: imperio de la ley, entendida como expresión de la representación popular, separación de poderes, legalidad de la Administración y garantía de los derechos fundamentales. Estado de Derecho que, desde 1945, no puede sino ser, además de democrático también social, como en síntesis afortunada lo afirma el artículo 1 de la Constitución. Porque, importa recordarlo, es la Constitución, la obra del poder constituyente, la que le da la forma y el contenido.

Por tanto, el de Constitución es otro concepto indisociable del Estado social de Derecho y de la democracia.

Así, pues, si hay motivos para preguntarse por la crisis de las instituciones democráticas, la preocupación debe extenderse al Estado social y democrático de Derecho y al ordenamiento constitucional.

Y ciertamente, los hay, tal como lo confirma la iniciativa de la Unión Europea —cuyos tratados fundacionales lo asumen como elemento esencial e irrenunciable— encaminada a asegurar el Estado de Derecho y a profundizar en su desarrollo. Línea de actuación que tuvo su origen en desviaciones del mismo habidas en Polonia y Hungría, que han dado lugar a reacciones de las instituciones europeas encaminadas a impedirlas y revertirlas, pero que se proyecta sobre el conjunto de los Estados miembros, a todos los cuales se les exige mantenerlo en su integridad y hacer las correcciones necesarias al efecto. Y es que en todos está presente el riesgo de involución porque, en mayor o menor medida, en todos hay niveles significativos de fragmentación y polarización política y de malestar social. Son parte de las consecuencias de la crisis económica de 2008 que la pandemia y la guerra de Ucrania no han permitido superar.

A este trasfondo europeo, debemos añadir los elementos peculiares de España. El paso de un sistema de partidos tendencialmente bipolar a otro pluripartidista en el que la elevada polarización impide los grandes acuerdos entre las fuerzas políticas con mayor representación en todo el país y confiere a formaciones nacionalistas, con presencia en ámbitos territoriales limitados, un peso decisivo a la hora de formar Gobierno. Y,

[2] Lucas Verdú, P., *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*. Acta Salmanticensia. Universidad de Salamanca, 1955. Díaz, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Editorial Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966.

naturalmente, nada ha vuelto a ser como antes tras la frustrada secesión de Cataluña, acordada de forma inconstitucional por instituciones autonómicas que traen su causa de la Constitución y respondida con resoluciones del Tribunal Constitucional, con la aplicación del artículo 155 de la Constitución, con la intervención por el Estado de la Generalidad de Cataluña durante ocho meses y con la aplicación del Código Penal.

De otro lado, contribuyen a completar el contexto en el que nos encontramos unos fenómenos singulares y aparentemente contradictorios. De un lado, asistimos a una relativización de la fuerza normativa de las disposiciones jurídicas, en especial, de las correspondientes a las formas y a los procedimientos. La observancia del elemental principio de proporcionalidad, la consideración de que lo importante es el contenido y una cierta percepción de la inexistencia de amenazas o peligros cuya prevención exija un mayor cuidado con las formalidades pueden explicar ese menor apego al Derecho.

Ahora bien, esa tendencia en ocasiones es sustituida por la contraria y entonces nos encontramos con la exacerbación del rigor en la aplicación de las leyes en todas y cada una de sus determinaciones. La primera actitud está más extendida y es permanente. La segunda se proyecta desde sectores determinados, a veces muy amplios, y es episódica y selectiva. Ambas están condicionadas por las circunstancias que caracterizan la convivencia a estas alturas del siglo XXI y en buena medida responden a impulsos que se proyectan desde los medios y desde las redes sociales. Es decir, obedecen a las pautas de comunicación y de relación que están trayendo consigo las innovaciones tecnológicas.

Cuando se pretende, como es mi caso, responder a la pregunta de si está o no en crisis el modelo de nuestra convivencia política, es menester ser consciente de todo ello.

Una última observación he de hacer antes de entrar en materia. Aunque trataré de ajustar mi exposición a las pautas propias del trabajo académico, es evidente que desde hace años ejerzo la jurisdicción en la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Por tanto, podrá decírseme que mi exposición es parcial.

Nada hay que impida a un magistrado, ni siquiera del Tribunal Supremo, ocuparse de cuestiones constitucionales en un foro como éste, que me parece esencialmente académico. Pero para reducir en todo lo posible ese reproche de parcialidad o subjetivismo, procuraré situarme en la posición del observador y desde ella daré cuenta de lo que ha sucedido. Cierto que también un relato de esa naturaleza depende de quien lo hace, de su subjetividad. Sin embargo, esta última es mucho menor y si

quienes me escuchan, como es el caso, son perfectos conocedores de los acontecimientos principales no hay riesgo de que les confunda. Además, precisamente porque son todos expertos juristas, no me extenderé en valoraciones porque los hechos principales se califican por sí mismos. No obstante, sí daré mi opinión sobre el Consejo General del Poder Judicial en funciones y sobre el juicio de constitucionalidad que ha merecido.

2. El bloqueo de la renovación del Consejo General del Poder Judicial y las reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Dado que debo fijarme en los efectos del actual contexto político, dejaré ahora aparte las deficiencias estructurales que aquejan al Poder Judicial: una planta insuficiente, pues se queda en un poco más de la mitad de la media de la Unión Europea, y la falta de medios personales y materiales, así como la dispersión de competencias sobre esto último entre el Estado y doce Comunidades Autónomas. No son cuestiones poco importantes, pero no son nuevas y ahora se trata de abordar lo que de particular ha traído consigo el mencionado marco político.

Pues bien, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, es decir los órganos de garantía de los derechos y de la propia Constitución, no podían quedarse al margen de las transformaciones sociales y políticas de las que hemos hablado. Sus consecuencias se proyectan no sólo sobre su quehacer, sino que han llegado a poner en cuestión su propia configuración. La dinámica polarizada que ha acompañado a la nueva correlación de actores políticos surgida desde las elecciones generales de 2015 no se ha manifestado solamente en la aparición de nuevas formaciones sino que también ha afectado a las que venían siendo mayoritarias. Afectación que no sólo ha supuesto menor representación sino que además se ha manifestado en las actitudes que mantienen en su relación respectiva y en las posiciones que han adoptado, algunas de las cuales no se han caracterizado por el respeto a la Constitución, a la ley y a las instituciones.

En efecto, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional se han visto afectados directamente por la omisión por el Congreso de los Diputados y por el Senado de su obligación de elegir los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Omisión debida a que el Partido Popular se

ha negado a concertar con el Partido Socialista Obrero Español la propuesta de nuevos vocales.

Establecida por el artículo 122.3 de la Constitución la duración de su mandato en cinco años, al entregar este texto ya habían transcurrido más de otros cinco desde que debieron ser sustituidos. A esta omisión y al propósito de forzar el imprescindible acuerdo parlamentario respondió la modificación en 2021 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[3]. Consistió en impedir que el Consejo cuyo mandato haya vencido —como lo está el del actual desde el 4 de diciembre de 2018— pueda hacer los denominados nombramientos discrecionales —los de magistrados del Tribunal Supremo, los de presidentes de sus Salas y de los distintos tribunales, así como la designación de los dos magistrados del Tribunal Constitucional que le corresponde proponer según el artículo 159.1 de la Constitución— ni ejercer otras tareas relevantes.

Esta regulación del Consejo en funciones, traslación no equivalente de la prevista por su artículo 101.2 para el Gobierno cesante, no ha logrado la elección de los vocales del órgano de gobierno de los jueces tantos años postergada. En cambio, sí ha provocado que, como consecuencia de la imposibilidad de efectuar esos nombramientos, haya cada vez más vacantes sin proveer en el Tribunal Supremo —llegan a un tercio en el momento de escribir estas líneas— y en las presidencias de los tribunales.

En 2022 se volvió a modificar la Ley Orgánica del Poder Judicial[4] para que el Consejo General del Poder Judicial, en funciones según la reforma del año anterior, pudiera proponer a los dos magistrados del Tribunal Constitucional que le corresponde designar ya que, de otro modo, no se podría producir la renovación de una tercera parte de sus miembros que debió tener lugar el 12 de junio de 2022 y que incluía, además de a los dos propuestos por el Consejo, a los otros dos propuestos por el Gobierno.

A simple vista, la devolución al Consejo General del Poder Judicial de esa facultad, pero no de las demás de las que se vio privado en 2021, no parece coherente con la razón que justificó dicha limitación y con la aducida para explicar esta devolución parcial.

---

[3] Efectuada por la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, que introdujo en la del Poder Judicial los artículos 570 bis y 598 bis.

[4] La Ley Orgánica 8/2022, de 27 de julio, modificó los artículos 570 bis y 599 de la del Poder Judicial para que el Consejo en funciones pudiera hacer la designación de los dos magistrados del Tribunal Constitucional y fijó el plazo de tres meses a partir del día siguiente al del vencimiento del mandato anterior.

Si un Consejo en funciones no puede hacer nombramientos discrecionales por haber vencido su mandato, no se ve por qué razón esa regla debe tener la única excepción de la elección de los dos magistrados del Tribunal Constitucional. Y, si la excepción se justifica por la necesidad de renovar un tercio del Tribunal Constitucional, mucho más necesario es cubrir las vacantes en el Tribunal Supremo porque, mientras los magistrados del Tribunal Constitucional siguen ejerciendo su cometido más allá de los nueve años para los que son nombrados y no se ve afectada la actividad del órgano, las vacantes del Tribunal Supremo no se cubren por nadie con lo que el funcionamiento de sus Salas se resiente gravemente y los perjudicados son los ciudadanos cuyos pleitos no se resuelven o se resuelven mucho más tarde porque, al faltar cada vez más magistrados, la capacidad de resolución disminuye, aunque no lo haga en la misma medida en que aumentan sus vacantes por el esfuerzo que hacen los que permanecen en él.

La última modificación legislativa, la operada por la Ley Orgánica 8/2022, estableció que el Consejo General del Poder Judicial debía hacer su propuesta de magistrados del Tribunal Constitucional antes del 13 de septiembre de 2022. Es notorio que tampoco se cumplió este plazo pues hubo que esperar hasta el 27 de diciembre de ese año para que la hiciera finalmente.

Ese postrer retraso se debió a la negativa de un grupo de vocales a proponer a los dos magistrados del Tribunal Constitucional ya que consideraban que se les debieron devolver todas las atribuciones de las que se les privó en 2021. Tal circunstancia y el mantenimiento del bloqueo a la elección del nuevo Consejo tuvieron como consecuencia la renuncia del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial. Anunció su decisión el 9 de octubre de 2022 y su cese fue publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 12 siguiente. Ya había anticipado en el discurso pronunciado en el acto de apertura solemne del año judicial el 7 de septiembre de 2022 su intención de renunciar si en unas semanas las Cortes Generales no abordaban la renovación del Consejo.

Comprobado un mes más tarde que nada había cambiado y añadida la incapacidad del que presidía para a su vez cumplir con su obligación de proponer a los magistrados del Tribunal Constitucional, resolvió abandonar el cargo. La renuncia de quien representa al Poder Judicial por el incumplimiento por las Cortes Generales de su obligación de renovar el Consejo General del Poder Judicial y por la negativa de parte de los vocales a cumplir con la suya es un hecho inédito, al igual que lo son las causas que la han motivado.

Esta circunstancia ha supuesto algo insólito: mientras el artículo 122.3 de la Constitución atribuye al Presidente del Tribunal Supremo la presidencia del Consejo General del Poder Judicial, este último ha decidido encomendársela al vocal de más edad[5]. Mientras tanto, en el Tribunal Supremo, se ha aplicado el artículo 209 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y lo preside el presidente de Sala más antiguo. Se da, además, la circunstancia de que, no habiéndose elegido por el Consejo General del Poder Judicial vicepresidente del Tribunal Supremo al cesar por jubilación en octubre de 2019 el nombrado en 2013, ese cargo fue asumido entonces por el presidente de Sala más antiguo, el mismo que ejerce ahora las funciones de la presidencia.

Y, puestos a señalar más anomalías, cabe decir que las presidencias de dos Salas: la Tercera y la Cuarta las están ejerciendo los magistrados más antiguos de una y otra al haber cesado sus titulares, respectivamente en enero de 2023 y en octubre de 2022. Situaciones estas cuyo final no se puede ni siquiera vaticinar en el momento de escribir estas líneas.

3. La suspensión cautelar del procedimiento legislativo por el Tribunal Constitucional

Aunque, como se ha dicho, el Consejo propuso finalmente el 27 de diciembre de 2022 a los dos magistrados del Tribunal Constitucional que le correspondían y estos, junto a los dos propuestos por el Gobierno, fueron nombrados y tomaron posesión de sus cargos el 9 de enero de 2023, antes de esa fecha tuvo lugar otro episodio reseñable.

En efecto, cuando no se sabía aún si el Consejo General del Poder Judicial haría esa propuesta, se quiso introducir en la proposición de ley orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, en esos días en trámite, vía enmiendas[6] un cambio en las reglas a seguir por el pleno del Consejo General del Poder Judicial y por el Tribunal Constitucional.

---

[5] Díez-Picazo Giménez, L. M., *Ordenamiento constitucional español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pág. 493 se refiere a esta bicefalia.

[6] Cfr. las enmiendas n.º 61 y 62 presentadas por los Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comù Podem-Galicia en Común. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. Serie B. n.º 295-4, del 15 de diciembre de 2022, págs. 84 a 89.

En particular, las enmiendas se dirigían a modificar el artículo 599.1.1ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial para que, de no efectuar el Consejo la designación de los dos magistrados del Tribunal Constitucional en el plazo de tres meses por mayoría de tres quintos, se abriera un procedimiento en el que cada vocal podría proponer un candidato y el pleno elegiría a los dos más votados en el bien entendido de que cada vocal solamente podría votar a uno. Es decir, se prescindiría de la mayoría cualificada. Además, pretendían suprimir la facultad que el artículo 2.1 g) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional atribuye a su pleno de verificar los nombramientos de sus miembros para comprobar que los nombrados efectivamente cumplen los requisitos constitucionales y legales.

Esta iniciativa desató una gran polémica. Se adujo en contra de ella la falta de relación de las enmiendas con el objeto de la proposición de ley orgánica a la que se presentaron y su franca contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la necesidad de preservar la mayoría cualificada en la designación de magistrados constitucionales, la afectación de la independencia del Tribunal Constitucional y tratarse de una regulación de caso único. Asimismo, se le opuso que esa forma de legislar hurtaba a los diputados y senadores la posibilidad de debatir el contenido de las modificaciones. La controversia llegó al Tribunal Constitucional, pues diputados del Grupo Popular presentaron un recurso de amparo contra el acuerdo del Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados de 13 de diciembre de 2022 que admitió a trámite esas enmiendas y en él pidieron la suspensión cautelar *inaudita parte* de su tramitación.

El Congreso de los Diputados llegó a aprobar las enmiendas antes de que resolviera el Tribunal Constitucional pero su Pleno, que avocó a sí mismo el recurso de amparo, por auto 177/2022, de 19 de diciembre, suspendió cautelarmente la tramitación de los preceptos de la proposición de ley orgánica que modificaban la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional conforme a las señaladas enmiendas. Y, por auto 178/2022, de 21 de diciembre, desestimó la solicitud de las Cortes Generales de alzar la suspensión.

El incidente cautelar se desarrolló en medio de un gran estruendo político y mediático, se personaron en él distintos grupos parlamentarios, además de las cámaras, hubo recusaciones, rechazadas por selectivas e infundadas con la intervención de los magistrados contra los que se dirigían, peticiones de planteamiento de cuestión prejudicial y votos particulares encendidos. Dentro y fuera del proceso constitucional se

efectuaron múltiples apelaciones a la posición constitucional de las Cortes Generales y a su representatividad del pueblo español en quien reside la soberanía y, una vez conocido el auto 177/2022, declaraciones institucionales del Gobierno y de los entonces presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado[7] que, si manifestaban acatamiento a la decisión del Tribunal Constitucional, contenían un duro reproche a la misma por impedir el desenvolvimiento del procedimiento legislativo[8].

El resultado de esta secuencia de acontecimientos no ha favorecido a nadie. Ni a las Cortes Generales, ni al Tribunal Constitucional, ni al Consejo General del Poder Judicial y tampoco al Gobierno que ha seguido con suma atención su desarrollo. No puede decirse, en consecuencia, que haya beneficiado a la Constitución ni al Estado de Derecho que instituye.

4. El Consejo General del Poder Judicial en funciones[9]

Hasta 2021 los Consejos cuyo mandato había expirado siguieron ejerciendo con normalidad la plenitud de sus atribuciones, ya fuera mayor o menor el retraso en la elección del que debía sustituirles, que en un caso fue casi de dos años[10]. No obstante, privar al Consejo que sobrepa-

---

[7] A los que sin embargo el artículo 568.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial obliga a adoptar las medidas necesarias para que la renovación del Consejo General del Poder Judicial se produzca en plazo, sin que conste que las hayan adoptado.

[8] Muy crítico con la decisión del Tribunal Constitucional Lasagabaster Herrarte, I., «Las medidas cautelarísimas frente a una decisión de la Mesa del Congreso de los Diputados, ATC 177/2022. Falta de conexión material entre enmiendas y proyecto de ley en tramitación; afectación al *ius in officium* de los diputados», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 126/2023, págs. 245 y sigs. En cambio, Simón Yarza, F., en «Karlsruhe suspende la tramitación de una ley», diario *El Mundo* de 13 de julio de 2023, da cuenta de la suspensión cautelar por el Tribunal Constitucional Federal alemán de la tramitación de la Ley de reforma de la Energía de los Edificios para preservar el derecho de participación política de los diputados ante una enmienda que alteraba sustancialmente el proyecto.

[9] Desarrollo aquí las ideas que ya expuse mis respuestas a la «Encuesta sobre el Poder Judicial», publicada en *Teoría y realidad constitucional*, n.º 50/2022, págs. 33 y sigs.

[10] El formado el 6 de noviembre de 2001 pervivió hasta el 22 de septiembre de 2008. Fue el presidido por Francisco Hernando de Santiago. Y el constituido entonces permaneció hasta el 3 de diciembre de 2013. Anteriormente, el primer Consejo, presidido por Federico Carlos Sáinz de Robles, formado el 10 de octubre de 1980, ejerció sus funciones hasta el 16 de octubre de 1985 en que se constituyó el presidido por Antonio Hernández Gil. El siguiente, presidido por Pascual Sala Sánchez, se constituyó el 6 de noviembre de 1990 y ejerció hasta el 23 de julio de 1996 en que se formó el que presidió Javier Delgado Barrio.

se los cinco años de mandato de sus facultades más importantes y, en especial, de la de efectuar los llamados nombramientos discrecionales, no lo exige la Constitución.

Más aún, esta novedad, además, de haberse demostrado inútil para promover la renovación del Consejo, convertirse en un obstáculo a la renovación del Tribunal Constitucional que debió remover, desdiciéndose, el legislador orgánico y estar deteriorando gravemente, sobre todo, al Tribunal Supremo, puede considerarse en mi opinión como simple miembro de la sociedad abierta de intérpretes constitucionales que propone Peter Häberle[11], disconforme con el texto fundamental.

En efecto, la Constitución no habla de Consejo General del Poder Judicial en funciones. No establece para él la regla que sí impone para el Gobierno en el artículo 101.2.

Conviene reparar en que el gobierno del Poder Judicial al que se refiere el artículo 122.2 de la Constitución no se identifica con la actuación que contempla su artículo 97: no implica dirección política sino nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario. Sin perjuicio de la dimensión política que es propia de todo órgano constitucional y que el Consejo General del Poder Judicial también posee, sucede que su labor tiene un carácter primordialmente técnico y se orienta no en virtud de los resultados electorales sino hacia la mejor preservación de la independencia de los jueces y magistrados.

Precisamente, por esa razón, el control que sobre ella se ha previsto es el de legalidad, que ejerce de forma efectiva la Sala Tercera del Tribunal Supremo. De ahí que no sea acertada la traslación a este ámbito de una regla que es propia del marco de las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales y que tiene sentido dentro de él, pues obedece al agotamiento del mandato electoral o a la pérdida de la confianza parlamentaria. En cambio, no hay una relación fiduciaria entre el Consejo General del Poder Judicial y las Cortes Generales[12].

Además, el examen de las funciones que el artículo 570 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial expresamente mantiene en el Consejo General del Poder Judicial que ha superado los cinco años de mandato pone de manifiesto que se le permite más que la mera administración o la atención de los asuntos de urgencia inaplazable. En particular, se le sigue

---

[11] Häberle, P., «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución pluralista y procesal a la Constitución», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 38/2022. Accesible en www.ugr.es/~redce/REDCE38/articulos/09_HABERLE.htm.

[12] Sobre estas cuestiones, véase Lucas Murillo de la Cueva, P., *La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional*. Editorial Reus, Madrid, 2018.

debiendo oír en el nombramiento del Fiscal General del Estado porque lo exige el artículo 124 de la Constitución, buena muestra de que no está pensando en un Consejo menoscabado.

También la Ley Orgánica 4/2021 le mantiene en plenitud la potestad disciplinaria en cuyo ejercicio puede multar, suspender, trasladar forzosamente o, incluso, separar de la Carrera Judicial a jueces y magistrados. Y le deja igualmente la potestad reglamentaria en diversos ámbitos relacionados con la organización y funcionamiento de los tribunales de justicia y la de informar anteproyectos de disposiciones generales.

Es bastante más que la administración ordinaria y la resolución de las cuestiones urgentes propias del Gobierno en funciones[13].

Si a ello se une la devolución de la facultad de proponer dos magistrados del Tribunal Constitucional por la Ley Orgánica 8/2022, la figura del Consejo General del Poder Judicial en funciones se deshace, como he dicho antes, por obra del mismo legislador que la ha creado. El argumento de que el artículo 159.1 de la Constitución encomienda al Consejo General del Poder Judicial la propuesta de dos de los magistrados del Tribunal Constitucional, por lo que no se le puede privar de esa facultad, concurre a rechazar que sea conforme al texto fundamental la figura del Consejo en funciones.

Y al mismo tiempo lleva a recordar que el artículo 122.2 de la misma Constitución le confiere la facultad de hacer los nombramientos judiciales. Cierto que será la Ley Orgánica la que regule la forma de ejercer esa función pero una cosa son las modalidades y otra la atribución y no parece demasiado difícil concluir que la remisión legislativa no se traduce en desapoderamiento de parte de esos nombramientos. Además, es paradójico que se le permita hacer los dos más importantes y no los demás, menos relevantes. Por tanto, visto lo que ha dicho el Tribunal Constitucional, a lo que me referiré luego, creo, que debería derogarse cuanto antes la limitación impuesta por la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, por impropia aparte de inútil.

Podría sostenerse, desde luego, que no son precisas reglas específicas ni en un sentido ni en el otro porque contemplarían una situación que no debe darse: la de que no se renueve el Consejo General del Poder Judicial cuando dice la Constitución que se debe renovar. No obstante, sin llegar a episodios patológicos de la gravedad del que se produjo a partir de 2006 y, sobre todo, del que estamos padeciendo, es perfectamente posible que se produzcan desajustes temporales imprevistos —por

[13] Véase el artículo 21 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

ejemplo, los causados por la disolución anticipada de las Cortes Generales— que retrasen la elección parlamentaria de los vocales durante un tiempo significativo. Si cabe la posibilidad de que se abra un interregno de varios meses sin que se pueda renovar el Consejo General del Poder Judicial, conviene asegurar que durante él no vea disminuidas sus atribuciones dado que las razones que las justifican permanecen con toda su validez.

En último extremo, un grave incumplimiento de la Constitución —no renovar el Consejo General del Poder Judicial— no justifica otro: la creación del Consejo en funciones con el extraordinario resultado de que las mismas Cortes Generales que no lo renuevan, por esa misma razón de no haberlo renovado le privan de parte de sus funciones constitucionales con el resultado de deteriorar gravísimamente al Tribunal Supremo.

Cierto que las explicaciones causales muestran con claridad de qué manera se ha llegado a este punto, pero objetivamente el resultado es el que acabo de decir. Y no ayuda al Estado de Derecho ni a la integridad de la Constitución.

5. El colofón de la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 128/2023, de 2 de octubre

El pleno del Tribunal Constitucional ha desestimado por sentencia n.º 128/2023, de 2 de octubre, el recurso de inconstitucionalidad que interpusieron cincuenta diputados del Grupo Parlamentario de Vox contra la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, que estableció el régimen del Consejo General del Poder Judicial en funciones, y le prohibió hacer nombramientos discrecionales. También se ha anunciado la desestimación del recurso de inconstitucionalidad que interpusieron diputados del Grupo Popular contra la misma Ley Orgánica. No obstante, no se ha hecho pública la sentencia en el momento de escribir estas líneas. Por tanto, me referiré solamente a la única que se conoce.

La primera observación es que el pronunciamiento desestimatorio no fue unánime, sino que va acompañado del voto particular de cuatro magistrados según los cuales el recurso debió ser estimado. De nuevo, en cuestiones políticamente controvertidas, el Tribunal Constitucional se divide en dos partes o sectores calificados ideológicamente por los observadores. La falta de novedad no resta importancia al hecho y, naturalmente, tampoco afecta al valor de la sentencia, que es pleno.

No obstante, siendo indiscutible la legitimidad de las distintas posiciones de los miembros de un tribunal y, por tanto, también del Tribunal Constitucional, parece igualmente claro que afecta a la percepción social de sus decisiones la reiteración de divisiones de esta naturaleza e introduce elementos no técnicos en su valoración. No es un fenómeno privativo de nuestra experiencia ni tampoco unidireccional según se ha podido ver en los últimos años. Sin embargo, incide en la consideración que recibe y esto es muy importante para el órgano constitucional llamado a establecer en último extremo la interpretación de la Constitución.

Por otra parte, a diferencia de lo que han hecho otras sentencias, ésta no profundiza especialmente en los argumentos de los que se sirve para llegar al fallo. No ofrece una construcción elaborada ni entra a fondo en el debate entablado sobre las cuestiones principales. Más bien, sienta unos enunciados y de ellos desciende a las consecuencias que considera procedentes, algunos, como veremos, muy discutibles.

Pasando ya a su contenido, vemos que, en primer lugar, explica la sentencia que el recurso perdió de manera sobrevenida su objeto respecto de la vulneración del artículo 159.1 de la Constitución por la nueva modificación experimentada por la Ley Orgánica del Poder Judicial de la mano de la Ley Orgánica 8/2022, de 27 de julio: la que devolvió al Consejo General del Poder Judicial la facultad de proponer el nombramiento de dos magistrados del Tribunal Constitucional.

Rechaza después los vicios de procedimiento y, en particular, la alegada falta de informe del Consejo General del Poder Judicial. Ausencia explicada por la sencilla razón de que la Ley Orgánica 8/2022 surge de una proposición de ley, es decir de la iniciativa legislativa parlamentaria, y solamente es preceptivo recabar el parecer del Consejo General del Poder Judicial para los proyectos de ley que versen sobre las materias a que se refiere el artículo 561.1.9º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y no ve la sentencia fraude en la utilización de la proposición en vez del proyecto de ley.

Se ocupa luego de la naturaleza del Consejo General del Poder Judicial y de su razón de ser principal: la garantía de la independencia judicial. Además, se adentra en el examen de aquellos aspectos de su régimen jurídico que la Constitución deja al legislador. En este punto repasa las formulaciones legales sobre la elección de los doce vocales de procedencia judicial, no sin recordar que el artículo 122 la remite a lo que disponga la Ley Orgánica sin ningún tipo de condicionamiento. Y a partir de ahí se adentra en afirmar la constitucionalidad del «CGPJ en funciones».

Para la sentencia el silencio del constituyente no priva al legislador de un margen de actuación suficientemente amplio como para desarrollar de manera extensa su artículo 122 y, en particular, crear el Consejo General del Poder Judicial en funciones. Además, recuerda que el mandato de los vocales es de cinco años y no contempla el texto fundamental prórroga alguna. En este punto, tiene presente la situación extraordinaria que dio lugar a la Ley Orgánica 4/2021 y considera que no hay objeción constitucional a que se prevea un régimen excepcional de funcionamiento del Consejo cuando las cámaras no cumplan su deber constitucional y se favorezca así su renovación.

Apunta que el Consejo en funciones ya estaba previsto en el original artículo 115.2 de la Ley Orgánica[14] y que la reforma de 2013 lo configuró como un órgano de gobierno con atribuciones más reducidas, aunque no concretara, «salvo en un caso, en qué concretos términos se ven afectadas». Por eso, afirma que, una vez en funciones, ha de seguir ejerciendo sus atribuciones pero sometido a límites estrictos de manera que no comprometa la capacidad de decisión futura del gobierno del Poder Judicial allí donde las decisiones tengan un alto grado de discrecionalidad y bajo contenido de gestión administrativa.

Nada de esto afecta, para la sentencia, a la independencia judicial ni sitúa al Consejo en una posición de subordinación al Poder Legislativo. Se trata únicamente de asegurar que todas las atribuciones ordinarias del Consejo sean ejercidas en su plenitud por aquellos a los que corresponde dentro del mandato constitucional de cinco años. Insiste en que es un régimen excepcional, aplicable transitoriamente, que las Cortes Generales pueden establecer para responder a una anomalía en el cumplimiento del mandato constitucional de renovar cada cinco años los vocales del órgano de gobierno del Poder Judicial.

Ya en particular, rechaza que sea contrario a la Constitución privar al Consejo en funciones de la capacidad de elegir Presidente del Tribunal Supremo y de plantear conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional. Curiosamente, dice la sentencia que el «presidente del CGPJ, que lo es también del Tribunal Supremo», cuando según el artículo 122.3 de la Constitución, es justamente al revés. Y, respecto de la legitimación para promover el conflicto de atribuciones, señala que no es una función directamente atribuida por la Constitución.

Los cuatro magistrados discrepantes formulan conjuntamente su voto particular en el que defienden que debió ser estimado el recurso de

[14] Ese precepto decía así: «El Consejo saliente continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Consejo».

inconstitucionalidad y declarada la nulidad del artículo único de la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo. Mantienen que debieron ser acogidos los motivos materiales por infracción de los artículos 122.2, 123.1 y 161 d) de la Constitución. Y reprochan, entre otras cosas, a la sentencia dejar el normal funcionamiento del Consejo a la mera voluntad del Poder Legislativo, pues con no renovarlo en plazo le desapodera de sus funciones y queda así subordinado frente a las Cortes Generales.

Afirman que:

> «el recto entendimiento de la posición constitucional que el Consejo ocupa no puede llevar sino a la conclusión de que ha de seguir, ejerciendo en plenitud, una vez cumplido el periodo de mandato de sus vocales, las funciones 'que, como órgano constitucional, tiene atribuidas y que son esenciales para preservar la independencia judicial, en particular aquellas que la propia Constitución le reserva «en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario» de jueces y magistrados (art. 122.2). La independencia del Poder Judicial se tiene que garantizar continuamente y no de forma intermitente, y el Consejo tiene que poder desenvolverse normalmente en el ejercicio de las funciones encomendadas por la Constitución siempre, estén sus vocales dentro o no del mandato de cinco años».

Entienden que la sentencia confirma la desnaturalización constitucional del Consejo, afecta a la garantía de la independencia judicial y al propio Estado de Derecho del que es un elemento esencial. Rechazan que sea conforme al texto fundamental privar al Consejo de la facultad de elegir Presidente del Tribunal Supremo y observan que la prohibición de hacerlo ha dado lugar a que la única presidencia prevista en la Constitución, la del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial prevista por su artículo 123, se haya convertido en una dualidad de presidencias. En fin, dicen, impedir al Consejo en funciones plantear conflicto de atribuciones supone privarle de un medio fundamental para defender su competencia.

Ya he anticipado mi opinión contraria a la creación de la figura del Consejo General del Poder Judicial en funciones y la lectura de la sentencia no me hace cambiar de parecer. Sus argumentos son esencialmente formales y conducen a un resultado absurdo: permiten que las mismas Cortes Generales que incumplen manifiestamente su obligación constitucional desactiven al órgano que ha de velar por la independencia de los jueces y lo hacen sin apoyo en ningún precepto del texto fundamental.

Es cierto que acudir a la proposición de ley orgánica no supone un fraude y se puede decir siempre que las cámaras de las Cortes Generales cuentan con asesoramiento técnico suficiente sobre cualquier materia. No obstante, cuando se trata de alterar el ordenamiento de los órganos constitucionales parece más sensato tener en consideración el dictamen de órganos de la relevancia del Consejo de Estado y, cuando por la materia proceda, como es el caso, del propio Consejo General del Poder Judicial. Ahora bien, como dice la sentencia, no es esta una causa de inconstitucionalidad.

La figura del Consejo en funciones asociada a la merma de sus atribuciones era desconocida con anterioridad a 2021. La Ley Orgánica del Poder Judicial, pese a hablar del Consejo saliente en su artículo 115.2 no las limitó. Y tampoco lo hicieron las reformas posteriores, ni siquiera la de 2013, que únicamente (artículo 570.2) impidió al Consejo cuyo mandato ha concluido elegir nuevo Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial. Es significativo que una ley orgánica elaborada cuando no se había perdido aún el recuerdo del retraso de casi dos años en renovar al Consejo formado en 2001 y que adopta medidas para afrontar el posible incumplimiento por las cámaras que componen las Cortes Generales, o por una sola de ellas, de su obligación de elegir a los Vocales, no estableciera ninguna otra restricción, en especial ninguna que afectara al funcionamiento de las Salas de Justicia del Tribunal Supremo.

La sentencia se vale de alguna razón que me parece del todo inadecuada para justificar la privación al Consejo de la facultad de hacer nombramientos discrecionales: reservarla para su nueva composición. De este modo, parece aceptar que, cuando de estos nombramientos discrecionales se trata, lo importante es quiénes los hacen y no sobre quiénes recaen. Olvida, sin embargo, que están sometidos a criterios determinados normativamente, que deben ser debidamente motivados y recibir el apoyo de una mayoría cualificada del Consejo. Y que son varias las ocasiones en que el Tribunal Supremo ha anulado los que se hicieron sin observar esos criterios o sin justificar la elección efectuada. La sentencia traspone aquí una justificación esencialmente política que tiene todo su sentido cuando se trata de actuaciones de un órgano de esa naturaleza, como lo es el Consejo de Ministros, a un órgano de garantía, esencialmente técnico, como el Consejo General del Poder Judicial.

Es de difícil comprensión, por lo que he señalado antes, que el Consejo «en funciones», pueda proponer a los dos magistrados del Tribunal Constitucional pero no a los magistrados del Tribunal Supremo.

La relevancia que da a la superación del plazo de cinco años de mandato se comprende perfectamente, pero no debe llevar a incapacitar al Consejo que los ha superado para ejercer algunas de sus funciones. De llevar a sus consecuencias lógicas esta solución, el Consejo, terminado su mandato, no debería ejercer ninguna facultad y, de generalizar la conclusión alcanzada por la sentencia, tampoco podrían seguir ejerciendo sus funciones ordinarias los titulares de cargos públicos con mandato temporalmente tasado una vez sobrepasado su término. No obstante, como sabemos, esta pauta no se aplica siempre.

En fin, ninguna duda puede haber sobre que la falta de renovación del Consejo General del Poder Judicial es una muy grave anomalía. La sentencia tiene razón al resaltarlo, pero creo que no la tiene al dejarse llevar por esa evidencia y desviar hacia el Consejo General del Poder Judicial, que es del todo ajeno a lo que con él está sucediendo, las consecuencias negativas de aquélla.

Claro que llegan momentos en los que los tribunales tienen que pronunciarse ante actuaciones lesivas de las instituciones del Estado de Derecho. Así lo ha recordado la presidenta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su reciente visita al Tribunal Constitucional[15]. Ahora bien, los pronunciamientos de los tribunales, también los del Tribunal Constitucional, no han de agravar los problemas cuya solución se les somete, sino paliarlos cuando no es posible resolverlos. Siento que la sentencia n.º 128/2023 no haya seguido esta última línea.

6. Las consecuencias

Está claro que en el origen de todo este conjunto de sucesos se halla la negativa del Partido Popular a concluir el imprescindible acuerdo con el Partido Socialista Obrero Español, únicas fuerzas políticas representadas en las Cortes Generales que reúnen conjuntamente los tres quintos de los diputados y de los senadores imprescindibles para efectuar la propuesta de vocales.

Argumentado ese rechazo a lo largo de los años con razones diferentes, la más reiterada, pero no única ni invocada en todas las ocasiones, es su

[15] La conferencia magistral pronunciada por Siofra O'Leary en el Tribunal Constitucional sobre «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: contribución al espacio jurídico europeo y desafíos actuales», se puede ver en https://www.youtube.com/embed/Ym40QSvNZeg. La web del Tribunal Constitucional ofrece el enlace para acceder a ella.

desacuerdo con la regulación legal sobre la manera de designar a los doce vocales que han de ser escogidos entre jueces y magistrados en activo.

La Constitución se remite en este punto a la Ley Orgánica del Poder Judicial y ésta desde 1985 confía al Congreso de los Diputados y al Senado esa elección por mayoría de tres quintos de esos doce vocales judiciales. Es la misma mayoría que exige la propia Constitución al encomendar a las cámaras la elección de los otros ocho vocales entre juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. Tras las reformas de la Ley Orgánica de 2001 y de 2013, el Congreso de los Diputados y el Senado han de hacer su elección únicamente entre las candidaturas presentadas por los propios jueces y por las asociaciones judiciales.

Sea cual sea la posición defendida al respecto, carece de justificación negarse a cumplir la Ley Orgánica del Poder Judicial y la propia Constitución. No sólo se ha afirmado varias veces la constitucionalidad del régimen vigente para la formación del Consejo General del Poder Judicial sino que, además, hasta ahora se ha aplicado con normalidad, ya gobernara una u otra fuerza política. Hay que recordar, incluso, que la regulación actual, procede en buena medida del Pacto de Estado para la reforma de la Justicia suscrito en 2001 por el Partido Popular, entonces en el Gobierno con mayoría absoluta, y el Partido Socialista Obrero Español en la oposición en aquel momento.

De ahí que no sea fácil entender la situación a la que se ha llegado. Esa misma dificultad de comprensión surge frente a las modificaciones legislativas dispuestas para forzar el levantamiento del bloqueo. Dejando aparte la última en intentarse mediante enmiendas, pues se califica a sí misma, las anteriores, en especial las que han dado carta de naturaleza al Consejo General del Poder Judicial en funciones, tal como se ha visto son en sí mismas incoherentes y carecen, según he dicho , de justificación constitucional.

El incumplimiento de los plazos constitucionales y legales y la disputa y cambios legislativos consiguientes han facilitado la difusión de la idea de que los magistrados cesantes del Tribunal Constitucional —o parte de ellos— eran favorables a la anterior mayoría parlamentaria y los que se querían nombrar —o parte de ellos— lo son a la actual y, una vez efectuadas las designaciones e incorporados los nuevos, se ha insistido en esas adscripciones. Así se ha contribuido a deslegitimarlo, al igual que al Consejo General del Poder Judicial le deslegitima todo lo que le está sucediendo. Como efecto reflejo, el conjunto del Poder Judicial en su totalidad se ve perjudicado.

De un lado, porque parece considerarse que los jueces y magistrados que administran justicia y, sobre todo, los que desempeñan las responsabilidades más altas en el ejercicio de la jurisdicción, se pliegan a las indicaciones o intereses de quienes se entiende que les habrían promovido a ellas. De otro, porque es inevitable la impresión de que el gobierno del Poder Judicial y la situación de los tribunales, en particular la del Tribunal Supremo, especialmente grave, no importan. O, al menos, no importan lo suficiente para poner remedio al grave deterioro cotidiano al que están sometidos como consecuencia de la situación creada.

Es más, se ha ofrecido la imagen de que es posible ignorar sin consecuencia alguna mandatos explícitos de la Constitución e intervenir legislativamente de manera expeditiva en el régimen de órganos constitucionales de la máxima relevancia.

Hay que pensar que lo han hecho posible las condiciones bajo las que se está desarrollando la actividad política. La incapacidad de entenderse con el principal adversario, no en aspectos particulares, sino en cuestiones tan importantes como lo son la formación del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, solamente se explica por el clima de contraposición que se ha creado entre los antagonistas políticos y su pugna por lograr la máxima influencia en los órganos constitucionales.

Hasta ahora el deterioro que han padecido, que están padeciendo, nuestras instituciones de garantía no llega al punto de desnaturalizar el Estado de Derecho. El Poder Judicial cumple con su cometido a pesar de la situación desoladora en que se encuentra el Tribunal Supremo en palabras de su presidente y del desmantelamiento parcial del Consejo General del Poder Judicial. Y el Tribunal Constitucional tiene todavía en sus manos recuperar el reconocimiento del que gozó en el pasado.

Ahora bien, el tiempo disponible es limitado y si no se corrige pronto y en profundidad el rumbo de los últimos años, me temo que habrá motivos para preocuparse seriamente por el Estado de Derecho y por la democracia en España.

Lamentablemente, no se vislumbran por ahora motivos para ser optimista.

Post scriptum

Tiempo después de entregado el texto de esta contribución se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado del 29 de febrero de 2024 la

sentencia n.º 15/2024, de 30 de enero, desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad que interpusieron diputados del Grupo Popular contra la Ley Orgánica 4/2021.

No aporta novedades significativas respecto de la n.º 128/2023. Si acaso, las consideraciones dedicadas a rechazar que el Derecho de la Unión Europea exija que en reformas legislativas como la efectuada por la Ley Orgánica 4/2021 deba oírse a los sectores afectados y, en particular, a las asociaciones profesionales de jueces y magistrados, al Consejo General del Poder Judicial y a la Comisión de Venecia. Y las relativas a descartar el carácter de ley singular del nuevo artículo 598 bis que impide al Consejo en funciones destituir al Secretario General y al Vicesecretario General.

Como la anterior, va acompañada de votos particulares formulados por los mismos cuatro magistrados discrepantes entonces con la diferencia de que, ahora, en vez de suscribir todos el mismo voto, presentan dos, firmados cada uno de ellos por dos magistrados. El primero se limita a remitirse al que acompaña a la anterior sentencia. El segundo, además de esa remisión, habla, sobre todo, del carácter de «ley singular, arbitraria y contraria a la jurisprudencia»del artículo 598 bis y reprocha a la sentencia dedicar «pocos argumentos», «mínimamente convincentes», a negar que lo sea.

Visto el contenido de la sentencia y de los votos particulares, salvo dejar constancia de los mismos, no me parece necesario añadir más.

Post scriptum II

El 25 de junio de 2024 el representante del Partido Popular y el Ministro de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes hicieron público en Bruselas, ante la Vicepresidenta de la Comisión Europea, el acuerdo para renovar el Consejo General del Poder Judicial.

Los días 23 y 24 de julio siguiente, el Congreso de los Diputados y el Senado eligieron a los vocales y estos prestaron juramento o promesa el 25 de julio y se reunieron a continuación para presentar las candidaturas a la presidencia del Tribunal Supremo. Ninguna de ellas prosperó y el 2 de septiembre de 2024 se presentó la de Isabel Perelló Doménech, que fue elegida ese día.

El acuerdo alcanzado comprende una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, entre otras novedades, impone al nuevo Consejo la elaboración de un informe sobre los sistemas de elección de los

miembros de los Consejos de la Magistratura análogos al español y una propuesta de reforma del sistema de elección de los vocales designados entre jueces y magistrados. Esa propuesta ha de ser aprobada por tres quintos de los vocales, ha de garantizar la independencia judicial y, con la participación directa de jueces y magistrados que se determine, ha de ser evaluada positivamente en el informe sobre el Estado de Derecho de la Comisión Europea. Asimismo, será trasladada al Gobierno, al Congreso de los Diputados y al Senado para que los titulares de la iniciativa legislativa, basándose en ella, elaboren y sometan a consideración de las Cortes Generales un proyecto o proposición de ley de reforma del sistema de elección de los vocales judiciales para su debate y, en su caso, tramitación y aprobación.

De este modo se ha puesto fin a una grave anomalía constitucional. Cualquiera que sea el discurrir de los acontecimientos, es de esperar que la experiencia vivida sirva para que no vuelva a repetirse.

C

La independencia judicial en el marco del Consejo de Europa: en especial la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Rafael Bustos Gisbert

Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

SUMARIO

1. Planteamiento

2. La configuración de la independencia judicial como un principio básico del Estado de Derecho en el *soft law* (dimensión objetiva de la independencia judicial)

   2.1. La construcción de las bases del concepto de independencia judicial en el CoE
   2.2. La lucha por la independencia judicial (2010-2020)
   2.3. Recapitulación: el contenido del *soft law*

3. La independencia judicial en la jurisprudencia del TEDH hasta 2010: la definición del derecho a un juez independiente (dimensión subjetiva de la independencia judicial)

4. La independencia judicial en la jurisprudencia del TEDH a partir de 2010: la definición del derecho del juez a su independencia (dimensión estaturia de la independencia judicial)

   a) El derecho a un juez independiente «establecido por la ley»
   b) La revisión judicial de las decisiones relativas al status del juez
   c) Los derechos sustantivos del juez desde la perspectiva de la independencia judicial

5. Conclusión

1.- Planteamiento

Como es bien sabido los objetivos básicos del Consejo de Europa (en adelante, CoE) son la promoción de los derechos humanos, de la democracia y del Estado de Derecho. De este modo el art. 3 del Estatuto del CoE especifica que todo miembro debe aceptar esos principios lo que, unido al compromiso adquirido en el art. 1, exige que el Estado cumpla sus obligaciones al respecto. Obviamente entre estos principios se encuentra el de la garantía y respeto a la independencia judicial.

El problema que automáticamente se plantea es cómo la organización puede reaccionar frente a regresiones en el respeto a esos principios y, en concreto, al de independencia judicial[1]. Esto es, el CoE ejerce un control de respeto a los valores básicos de la organización en el proceso de adhesión. Ciertamente mucho menos estricto que el ejercido por la Unión Europea, pero un mínimo nivel de respeto ha de demostrarse. Un punto de partida aceptable a partir del cual el CoE tratará de generar una mejora progresiva. Pero no estaban previstas reglas específicas (más allá de la suspensión y, en su caso, expulsión) para reaccionar ante retrocesos progresivos en los niveles de respeto a los valores esenciales de la organización. Y eso es precisamente lo que ha venido ocurriendo en Europa desde el comienzo de la segunda década del siglo. Procesos lentos de regresión (no espectaculares y rápidos) en el respeto al Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales como consecuencia del triunfo de movimientos iliberales en algunos de los Estados miembro[2]. De este

[1] Sobre el tema, Drzemcbzewski, A., «Le Conseil d l'Europe et l'État de droit: A propos de la liste des critères de l'État de droit élaborée par la Commission de Venise», *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 2017, pp. 14 a 16.

[2] Sobre las regresiones en el Estado de Derecho en Europa que han afectado a la independencia judicial nos hemos ocupado con carácter general (incluyendo la UE) en *Independencia Judicial e Integración Europea*, Tirant lo Balnch, Valencia, 2022.

modo, posiblemente un obstáculo en la definición y garantía del principio de independencia judicial ha sido la inexistencia de mecanismos eficaces para enfrentarse a regresiones en su vigencia. Los órganos del CoE han tenido que utilizar mecanismos que, posiblemente, no estaban pensado para afrontar crisis generalizadas de la independencia judicial en Estados ya miembros de la organización.

Dichos instrumentos se agrupan en dos grandes grupos. Por una parte, los documentos aprobados por los órganos del CoE que no son estrictamente vinculantes sino que son recomendaciones, opiniones o informes de naturaleza fundamentalmente consultiva y que conforman todo un acervo de estándares recomendados por la organización. Por la otra, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) que aún no siendo formalmente parte de la organización del CoE, está profundamente vinculada a él en cuanto interprete del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). Obviamente el objeto de estudio y la respuesta de estos dos tipos de instrumentos ha sido distinta como corresponde a dos naturalezas jurídicas detrás muy diferentes.

De este modo, pese a que la defensa del Estado de Derecho sea una de las tres finalidades básicas del CoE, lo cierto es que la actividad concreta de los órganos del Consejo en esta materia se vio desde el principio lastrada por los inevitables elementos de intergubernamentalidad de la propia organización. En este punto ha de diferenciarse de la protección de los derechos que, tras la lenta puesta en marcha del TEDH y, hasta 1998, de la Comisión, adquirió una estabilidad y productividad creciente desde principios de los años 80 mediante un control externo realizado por vías jurisdiccionales vinculantes. Por contra, la protección del Estado de Derecho tuvo que esperar a los años 90 y adoptó la forma de normas no vinculantes.

Conviene, pues, examinarlos por separado para intentar, al final del ensayo, extraer conclusiones.

2. La configuración de la independencia judicial como un principio básico del Estado de Derecho en el *soft law* (dimensión objetiva de la independencia judicial) [3]

Es importante, con carácter preliminar, afirmar que la definición por el Consejo de Europa de la independencia judicial como principio es-

[3] Nos hemos ocupado en profundidad de este tema en «La influencia de los textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre independencia judicial en el TEDH y en la UE», en *Teoría y Realidad Constitucional,* 47, 2021, pp 161 y ss.

tructurador del Estado de Derecho en una Democracia pluralista se ha construido por sus órganos políticos y consultivos mediante la adopción de textos y de documentos de muy diferente naturaleza. Englobamos todos estos textos bajo el rótulo genérico de *soft Law*, entendido en su sentido más amplio. Esto es, en la aproximación de López Guerra, no solo como acuerdos multilaterales, sino también como declaraciones o recomendaciones de los órganos ejecutivos o deliberantes de órganos internacionales o incluso de órganos asesores o de supervisión de dichas organizaciones[4]. Estos textos tendrían en común que no son jurídicamente vinculantes, si bien ello no significa que carezcan totalmente de efectos jurídicos[5]. Y ello porque, especialmente en el ámbito del CoE, hasta cierto punto expresan el consenso común en una materia entre los Estados miembros de la organización. Con ello adquieren un valor hermenéutico y heurístico relevante sobre todo en cuanto garantizan la consideración de, por ejemplo, el CEDH como un instrumento vivo[6]. De este modo, a menudo, este *soft Law* acaba conformando el contenido de los estándares jurídicos exigibles mediante su incorporación a decisiones vinculantes. Este proceso resulta particularmente claro cuando el TEDH los incorpora en sus decisiones bien de manera explícita en su *ratio decidendi*, bien de manera implícita al enunciarlos en la exposición del material normativo relevante en una determinada cuestión debatida[7].

En la creación y desarrollo de este acervo jurídico conviene apuntar desde el comienzo la enorme importancia que en este contexto adquirieron lo que Claes y de Visser denominan *comunidades judiciales transnacionales*, esto es foros de intercambio y deliberación de los jueces europeos. En el caso del CoE se tratará en su mayoría de comunidades institucionalizadas, pero algunos documentos procederán de otro tipo de sedes de discusión[8].

---

[4] López Guerra, L., «Soft Law y sus efectos en el ámbito del Derecho europeo de los Derechos Humanos», *Teoría y Derecho*, n.º 11, 2012, p. 151.

[5] Así A. Peters, apunta cómo este tipo de normas se escapa al análisis binario habitual para definir lo que es o no es derecho a partir de su vigencia o no. La autora centra su análisis en el soft Law de la UE pero es igualmente aplicable al CoE, «Soft law as a new mode of governance», Diedrichs, U. *et al*, *The Dynamics of Change in EU Governance*, Elgar Publisher, 2011, pp. 22 a 25.

[6] López Guerra, *ibidem,* pp. 160 a 163.

[7] Sobre el tema de nuevo el esclarecedor análisis de López Guerra, *ibidem,* pp. 154 a 160.

[8] El análisis se centra en las redes vinculadas a la UE, pero es perfectamente aplicable al CoE, Claes, M. & De Visser, M., «Are you Networked Yet?, On Dialogues in European Judicial Networks», *Utrecht Law Review*, vol 8, n.º 2, 2010, p. 100. Sobre estas formas de rela-

En la creación de este soft Law, podemos marcar un momento de nacimiento muy claro en los años 90 donde se sentarán las bases del concepto de independencia judicial y un desarrollo del mismo a partir de 2010.

2.1. La construcción de las bases del concepto de independencia judicial en el CoE

En este primer periodo de lenta puesta en marcha de la definición de la independencia judicial conviene destacar cuatro hitos fundamentales: la aprobación, en 1994, de la Recomendación del Consejo de ministros 94(12); la adopción de la Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces (1998); la creación y actividad de la Comisión de Venecia a partir de 1990 y la creación en el año 2000 del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos (CCJE).

La recomendación 94(12) sobre la independencia, eficiencia y papel de los jueces adoptada por el Comité de Ministros el 13 de octubre de 1994 es el primer documento en el que el CoE realiza una aproximación global a la cuestión de la independencia judicial. Se trata de una recomendación muy breve cuyos antecedentes conectan su contenido con los Principios Básicos de Naciones Unidas en materia de independencia judicial de 1985 y con la jurisprudencia del TEDH en relación con el artículo 6 del CEDH. El documento, básicamente, procedía a identificar los principios generales sobre la independencia de los jueces (como la garantía de la autoridad de los jueces, condiciones de trabajo, derecho a asociarse y deberes generales de los magistrados). En particular, se abordará con detenimiento las recomendaciones en relación con el cese y las sanciones de los jueces.

La Carta Europea sobre el Estatuto de los jueces (1998) comenzó a gestarse en una reunión multilateral celebrada en julio de 1997 en la que participaron representantes de 13 Estados miembros del CoE y diversas organizaciones y entidades vinculadas al mundo judicial europeo. El texto fue aprobado un año después en una segunda conferencia multilateral celebrada los días 8 a 10 de julio de 1998. Ambas conferencias fueron impulsadas por el Directorado de Asuntos Judiciales del CoE. El texto

---

ción entre jueces, Bustos Gisbert, R., «Comunicación transjudicial en Europa en defensa de la independencia de los jueces», *RDCE*, n.º 33, 2020.

final carece de valor formal pues constituye básicamente una guía acerca de cómo debe elaborarse en los Estados miembros un Estatuto para los jueces y magistrados, si bien, de nuevo, ha sido utilizado a menudo por el TEDH en su jurisprudencia.

Los puntos de referencia para su redacción, según se reconoce en sus antecedentes, fueron la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6 CEDH, la Recomendación (94) 12 recién mencionada y los ya citados principios básicos relativos a la independencia judicial de Naciones Unidas (1985). El texto, como su propio nombre indica, se centra en la regulación de los aspectos esenciales del estatuto jurídico de los jueces incluyendo selección, reclutamiento y formación; nombramiento e inamovilidad; desarrollo de la carrera judicial; responsabilidad de jueces y magistrados; remuneración y bienestar social; y cese.

En esta primera fase ha de destacarse también la labor de la Comisión de Venecia. El nacimiento de esta comisión ha de situarse en el contexto histórico de la caída del muro de Berlín y los inminentes retos que se le iban a plantear al CoE para integrar a los Estados del otro lado del telón de acero. Contexto en el que el ministro italiano de asuntos europeos, Antonio La Pergola, promovió su creación, alcanzada mediante un acuerdo parcial de 18 Estados en 1990 de modo que a finales de 2002 todos los Estados del CoE estaban adheridos. Actualmente la Comisión ha rebasado las fronteras de los miembros del CoE en cuanto tiene 61 miembros incluyendo Estados africanos, americanos y asiáticos[9].

El trabajo de la Comisión, en lo que a estas páginas interesa, es de naturaleza consultiva tanto respecto a reformas constitucionales y legales en marcha en los Estados miembros, como respecto a la emisión de informes mucho más generales sobre materias que hayan sido objeto de la petición específica. Fruto de esta labor se elaboran compendios de estándares que acaban siendo utilizados para la elaboración de recomendaciones.

---

[9] Sobre la Comisión véase el trabajo clásico de J. Jowell, «The Venice Commission: Disseminating Democracy through Law», *Public Law*, n.º 24, 2001, pp. 675 y ss y el más moderno de W. Hoffmann-Riem, «The Venice Commission of the Council of Europe: Standards and Impact», *International Journal of European Law*, n.º 25, 2014, pp. 579 y ss. En castellano véase. P. Craig, «Constitucionalismo transnacional: la contribución de la Comisión de Venecia», *TRC*, n.º 40, 2017, pp 79 y ss y Biglino Campos, P. «La Comisión de Venecia y el Patrimonio Constitucional Común», *RGDC*, n.º 28, 2018, pp. 1 y ss. La propia Comisión mantiene un listado de trabajos en su página web: https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_01_Articles&lang=EN.

En el primer sentido, la Comisión se pronunció sobre reformas legislativas en el periodo objeto de examen (de 1990 a 2010) en más de 40 ocasiones. En este periodo interesa sobre todo el informe general sobre los nombramientos judiciales emitido el 22 de junio de 2007[10] a petición del Consejo Consultivo de Jueces Europeos en la elaboración de su opinión número 10 sobre los Consejo Judiciales (vid *infra*). A pesar de su nombre, el informe versa sobre los consejos judiciales, más que sobre los nombramientos judiciales.

Respecto al Consejo Consultivo de los Jueces Europeos (CCJE) se trata también de un órgano consultivo creado por el Comité de Ministros del CoE en el año 2000. Su objeto se centra en asesorar en materias relativas a la independencia, imparcialidad y competencias de los jueces. Está compuesto exclusivamente por jueces en representación de todos los Estados miembros del CoE. Igualmente, tienen presencia sin derecho a voto otros órganos del Consejo de Europa (el TEDH, pero también el Consejo Consultivo de los Fiscales Europeos y otros órganos y comités), otras organizaciones internacionales y otros observadores (Estados y asociaciones o redes de profesionales relacionados.

Desde su origen sus funciones más relevantes[11] son preparar opiniones sobre: 1) Estado de Derecho, separación de poderes, independencia del poder judicial, aplicación práctica de los principios del Estado de derecho, imparcialidad e los jueces; 2) Gestión y administración de tribunales; 3) Competencias de los jueces: formación judicial, derechos y obligaciones de los jueces, conducta y ética profesional; 4) Dimensión internacional de los jueces; 5) Justicia y sociedad; 6) Cooperación con las instituciones judiciales nacionales. Estos informes se realizarán sobre la base de peticiones de sus miembros o por iniciativa de órganos del Consejo de Europa.

En el periodo objeto de examen (2000 a 2010) las opiniones número 1 y número 10 son particularmente importantes desde el punto de vista de la independencia judicial. La primera, de 23 de noviembre 2001, se refiere a las normas relativas a la independencia y a la inamovilidad de los jueces[12] y constituye es el punto de partida de toda la actividad posterior. La segunda opinión es la número 10 sobre los «Consejos de Justicia al Servicio de la Sociedad» de 23 de noviembre de 2007.

---

[10] Comisión Venecia (European Commission for Democracy through Law). *Judicial Appointments*, CDL-AD(2007)028, de 22 de junio de 2007.

[11] Véase Apéndice A: Main Actions Areas for the Purpose of Establishing Priorities within the Global Action Programme, en Consultative Council of European Judges: Framework Global Action Plan for Judges in Europe. CCJE(2001)24, de 12 de febrero de 2001.

[12] CCJE(2001)OPNº1.

2.2. La lucha por la independencia judicial (2010-2020)

El año 2010 va a ser un claro punto de inflexión respecto a la normativa sobre independencia judicial dimanante de los diferentes órganos del CoE. Es difícil saber cuáles fueron los motivos del crecimiento cualitativo y cuantitativo de este conjunto de normas. Quizás fuera consecuencia de los resultados de los trabajos previos sobre todo de la ya muy consolidada Comisión de Venecia y del CCJE o quizás tuviera que ver con la apreciación de disfunciones en materia de Estado de Derecho ya presentes en el Este de Europa (muy singularmente Ucrania[13]) o claramente previsibles incluso en el seno de la UE (la primera victoria electoral del partido Fisdez, liderado por Victor Orban, en Hungría precisamente se produce en Abril de 2010). Sea como fuere en 2010 se aprueban tres textos esenciales para la evolución del acervo normativo del CoE en materia de independencia judicial precisamente en el Comité de ministros, en la Comisión de Venecia y en el CCJE.

Cronológicamente el primer texto es el Informe sobre Independencia judicial, Parte 1, de la Comisión de Venecia, emitido a petición de la Presidencia de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria del CoE, aprobado en la reunión de marzo de 2010[14].

Por su parte, el 17 de noviembre de 2010 el Comité de Ministros del CoE aprueba una recomendación sobre *Jueces: independencia, eficiencia y responsabilidades*. La recomendación sustituye a la aprobada en 1994 y recoge los avances realizados en la materia desde entonces por los diferentes órganos consultivos del CoE, en especial los relativos a la importancia de la creación de los Consejos Judiciales. Responde, según se sostiene en su memorándum explicativo, a la creciente demanda de la mayor eficiencia posible en el funcionamiento de los poderes judiciales como garantes de los derechos. La recomendación se divide en siete capítulos y un memorándum explicativo y resulta mucho más pormenorizada que la aprobada 16 años antes.

Exactamente el mismo día en que se aprueba la recomendación, el 17 de noviembre de 2010, y en el mismo lugar (el Palais de l'Europe de

[13] No deja de ser significativo, por ejemplo el Informe de la Comisión Venecia sobre la reforma judicial en Ucrania de 20 de marzo de 2007 (CDL-AD(2007)003) en el que se felicita de los avances producidos en Ucrania si se compara con el extraordinariamente crítico informe de 16 de marzo de 2010 (CDL-AD(2010)003) sobre el proyecto de ley sobre el sistema judicial y el status de los jueces en Ucrania.

[14] CDL-AD(2010)004.

Estrasburgo) el CCJE adopta la Carta Magna de los Jueces. La reunión conmemoraba los 10 años de funcionamiento del CCJE y el texto aprobado sintetiza y codifica las conclusiones de los informes adoptados durante ese tiempo. No deja de ser significativo que la inmensa mayoría de este texto, subtitulado «principios fundamentales», se dedique precisamente a la independencia judicial. Se trata de un documento complementario a la recomendación aprobado por el órgano consultivo del CoE exclusivamente formado por jueces.

Los tres textos recién citados (la Recomendación (2010)12, el informe sobre independencia judicial de la Comisión Venecia y la Magna Carta de los Jueces) constituyen la triada básica de la definición de la independencia judicial en el soft Law del CoE. Pero la actividad sobre la materia se ha desarrollado con posterioridad en la labor de los órganos consultivos. Entre ellos destacan los nuevos textos aprobados por la Comisión de Venecia y por el CCJE-

La Comisión de Venecia ha desempeñado desde 2010 una labor extremadamente poco conocida y casuística en la materia mediante el desarrollo de sus funciones consultivas, ante reformas legislativas o constitucionales que afectaran al poder judicial de los Estados miembros. Esta labor, como ya se ha apuntado, era ya relevante antes de 2010, pero se ha incrementado exponencialmente desde entonces. Resulta muy difícil evaluar su impacto en las reformas,aunque ciertamente los grandes procesos políticos generadores de problemas de independencia judicial han recibido una constante respuesta en informes específicos de la Comisión. Los casos de Ucrania[15], Hungría[16] o Polonia[17], son sin duda los

[15] Respecto a Ucrania pueden consultarse entre otras las siguientes opiniones relativas a distintas reformas judiciales: CDL-AD(109)027; CDL-AD(2017)026; CDL-AD(2017)020; CDL-AD(2017)034; CDL-AD(2015)043; CDL-AD(2015)027; CDL-AD(2015)026; CDL-AD(2015)013; CDL-AD(2015)007; CDL-AD(2013)034; CDL-AD(2013)014; CDL-AD(2011)033; así como el inicio de los problemas con las sucesivas opiniones en CDL-AD(2010)003.

[16] Así el durísimo primer informe CDL-AD(2012)001 sobre la reforma judicial húngara que siguió a la reforma constitucional de 2010 (y que en última instancia acabará generando el caso Baka c. Hungría examinado más adelante). Igualmente relevante serán los informes sobre la reforma del Tribunal Constitucional (CDL-AD(2012)009); la reforma del estatuto jurídico de los magistrados y la concentración de poderes en el presidente del Consejo (CDL-AD(2012)001). Las reformas introducidas como consecuencia de los anteriores informes tampoco pasaron totalmente el filtro de la comisión (CDL-AD(2012)020).

[17] Comenzando por los informes sobre la reforma del tribunal constitucional polaco (2016)001 y CDL-AD(2016)026), siguiendo por con la opinión en el caso de la reforma del Consejo de Justicia (CDL-Ad(2017)031) y terminando con la opinión urgente sobre la organización de los tribunales de Derecho Común, Tribunal Supremo y otras leyes (CDL-AD(2020)002).

más conocidos en nuestro entorno; pero basta con examinar someramente los informes emitidos y sus temáticas en la página web de la Comisión para comprobar su enorme actividad. De dicha actividad es buena prueba el documento publicado en marzo de 2015[18] en el que se compilan de manera ordenada las Opiniones e Informes de la Comisión de Venecia relativos a Tribunales y Jueces. Se trata de una mera compilación por tanto de naturaleza meramente casuística y enormemente condicionada por las circunstancias concretas de tiempo y lugar en las que fueron emitidas. Pero más allá de eso constituye una indudable fuente de conocimiento de cuál es la posición de la Comisión en los grandes temas en los que ha sido llamada a pronunciarse en más de 82 opiniones o informes por países entre diciembre de 1993 y diciembre de 2014 (además de los dos informes ya mencionados sobre nombramientos judiciales de 2007 y sobre independencia judicial de 2010)[19] .

Junto a esta labor de informe respecto a reformas constitucionales y legislativas de los Estados miembros, la Comisión ha tenido ocasión de emitir también valoraciones temáticas más generales relevantes para estas páginas. En particular conviene destacar el Informe sobre Estado de Derecho[20] adoptado el 4 de abril de 2011 y que ha dado lugar a la muy conocida «Checklist» sobre Estado de Derecho[21].

El informe, como su propio nombre indica, no tiene por objeto la independencia judicial propiamente, sino el Estado de Derecho. En este contexto se realiza un indudable esfuerzo por sentar las bases comunes de este concepto en el marco europeo, pese a la existencia de tres tradiciones diferenciadas que podrían definirse en tres denominaciones distintas: Rule of Law, Rechtsstaat y État de Droit. La definición común que el informe apunta como punto de partida (párrafo 16) es aquella que lo considera un elemento inherente de toda sociedad democrática en virtud de la cual todo ser humano ha de ser tratado con dignidad,

---

[18] European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission); Compilation of Venice Commission Opinions and Reports concerning Courts and Judges; de 5 de marzo de 2015, CDL-PI(2015)001.El documento está actualizado a diciembre de 2014.

[19] Es significativo señalar que el periodo 1993-2010 incluye casi tantas opiniones (43) que el periodo 2010-2014 (39) lo que denota el significativo aumento de la labor de la Comisión en general y de la importancia de la cuestión judicial en su labor.

[20] European Commmission for Democracy Through Law (Venice Commission); Report on the Rule of Law, de 4 de abril de 2011. CDL-AD(2001)003.

[21] La Checklist es incluida en el informe recién citado como anexo y es desarrollada en un documento posterior: European Commmission for Democracy Through Law (Venice Commission); Rule of Law Checklist, CDL-AD(2016)007, de 18 de marzo de 2016.

igualdad y racionalidad y de acuerdo con la ley por los poderes públicos. Además, continúa la definición, los ciudadanos han de tener la posibilidad de cuestionar sus decisiones ante tribunales independientes e imparciales de acuerdo con procedimientos justos. El Estado de Derecho se referirá por tanto al ejercicio del poder y a la relación entre los ciudadanos y el Estado.

Desarrolla la cuestión estableciendo los elementos esenciales de tal concepto en torno a seis ejes: 1) Supremacía del Derecho; 2) Seguridad jurídica; 3) Prohibición de la arbitrariedad; 4) Acceso a la jurisdicción ante tribunales independientes e imparciales; 5) Respeto a los derechos fundamentales; 6) No discriminación e igualdad ante la ley.

Como ha señalado CRAIG[22], precisamente comentando este informe para su aplicación a la crisis de Estado de Derecho actual en la UE, estos seis elementos interpelan directamente, en mayor o menor medida a la garantía de la independencia judicial si bien es en el cuarto de ellos donde tal interacción es más inmediata.

La checklist va a ser desarrollada en un documento posterior en 2016[23] en el que se destaca el carácter evolutivo del concepto y la necesidad de su adaptación a diferentes contextos legales y fácticos[24] y sobre todo en el que se desarrolla pormenorizadamente la lista de cuestiones que han de responderse ante una evaluación acerca del nivel de protección del Estado de Derecho en cada país.

La importancia de este informe y de la checklist en la práctica posterior tanto del CoE como de la UE ha sido enorme. En tal sentido no solo inspira la actividad de supervisión del cumplimiento de los estándares del CoE, sino que también ha sido el punto de referencia permanente para la Unión Europea en la evaluación del respeto al mismo por parte de los Estados en varios sentidos. En primer lugar, como criterio

---

[22] Craig, P., «Definition and conseptualisation of the Rule of Law and the role of Judicial Independence therein» en *Rule of Law in Europe. Perspectives from practitionaers and Academics;* EJTN, Bruselas, 2019.

[23] European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Rule of Law Checklisst. Study nº71172013, de 18 de marzo de 2016, CDL-AD(2016)007.

[24] No deja de ser interesante como el propio informe destaca la existencia de una aproximación diferente, pero muy similar, al concepto de Estado de Derecho en el caso de la UE que ha conducido a su configuración jurisprudencial como un principio general de su propio ordenamiento jurídico. Para el TJUE, continúa la Comisión, tal principio incluye: la supremacía del Derecho, el equilibrio institucional, la revisión judicial de las decisiones; derechos fundamentales procesales, incluido el derecho a un recurso efectivo así como los principios de igualdad y proporcionalidad (Venice Commision CDL-AD(2016)007, párrafo 42).

de evaluación de países candidatos; en segundo lugar, como criterio de supervisión para algunos Estados miembros con mecanismos específicos de monitorización (Bulgaria y Rumania); en tercer lugar, como elemento para la definición de sus propios mecanismos de supervisión del Estado de Derecho (las estrategias de fortalecimiento del Estado de Derecho diseñadas por la Comisión o en la elaboración del *Justicesco-reboard*); en cuarto lugar, como guía básica para la justificación de acciones por incumplimiento ante el TJ y para la activación del art. 7.1 UE. Siendo sin duda un documento de *soft Law*, su importancia es indudable[25].

Por su parte, de las 10 opiniones emitidas por el CCJE en el periodo 2010-2019, nos interesan especialmente dos a los efectos de estas páginas. En primer lugar, la opinión nº18 (2015) «sobre la posición del poder judicial y su relación con los demás poderes del Estado en una democracia moderna»[26] donde se abordan directamente cuestiones esenciales respecto a la definición de la independencia judicial externa. En segundo lugar, la opinión número 19 de 2016[27] abordó, por su parte, un aspecto esencial de la independencia judicial interna como es el papel de los presidentes de los tribunales.

2.3. Recapitulación: el contenido del *soft law*

La visión de la independencia judicial expresada en estos textos podría resumirse en la configuración del concepto como un principio básico de la separación de poderes y como la garantía de un estatuto jurídico capaz de asegurar la posición del juez individual. Esto es, el *soft law* del CoE se ha centrado en las dimensiones objetiva y estatutaria de la independencia judicial puesto que la dimensión subjetiva (como derecho de los ciudadanos) ha sido sobre todo abordada por el TEDH.

A partir de esta conclusión caben destacarse varios principios claros en el contenido de dichos documentos:

---

[25] Sobre esta influencia, en especial en los procesos de adhesión de los países del este de Europa a la UE, véase Siebert-Fohr, A. «Judicial Independence in European Union Accessions: The Emergence of a European Basic Principle» *German Yearbook of International Law*, 52, 2009, pp. 418 y ss.

[26] CCJE: Informe nº18(2015). La posición del Poder Judicial y su relación con los demás poderes del Estado en una democracia moderna. 16 de Octubre de 2015, CCJE(2015)4.

[27] CCJE, Informe nº 19 (2016), El papel de los Presidentes de los Tribunales, adoptado el 10 de noviembre de 2016, CCJE(2016)2.

La independencia judicial ha de estar reconocida en las constituciones de los Estados miembros en lo referido a sus elementos más básicos. El desarrollo de los mismos ha de ser realizado primariamente mediante una norma con rango de ley buscando amplios consensos entre todos los grupos políticos relevantes y evitando la mera imposición de la mayoría sobre las minorías.

La independencia judicial tiene una dimensión objetiva y una dimensión subjetiva. En la primera se concibe como una cualidad indispensable del poder judicial propio de un Estado basado en el *rule of Law*. En la segunda se trata de un derecho de todo justiciable para obtener un juicio justo. Por tanto, la independencia no es un fin en sí mismo, ni un privilegio de los jueces. Es un principio tendente a garantizar elementos básicos del Estado de Derecho y de los derechos de los ciudadanos.

La independencia supone la interdicción de la presión indebida sobre los jueces sin referencia al proceso del que estén conociendo. En este punto es en el que se diferenciaría (al menos teóricamente) de la imparcialidad que se refiere a la prohibición de las presiones y prejuicios presentes en relación a las partes o a los intereses en conflicto en un concreto proceso judicial. Las presiones frente a las que ha de estar protegido el juez pueden proceder de otros poderes del Estado o de otros sujetos (independencia externa) o del seno del propio del poder judicial, sea por presión de órganos superiores, presidentes de tribunales o, por supuesto, consejos judiciales (independencia interna).

La independencia judicial puede garantizarse mediante la creación de un consejo judicial. Es más, el consejo judicial es el modelo «preferido» por el CoE, pero tolera muchas otras fórmulas de autogobierno debido a la heterogeneidad de los mecanismos de gobierno del poder judicial en los Estados miembros. Pero si se opta por un consejo judicial, el CoE ofece una serie de reglas generales respecto a su organización de modo que su composición y funciones reflejen la finalidad básica de proteger la independencia judicial. Por ello, los documentos del CoE sostienen que la mayoría de sus miembros (o un número significativo, dependiendo de los documentos) han de ser jueces elegidos por sus pares debiendo evitarse todo tipo de posibles condicionamientos políticos en el nombramiento, funcionamiento o cese de los consejos. Sus funciones han de orientarse a asegurar la posición del juez frente a cualquier presión externa tanto desde la defensa de su independencia individual como desde la del poder judicial en su conjunto. Por ello, desempeñará competencias esenciales en todas las cuestiones relativas al estatuto de los jueces y magistrados, entre otras.

La independencia judicial condiciona de manera determinante el estatuto jurídico de los jueces y magistrados. En este sentido todos los elementos claves del mismo han de defender la independencia del juez y del propio poder judicial en su conjunto. Ello se va a plasmar en la garantía de la ausencia de presiones externas (con distintos mecanismos) en su selección, nombramiento, promoción y cese; en sus incompatibilidades generales y referidas a casos concretos; en el libre ejercicio de su cargo (con especial referencia a la inamovilidad y al reparto de asuntos) y desarrollo de la carrera profesional; en la remuneración; en la responsabilidad (civil, penal y disciplinaria) en el ejercicio de su cargo; y en la importancia de la tutela del asociacionismo judicial tanto nacional como internacional.

La independencia judicial ha de ser garantizada por los propios jueces. En tal sentido todas las decisiones de los poderes públicos (judiciales o no) que puedan afectar a la independencia judicial han de fundarse en criterios objetivos, preestablecidos y transparentes susceptibles de revisión judicial.

La independencia judicial ha de ser percibida por los ciudadanos. La independencia es, pues, también una cuestión de apariencias. En tal sentido resultará básico el respeto mutuo entre poderes y, en particular, la interdicción de los ataques excesivos (que no la crítica) que puedan menoscabar la confianza de los ciudadanos en la independencia judicial.

La independencia judicial no solo condiciona el estatuto jurídico de los jueces y magistrados, sino también su estatuto deontológico. El CoE apoya claramente el desarrollo de normas de conducta ética e instrumentos de autocontrol deontológico tendentes a garantizar la máxima ejemplaridad, especialmente en la apariencia de independencia, en el poder judicial. Ejemplaridad tendente a incrementar la confianza en la justicia independiente necesaria en un Estado de Derecho.

3. La independencia judicial en la jurisprudencia del TEDH hasta 2010: la definición del derecho a un juez independiente (dimensión subjetiva de la independencia judicial)

La aproximación a la independencia judicial realizada por el TEDH hasta 2010 se centró de manera casi exclusiva en determinar el contenido y alcance del derecho a un juez independiente establecido por la ley contenido en el art. 6 del CEDH. Ello era resultado de que las demandas que alcanzaban al tribunal procedían de ciudadanos particulares que conside-

raban que alguno de los jueces o tribunales nacionales que habían intervenido en su caso no podían considerarse independientes. Dado este origen, la jurisprudencia se centrará en determinar el concepto de independencia judicial en una de sus facetas, la del derecho de todo ciudadano[28].

Esta jurisprudencia identificará tempranamente cuatro criterios básicos para decidir si un tribunal puede o no ser considerado independiente.

El primero es el de la *forma de nombramiento*. Este criterio es entendido en términos dinámicos y ligado a las circunstancias específicas del caso. Se aceptan, con carácter general, los nombramientos realizados por otros poderes del Estado, en especial el ejecutivo[29]. De hecho, esto es bastante habitual en muchos de los Estados miembros. Lo que verdaderamente preocupa al TEDH no es tanto la existencia de algún tipo de relación de dependencia «en origen» debida a la forma de nombramiento, como la garantía de plena independencia «en ejercicio» de la función jurisdiccional. Dicho de otro modo, el origen y forma de nombramiento no es tan relevante como la ausencia de presiones externas en el subsiguiente ejercicio de la función. Aunque la forma de nombramiento es uno de los factores claves en la decisión sobre la independencia de un tribunal, no es definitivo para el resultado final del caso.

Lo mismo puede decirse respecto al segundo de los criterios a tener en cuenta: *las condiciones de ejercicio del cargo* y, en especial, la inamovilidad que, sin embargo, se convertirá, como veremos en un criterio básico respecto a la dimensión estatutaria del derecho. Aquí, sin embargo, es solo uno de los elementos que han de valorarse (junto a otros) en la determinación del derecho al juez independiente[30]. Este criterio incluye una serie de principios que pueden ser pertinentes. Así, por ejemplo, no exige que el nombramiento como juez sea vitalicio, pero sí que solo pueda extinguirse el nombramiento por causas claramente establecidas en la ley[31]. Obviamente, cuanto más larga sea la duración del nombra-

---

[28] Los leading cases serán *Campbell and Fell* c *Reino Unido;* de 28 de junio de 1984*, Langborger c Suecia*, de 28 de junio de 1989 y *Klein et al c Países Bajos,* de 6 de mayo de 2008.

[29] Esto es claro desde *Campbell and Fell* c *Reino Unido;* de28 de junio de 1984, par 67 hasta *Sacilor-Lomines c Francia*, de 9 de noviembre de 2006, par 67. Aún así puede apreciarse una evolución cuando se comparan esos casos con el de *Brudnicka c Polonia,* de 3 de marzo de 2005 en el que el nombramiento por el ejecutivo del juez se considera una violación del derecho al juez independiente (aunque en el caso concurrían otras circunstancias que apoyaban tal conclusión).

[30] Como excepciones en las cuales el TEDH consideró este factor casi en exclusiva para concluir la violación del derecho pueden consultarse *Belillos c Suiza*, de 29 de abril de 1988 y *Luka c Rumanía*, de 21 de julio de 2009.

[31] Véase *Bryan c Reino Unido,* de 22 de noviembre de 1995.

miento, mayor independencia será reconocida[32]. De ahí deriva la clara desconfianza del tribunal frente a los jueces provisionales cuando las condiciones para convertirse en jueces permanentes no sean claras[33]. También son relevantes las normas de reparto de asuntos entre los jueces, en particular desde la óptica de la independencia judicial interna [34]. Por último, son esenciales las reglas relativas al cese y traslado forzoso para garantizar la independencia en los términos que serán concretados en el siguiente apartado.

El tercer criterio para evaluar el derecho a la independencia judicial se refiere a la *prohibición de presiones (externas o internas) sobre el juez*. Como es fácilmente imaginable resulta muy complicado en la práctica poder demostrar la influencia de tales presiones en la labor del juez[35]. Por ello los indicios de presión suelen ser utilizados como un criterio complementario. En ese contexto las garantías frente a amenazas a la independencia procedentes desde dentro del poder judicial (en especial las procedentes de consejos judiciales) son las más utilizadas en cuanto que el proceso de decisión judicial deja más claras huellas de presiones inaceptables sobre jueces concretos[36]. La existencia de criterios laxos para la asignación y reasignación de casos será también un elemento clave en este punto, pero de nuevo, tal laxitud se convertirá en *ratio decidenci* para la declaración de falta de independencia solo en casos flagrantes[37] o cuando respondan a defectos sistémicos. Defectos que se han referido a diseños institucionales y organizacionales que permiten al ejecutivo bloquear la ejecución de sentencias o reabrir casos cerrados[38], o, en fin, el inconvencional diseño de la justicia militar en algunos Estados[39].

---

[32] Véase *Le Compte, Van Luve & De Meyere c Bélgica*, de28 de junio de 1981 o *Ninn-Hansen c Dinamarca*, de18 de mayo de 1999.

[33] *Henrik Urban & Ryszard Urban c Polonia*, de 30 de noviembre de 2010.

[34] *Miracle Europa c Hungría*, de 12 de enero de2016, en particular, par 57.

[35] Para una aproximación general al concepto de presiones indebidas véase *Thiam* c *Francia*, de 18 de octubre de 2018, paras. 77 et seq.

[36] Así, *Daktaras c Lituania*, de10 de octubre de 2010 o *Moisejev c Rusia*, de 9 de octubre de 2008.

[37] Para presiones procedentes del poder judicial, véase por ejemplo, *Agrokompleks* c. *Ucrania*, de 6 de noviembre de 2011 y *Khrykin c Rusia* y *Baturlova c. Rusia,* ambas de 19 de abril de 2011. Para presiones procedentes de fuera del poder judicial resulta muy interesante *Rinau* c *Lihuania*, de14 de enero de 2020.

[38] Sobre el tema *Findlay c Reino Unido*,de 25 de febrero de 1997; *Brumarescu c Rumanía*, de28 de enero de 1999, *Bochan c Ucrania*, de 3 de mayo de 2007 (especialmente par. 61) y *Draft-OAva A.S. c Eslovaquia* de 9 de junio de 2015 (pars 58/59).

[39] Véase la saga contra el Reino Unido iniciada en *Findlay c Reino Unido,* de 25 de febrero de 1997 y terminada en *Cooper c Reino Unido*, de 16 de diciembre de 2003 y la desa-

El criterio fundamental para la determinación de si el derecho al juez independiente ha sido lesionado es, sin lugar a dudas, el de la *apariencia de independencia*. Este criterio opera como un crisol en el que precipitan simultáneamente los otros tres criterios de acuerdo con las circunstancias del caso. En concreto, se aplica un test de apariencia de independencia ante las partes y ante los ciudadanos[40]. Así, la falta de independencia solo será apreciada si un observador externo acepta como razonable y objetivo el argumento, visto desde una parte o desde la opinión pública, de que el tribunal que decide el caso es insuficientemente independiente a la vista de la consideración conjunta de su composición, las condiciones de ejercicio del cargo de los jueces y la posible existencia de presión externa indebida.

Este tipo de análisis implica un alto grado de casuismo que está fuertemente condicionado por las circunstancias de cada asunto[41] lo que, genera una alta falta de predictibilidad respecto del resultado del caso[42]. Sin embargo, también permite una gran flexibilidad dado que los diseños constitucionales de los poderes judiciales en los Estados dependen en gran medida de particulares tradiciones constitucionales e implican, frecuentemente, reglas no escritas y convenciones constitucionales relativas al comportamiento de los jueces y del resto de poderes respecto a ellos. Conectar la apariencia de independencia con las circunstancias del caso (con ello con las de un concreto país) permite una distinción sutil entre un Estado de Derecho consolidado y no consolidado. La aplicación de los estándares será mucho más generosa en el primer caso. En fin, detrás de este casuismo descansa la necesidad de respectar distintas culturas jurídicas en los Estados miembros y la diferente efectividad de la independencia judicial en la práctica[43].

Con ello además se introduce un elemento objetivo o institucional en la definición del derecho al juez independiente. La cuestión clave es si el

---

rrollada contra Tuquía iniciada en *Incal c Turquía*, de 9 de junio de 1998 y terminada en *Ahmet Koç c Turquía*, de 22 de junio de 2004.

[40] Paradigmática de esta forma de aproximación al problema es *Fruni* c Eslovaquia, de 21 de junio de 2011, especialmente pars 139 et seq.

[41] Compárese el resultado final de los casos *Campbell and Fell c Reino Unido,* de 28 de junio de 1984 con *Sramek c Austria*, de 22 de octubre de 1984 o *Sacilor Lomines c Francia*, de 9 de noviembre de 2006 con *Pabla Ky v Finland*, de22 de junio de 2004.

[42] Véase el sorprendente resultado de *Rustavi 2 Broadcasting Company Ltd v Georgia*, de 18 de junio de 2019 que posiblemente solo puede explicarse por la relevancia política y democrática del asunto concreto.

[43] Véase Nussberger, A., «Rule of Law in Europe. Demands and Challenges for the European Judiciary», Craig, P. *et al., Rule of Law in Europe: Perspectives from practitioners and academics*, (EJTN, 2019), pp. 82 a 86.

tribunal nacional tiene la confianza de los ciudadanos. Confianza que no es solo una cuestión de si el derecho a un juicio equitativo del litigante se ha respetado, sino también una cuestión acerca de las expectativas de los ciudadanos respecto a si los tribunales están actuando sin presiones externas. Aquellos que buscan justicia tienen, a priori, que confiar en la independencia de los tribunales. Ello genera una obligación general de crear un marco jurídico nacional asegurando la independencia de los tribunales[44]

4. La independencia judicial en la jurisprudencia del TEDH a partir de 2010: la definición del derecho del juez a su independencia (dimensión estaturia de la independencia judicial)

Al igual que en el campo del soft law ya examinado, la segunda década del siglo va a traer una radical renovación del concepto de independencia judicial, ahora, en la jurisprudencia del TEDH. Pero para que esta renovación se produjera fue necesario previamente que el TEDH extendiera la aplicabilidad del derecho a un juicio equitativo, en su vertiente civil, reconocido en el art. 6 CEDH a toda demanda sustentada en un derecho reconocido en el ordenamiento jurídico nacional. Esta interpretación permitió extender el ámbito de aplicación del art. 6 a los derechos laborales de trabajadores y servidores públicos que incluirían, aunque esto no estuviera claro en un primer momento, a los jueces y fiscales nacionales. Esta extensión se realiza en la sentencia *Eskelinen*[45] (2006) que tuvo dos efectos positivos en el modo en el que el TEDH afrontaba casos relacionados con la independencia judicial. Por una parte, aseguró que las decisiones relativas al estatuto jurídico de los jueces deberían ser revisados por órganos independientes (véase *infra*). Por la otra, permitió que los jueces insatisfechos con la forma en que las autoridades nacionales habían protegido sus derechos, pudieran recurrir ante el TEDH. En pocas palabras, la ampliación del ámbito de aplicación del art. 6 permitió que las decisiones nacionales relativas al nombramiento, promoción, cese o régimen disciplinario de los jueces pudieran ser objeto de revisión por el TEDH.

---

[44] Adam, S., «Judicial independence as a functional and constitutional instrument for upholding the Rule of Law in the European Union», en Craig, P. *et al, Rule of Law in Europe: Perspectives from practitioners and academics*, (EJTN, 2019), pag. 20.

[45] *Vilho Eskelinen y otros* c *Finlandia*, de 19 de abril de 2007.

De este modo a partir de 2013 se produce la renovación radical del case law de Estrasburgo consecuencia de las demandas presentadas, sobre todo, por jueces europeos en defensa de sus derechos. A los leading cases primigenios *Oleksander Volkov c. Ucrania* (2013)[46]; *Baka c. Hungria* (2014 Sala y 2016 Gran Sala)[47], *Nunes de Carvalho e Sa c Portugal* (2016 Sala y 2018 Gran Sala)[48], se unirán los casos derivados de regresiones en el Estado de Derecho en Turquía y Polonia entre los que destacarán *Alpasarian c Turquía* (2019)[49], *Eminagaoglu c Turquía* (2021)[50], *Reczkowicz c Polonia* (2021). A estos supuestos habrá que sumar los casos procedentes de demandas de particulares que alegan que los tribunales que decidieron su caso no fueron constituidos de acuerdo con la ley desde *Guðmundur Andri Ástráðsson c Islandia* (2020)[51], y que se aplicará a la regresión en Estado de Derecho, entre otros, en *Xero Flor w Polsce sp a o.o. c Polonia* (2021)[52] o en *Advance Pharma sp z.o.o. c Polonia* (2022)[53] y, ya muy recientemente, en *Walesa c Polonia* (2023)[54] y en *Przybyszewska y otros c. Polonia* (2023)[55]

En la definición de la dimensión estatutaria de la independencia judicial, el TEDH ha seguido tres líneas de razonamiento: la garantía institucional del derecho a un juez «establecido por la ley», la revisión judicial de toda decisión relacionada con el estatuto del juez y la obligación de tener en cuenta la independencia judicial en la evaluación de los derechos sustantivos del juez.

a) El derecho a un juez independiente «establecido por la ley»

Se trata de uno de los más modernos desarrollos realizados por el TEDH a partir de la sentencia *Guðmundur Andri Ástráðsson c Islandia*

[46] *Oleksander Volkov C Ucrania,* de 9 de enero de 2013.

[47] *Baka c Hungría,* de 37 de mayo de 2014 (Sala) y de 23 de junio de 2016 (Gran Sala).

[48] *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c Portugal*, de 21 de junio de 2016 (Sala) y de 6 de noviembre de 2018 (Gran Sala).

[49] *Alpasarian Altan c Turquía*, de 16 de abril de 2019.

[50] *Eminagaoglu c Turquía*, de 9 de marzo de 2021.

[51] *Guðmundur Andri Ástráðsson c Islandia,* de 1 de diciembre de 2020.

[52] *Xero Floor w Polsce sp a.o.o. c. Polonia*, de 7 de mayo de 2020.

[53] *Advance Pharma sp z.o.o. c Polonia,* de 3 de febrero de 2022.

[54] *Walesa c Polonia,* de 23 de noviembre de 2023.

[55] *Przybyszewska y otros c. Polonia*, de 12 de diciembre de 2023.

después de un diálogo muy fructífero con el Tribunal de Justicia de la UE[56]. En dicha sentencia el TEDH declaró que el tribunal nacional no estaba «establecido por la ley» porque las reglas estatales reguladoras del nombramiento de uno de los jueces que componían la sala juzgadora habían sido infringidas manifiestamente de manera que se comprometía la independencia del tribunal.

Esta nueva línea jurisprudencial requiere que las autoridades nacionales respeten las normas establecidas por la legislación parlamentaria[57] aseguradora de la independencia de los tribunales. De este modo, los ordenamientos nacionales deben salvaguardar la independencia de los tribunales en cada caso, pero corresponde al TEDH supervisar que tales normas son cumplidas en cada caso sometido a su consideración.

La corte de Estrasburgo expresa claramente en *Guðmundur* que «la frase establecido por la ley incluye no solo la base legal para la existencia misma del tribunal, sino también el cumplimiento por este de las normas que lo regulan (…) y la composición de la sala en cada caso» (par. 213). Por su parte la palabra «independencia» (par 214) se refiere tanto a un estado mental, como a un conjunto de normas institucionales y de funcionamiento «frente a una indebida influencia y/o frente a una discrecionalidad sin trabas por otros poderes del Estado, *tanto desde el momento de nombramiento del juez, como durante el ejercicio de sus funciones*» (cursiva añadida).

Pero no toda violación del derecho nacional en este ámbito activa la supervisión del TEDH. El tribunal de Estrasburgo exige que se alcance un determinado umbral de gravedad. Umbral de gravedad evaluado a través de un test en tres pasos para comprobar: (i) que existe una violación manifiesta del derecho nacional; (ii) que afecta a una regla funda-

[56] El TEDH se apoyó en las sentencias del TJUE unos meses anteriores (C-542/18 RX-II and C-543/18 Rx-II, Simpson v. Council and HG v. Commission, de 26 de marzo de 2020). Los criterios establecidos en esas dos decisiones de Luxemburgo son sustancialmente los mismos, aunque el TEDH examina la cuestión con mayor detalle. Es de destacar cómo el TJUE en Simpson v. Council and HG v. Commission usó como referencia la doctrina establecida en la previa sentencia de Sala del TEDH en *Guðmundur*. De este modo se estableció un proceso de ida y vuelta entre ambas cortes de enriquecimiento mutuo.

[57] Debe destacarse que en este caso la «ley» a la que se refiere el art. 6 es «ley parlamentaria» y no cualquier tipo de norma accesible, clara y previsible que es el concepto habitual de ley utilizado por el TEDH. El motivo, afirmado en la jurisprudencia específica sobre el tema, es que aquí la ley tiene como finalidad evitar que el ejecutivo decida acerca del estatuto jurídico del poder judicial. Este principio se estableció claramente desde la primera jurisprudencia en la Decisión de la Comisión *Zand c. Austria*, de 12 de octubre de 1978, y se reafirma con fuerza en *Guðmundur*, para 214.

mental del procedimiento de nombramiento del juez; (iii) que la alegación del derecho a un juez independiente establecido por la ley no fue revisada y corregida por los tribunales nacionales.

De esta forma el TEDH asegura que las violaciones manifiestas de normas nacionales reguladoras del estatus de los jueces que no fueron corregidas en los tribunales estatales podrán ser abordadas en el nivel europeo. De hecho ello ha permitido al TEDH considerar que no son tribunales independientes establecidos por la ley algunos de los más significativos de la regresión iliberal polaca: *Xero Floor w Polsce sp a.o.o. c Polonia* (respecto al Tribunal Constitucional), *Reczkowicz c Polonia* (respecto al consejo judicial y a la sala disciplinaria del Tribunal Supremo), *Dolinska-Ficek and Ozimek c Polonia* (respecto a la sala extraordinaria y de asuntos públicos del Tribunal Supremo), y *Advance Pharma sp z.o.o. c Polonia*, (respecto a una sección de la sala civil del Tribunal Supremo compuesta solo por jueces nombrados por el nuevo consejo judicial polaco). Tras estas sentencias el TEDH ha procedido, a finales de 2023, a dar amparo por violación del art. 6 a recurrentes cuyos casos fueron resueltos en última instancia por dichos tribunales en *Wałęsa c. Polonia*, de 23 de noviembre de 2023 (respecto al Tribunal Constitucional), *Przybyszewska y otros c. Polonia*, de 12 de diciembre de 2023; y *M.L. c. Polonia*, de 14 de diciembre de 2023.

b) La revisión judicial de las decisiones relativas al status del juez

Más de 10 años antes de *Guðmundur*, el TEDH había comenzado a desarrollar un principio general en virtud del cual es necesaria la existencia de un remedio judicial frente a toda decisión relativa al status de los jueces europeos aplicando el llamado test *Eskelinen*. En palabras de la Corte, en *Gumenyuk y otros c Ucrania*, «asimismo la necesidad de prever garantías procedimentales y la posibilidad de recurso contra decisiones relativas a la carrera, en particular el estatuto del juez, está ampliamente reconocida porque lo que está en juego es la confianza de los ciudadanos en el funcionamiento del poder judicial» [58].

[58] Par. 72, pero la idea estaba clara desde el primer caso en el que el TEDH aplicó el artículo 6 a un juez en *G. c Finlandia*, de 27 de enero de 2009 y se afirma categóricamente en *Volkov c Ucrania* y en *Baka c Hungría*, de 23 de junio de 2016 en el que incluso una reforma constitucional que implicaba de manera automática el cese del presidente del Tribunal Supremo debería estar sometida a revisión judicial.

Tal revisión judicial habrá de tener en cuenta el principio de independencia como un criterio esencial para establecer si la decisión objeto de revisión es conforme a derecho o si, por el contrario, se ha producido alguna forma de abuso de poder.

Si no existe posibilidad de recurso judicial, al menos será exigible el cumplimiento de los elementos básicos del art. 6 por parte del órgano encargado de adoptar la decisión, incluso aunque sea un consejo judicial[59]. Ello quiere decir que, si la revisión judicial está prevista, el consejo judicial no tendrá que cumplir con tales requisitos, pero el procedimiento judicial deberá disfrutar de plena jurisdicción de hecho y de derecho sobre el caso, no aceptándose un mero control procedimental[60].

La exigencia de revisión judicial es la clave de bóveda de la independencia judicial entendida como un principio regulador del estatuto jurídico del juez. El control judicial está indisolublemente unido al ejercicio de funciones administrativas relacionadas con los jueces, en especial las vinculadas a procedimientos disciplinarios[61], pero incluirá otros aspectos como nombramiento, promoción, confirmación en el cargo, asignación y reasignación de asuntos, etc[62].

Además, uniendo este criterio al anterior, la revisión deberá realizarse por un tribunal independiente e imparcial, lo que excluirá tanto consejos judiciales «capturados» por el poder político, como tribunales o inspecciones creados *ex profeso* sin las adecuadas salvaguardas frente a presiones externas o internas.

c) Los derechos sustantivos del juez desde la perspectiva de la independencia judicial

La proliferación de casos en que los jueces nacionales actúan como recurrentes ante el TEDH por el posible desconocimiento de sus derechos en sede doméstica ha generado una amplia jurisprudencia desde que el asunto *Eskelinen* facilitara un camino procesal que, hasta entonces, encontraba muchas dificultades para alcanzar Estrasburgo. El TEDH ha uti-

[59] Véase por ejemplo, *Di Giovanni c Italia*, de 9 de julio de 2013. Ello explica por qué estos requistios también se han exigido respecto a los vocales no judiciales de consejos de la judicatura en *Loquifer c Bélgica*, de 20 de julio de 2021.

[60] Por ejemplo, *Tsanova-Gecheva c Bulgaria*, de 15 de septiembre de 2015.

[61] El leading case *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c Portugal*, 6 de noviembre de 2018 y más recientemente *Reczkowicz c Polonia*, de 22 de julio de 2021.

[62] Para un ejemplo reciente, *Broda y Bojara c Polonia* de 29 de junio de 2021.

lizado estos casos para reforzar la posición del juez introduciendo el principio de independencia judicial en la valoración de la existencia o no de una lesión al derecho sustantivo alegado. En tal sentido son destacables los derechos a libertad de expresión, el derecho a no ser detenido arbitrariamente y la libertad de asociación. Estos tres derechos constituyen, en la jurisprudencia del TEDH, el corazón de la independencia judicial.

La libertad de expresión[63] no es solo clave porque asegure el derecho del juez a expresar sus opiniones en materias de interés general y contribuir así a la formación de una opinión pública libre. Es central también porque garantiza la intervención de los jueces en el debate público cuando su independencia se ve amenazada por otros poderes, en especial por reformas legales o constitucionales[64]. En estos casos ejercer la libertad de expresión puede incluso convertirse en una obligación jurídica para jueces y magistrados que ocupan puestos relevantes en los órganos de autogobierno y una obligación deontológica para el resto de miembros de la carrera[65]. De este modo, cualquier sanción a un juez por expresar sus opiniones en materias de interés general relacionadas con el poder judicial, será interpretada de manera muy estricta por el TEDH que solo tolerará sanciones cuando las afirmaciones del juez socaven indebidamente la confianza de los ciudadanos en la judicatura. Incluso, cuando se haya establecido una relación entre las declaraciones de un juez y una sanción (aunque ésta no aparezca como consecuencia de aquellas) se invertirá la carga de la prueba. De este modo deberán ser las autoridades nacionales que impusieron la sanción quienes demuestren la inexistencia de una relación causal entre sanción y libertad de expresión[66].

El segundo derecho esencial, como muestra la triste experiencia turca, es la prohibición de detención arbitraria de jueces[67] porque se trata

[63] El leading case es, de nuevo *Baka c Hungría,* pero hay otros casos muy releventes como *Wille c Liechtenstein*, de 29 de octubre de 1999, *Pitkevich c Rusia*, de 8 de febrero de, 2001, *Kudeshkina c Rusia*, de 26 de enero de 2009 y, más recientemente, *Kozan c Turquía*, de 1 de marzo de 2022 y *Zurek c Polonia*, de 16 de junio de 2022.

[64] Sobre la relevancia de la intervención de los jueces frente a los movimientos iliberales a través de su participación en el debate público véase M. Gersdorf and M. Pilich: Judges and Representatives of the People: a Polish Perspective, *European Constitutional Law Review*, 16, (2020), pp. 345 et seq.

[65] Véase *Baka c Hungría*, para. 168 o para fiscales *Kövesy c Rumanía.* El principio será claramente afirmado como obligación jurídica en *Zurek c Polonia*, par. 222.

[66] Para un reciente resumen de los criterios establecidos por el TEDH en materia de libertad de expresión de los jueces véase *Eminagaoglu c Turquía*, de 9 de marzo de 2021, pars 133 et seq.

[67] *Alpasarian Altan c Turquía,* de 16 de abril del 2019 y *Baş c Turquía,* de 17 de marzo de 2020.

del primer derecho que el poder ejecutivo lesiona en contexto de regresión democrática cuando quiere librarse del control judicial. La detención inmediata y sin garantías de los jueces no solo es eficaz porque elimina cualquier posibilidad de defensa del juez antes de su inmediata destitución, sino porque tiene un extraordinario efecto disuasorio sobre cualquier intento posterior de controlar los desmanes de un ejecutivo populista. En esta línea, el TEDH no ha impuesto reglas específicas (por ejemplo, una inmunidad frente a detenciones similar a la de los parlamentarios), pero sí ha impuesto una obligación concreta y muy estricta del cumplimiento de las normas nacionales reguladoras de la cuestión cuando se aplica a jueces y magistrados.

La libertad de asociación de los jueces es otro elemento clave en la garantía de la independencia judicial[68]. El papel de las asociaciones judiciales nacionales e internacionales en la defensa de la independencia judicial es obvio hasta el punto de que el TEDH las ha etiquetado como «perro guardián» de la democracia bajo ciertas circunstancias[69]. Los Estados por tanto tienen muy poco margen de discrecionalidad para limitar este derecho, hasta el punto de que las actividades asociativas de los jueces pueden ser un motivo suficiente para para justificar la adopción de medidas cautelares de protección por parte del TEDH[70]. Incluso en el muy discutible caso de las logias masónicas[71], toda restricción del derecho ha de estar claramente prevista en la ley. La relevancia de las asociaciones judiciales en este tema se refleja con claridad en el papel activo que han jugado y juegan en la defensa de la independencia judicial en algunos Estados. Algunos de los casos más emblemáticos (algunos aún pendientes) ante el TEDH (y ante el TJUE) han sido fruto de la iniciativa de las asociaciones profesionales de jueces.

Otros derechos como el de propiedad o el derecho a la vida privada han sido menos relevantes en la jurisprudencia pese a que han sido alegados. Una remuneración adecuada a los jueces y magistrados, a través del derecho de propiedad, se ha mostrado como un criterio relevante respecto al pago de pensiones, reducciones de salarios y, aunque en menor medida, también respecto a jubilaciones anticipadas[72].

---

[68] Recientemente, *Eminagaoglu c Turquía,* de 9 de marzo de 2021.

[69] *Eminagaoglu c Turquía*, par. 134.

[70] Veánse las medidas provisionales adoptadas el 24 de marzo de 2022.

[71] *N.F. c Italia,* de 2 de agosto 2001 y *Maestri c Italia* de 17 de febrero de 2004.En estos casos la protección posiblemente resultó excesiva. Esta superprotección del Derecho puede estar también detrás del resultado en *Di Giovanni c Italia*, de 9 de julio de 2013.

[72] Vid *Zubko y otros c Ucrania*, de 20 de julio de 2004.

Respecto al derecho a la vida privada, dada su cada vez más expansivo contenido, el TEDH ha sido bastante prudente. Prudencia articulada a partir de la idea de que para que una decisión relativa al estatuto del juez pueda justificar la alegación del art. 8 CEDH ha de tener una intensidad suficiente[73]. Sin embargo, de forma muy razonable, el cese de un juez es siempre considerado como una injerencia a evaluar desde la óptica del derecho a la vida privada[74]. Ello implica que cualquier decisión disciplinaria que conduzca al cese de un juez debe ser examinada no solo desde la óptica del derecho a un juicio justo, sino también desde su necesidad en una sociedad democrática. Valoración que tendrá en cuenta el efecto de la medida en la independencia judicial lo que, sin duda, constriñe el margen de los Estados en los procedimientos de cese.

4. Conclusión

Como se ha tratado de exponer a lo largo de este ensayo, el Consejo de Europa ha afrontado la definición del principio de independencia judicial en dos fases diferenciada. Hasta 2010 su trabajo se centró, por una parte, en la definición de estándares generales en materia, sobre todo, de definición de Estado de Derecho a partir de documentos no vinculantes (soft law) procedentes de los distintos órganos parlamentarios y consultivos del Consejo y, por la otra, en la concreción del contenido del derecho de todo ciudadano a un juez independiente que, a menudo, se trataba junto al derecho a un juez imparcial.

El año 2010 marca un punto de inflexión en esta aproximación. Los procesos de regresión en el Estado de Derecho empiezan a manifestarse en los miembros del Consejo de Europa y la institución reacciona aumentando exponencialmente la aprobación de nuevos documentos no vinculantes y, sobre todo, incrementando y perfilando la noción de independencia judicial en la jurisprudencia del TEDH.

La actividad normativa del Consejo (canalizada a través de la Asamblea Parlamentaria, pero también de la Comisión de Venecia y de otros órganos consultivos) tendrá dos objetos básicos: (i) orientar la organización del poder judicial en los Estados miembros, expresando su prefe-

[73] Aquí el leading case es *Denisov c Ucrania*, de 25 de septiembre de 2018.

[74] Así *Özpinar c Turquía*, de 19 de octubre de 2010. El TEDH ha ido ampliando el ámbito de aplicación del art. 8 a casos de este tipo. De este modo la suspensión prolongada en el ejercicio del cargo como consecuencia de procedimientos disciplinarios también fue evaluada desde la óptica del art. 8 en *Gumenyuk y otros c Ucrania*, de 22 de julio de 2021.

rencia por modelos de autogobierno judicial con forma de consejo elegido mayoritariamente por y entre jueces (siguiendo el modelo italiano), pero aceptando otras muchas fórmulas vigentes en los Estados dada la heterogeneidad en la organización constitucional existente en Europa en este punto; (ii) recomendar una configuración del estatuto jurídico del juez asentado en derechos y obligaciones tanto jurídicas como deontológicas.

La jurisprudencia del TEDH, por su parte, a partir de 2010, sin abandonar la óptica de la independencia judicial como derecho del ciudadano (*ex* art. 6 CEDH) ha avanzado en la configuración de las garantías del estatuto jurídico del juez blindando su independencia frente a presiones internas y, sobre todo, externas. Tres estrategias han sido básicas: (i) la garantía de la revisión judicial de toda decisión que afecte a la carrera profesional del juez; (ii) el aseguramiento de que los derechos sustantivos de los jueces (sobre todo, libertad de expresión, de asociación y de libertad frente a detenciones, y en menor medida, derecho a la vida privada) se delimiten a partir de la garantía de su independencia; (iii) la declaración de que los tribunales no son los establecidos por la ley (y por tanto no satisfacen las garantías del art. 6) cuando han sido designados en violación del derecho interno que garantiza su independencia.

De este modo se han articulado y refinado la definición de las tres dimensiones de la independencia judicial: como principio de organización del Estado (dimensión objetiva: un poder judicial independiente) en los documentos no vinculantes del Consejo de Europa, como derecho de los ciudadanos (dimensión subjetiva: derecho a un juez independiente) en la jurisprudencia del TEDH y como derecho de los propios jueces (dimensión estatutaria: derecho del juez a su propia independencia) tanto en textos de soft law como en la propia jurisprudencia

Esta profundización en la independencia judicial solo se explica en el marco de la lucha por el Estado de Derecho librada en Europa en la última década ante las regresiones iliberales y populistas. En esa lucha está actuando en plena sintonía con el otro gran actor judicial europeo, el TJUE, cuya jurisprudencia alimenta y recibe simultáneamente. Posiblemente no pueda entenderse la configuración de la independencia judicial nacida de la crisis del Estado de Derecho si no es con referencia a las sinergias entre el Consejo de Europa y la Unión Europea y al diálogo judicial permanente entre el TJUE y el TEDH y de ambos con los jueces y magistrados europeos que defienden la independencia judicial en sus Estados.

D

La independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Paz Andrés Sáenz de Santa María

Catedrática de Derecho internacional público de la Universidad de Oviedo.
Consejera Permanente, Consejo de Estado.

SUMARIO

I. La saga que no cesa

II. De la doctrina del TJUE a la práctica de los órganos jurisdiccionales nacionales: algunas incógnitas

1. Las eventuales dificultades

2. La incidencia de la doctrina del acto claro y/o aclarado

III. Los límites del artículo 19.1 TUE: una cuestión pendiente

El tema nos coloca ante lo que R. Bustos ha calificado con razón como «una profusa jurisprudencia» dictada desde 2018 en la que en diversas ocasiones se hacen aproximaciones casuistas y apodícticas[1]. Esta «saga» jurisprudencial —es imposible escapar al uso de este término— está compuesta hasta el presente por cuatro sentencias dictadas en recursos por incumplimiento presentados por la Comisión contra Polonia[2] y más de una decena de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales polacos[3] pero también de Ruma-

[1] Bustos Gisbert, R., *Independencia Judicial e Integración Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 315.

[2] STJ (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo),* asunto C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531; STJ (Gran Sala) de 5 de noviembre de 2019, *Comisión/Polonia (Independencia de los tribunales ordinarios*), asunto C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924; STJ (Gran Sala) de 15 de julio de 2021*, Comisión/Polonia (Régimen disciplinario de los jueces),* asunto C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596; STJ (Gran Sala) de 5 de junio de 2023, *Comisión/Polonia (Independencia y vida privada de los jueces),* asunto C-204/21, ECLI:EU:C:2023:442.

[3] STJ (Gran Sala) de 19 de noviembre de 2019, *A.K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo),* asuntos C-518/18, C-624/18 y C-625/18 (ECLI:EU:C:2019:982); STJ (Gran Sala) 26 de marzo de 2020, *Miasto Łowicz y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo),* asuntos C-558/18 y C-63/18, ECLI:EU:C:2020:234; STJ (Gran Sala) 2 de marzo de 2021, *A. B. y otros (Nombramiento de jueces del Tribunal Supremo - Recursos)*, asunto C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153; STJ (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *W. Ż. (Sala de Control Extraordinario y de Asuntos Públicos Supremo - Nombramiento)*, asunto C-487/19, ECLI:EU:C:2021:798; STJ (Gran Sala) de 16 de noviembre de 2021, *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim,* asuntos acumulados C-748/19 a C-754/19, ECLI:EU:C:2021:931; STJ (Gran Sala) de 22 de marzo de 2022, *Prokurator Generalny (Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo-Nombramiento)*, asunto C-508/19, ECLI:EU:C:2022:201; STJ (Gran Sala) de 29 de marzo de 2022, *Getin Noble Bank*, asunto C-132/20, ECLI:EU:C:2012:235; STJ (Gran Sala) de 13 de julio de 2023, *YP y otros (suspensión de un juez),* asuntos acumulados C-615/20 y C-671/20, ECLI:EU:C:2023:562; STJ (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2023, *Krajowa Rada Sądownictwa* (*Mantenimiento en funciones de un juez*), asunto C-718/21, ECLI:EU:C:2023:1015; STJ (Gran Sala) de 9 de enero de 2024,

nía[4], Hungría[5] y Malta[6], a lo que hay que añadir los recursos de anulación de Hungría y Polonia contra el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión[7]. Por supuesto, todo ello a partir de la ya mítica sentencia de los jueces portugueses que es el antes y el después en este tema[8].

I. La saga que no cesa

Entre junio y diciembre de 2023 el TJ ha dictado sentencia sobre el cuarto recurso por incumplimiento Comisión/Polonia, resuelto tres nuevas cuestiones prejudiciales e inadmitido otra. Todas estas decisiones se insertan en la ya consolidada doctrina, al tiempo que añaden algún aspecto. Así, la Sentencia (Gran Sala) de 5 de junio de 2023[9] se ocupa del cuarto recurso por incumplimiento presentado por la Comisión contra Polonia y ha sido precedida por cuatro Autos de medidas provisionales, con imposición de multa coercitiva en dos de ellos[10]. En esta ocasión, se trataba de la conocida

---

asuntos acumulados C-181/21 y C-269/21, G. (*Nombramiento de los jueces ordinarios en Polonia*), ECLI:EU:C:2024:1.

[4] STJ de 18 de mayo de 2021, *Asociaţia 'Forumul Judecătorilor din România' y otros,* asuntos acumulados C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19, ECLI:EU:C:2021:393; STJ de 21 de diciembre 2021, *Euro Box Promotion y otros,* asuntos acumulados C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 y C-840/19, ECLI:EU:C:2021:1034; STJ de 22 de febrero de 2022, *RS,* asunto C-430/21, EU:C:2022:99; STJ de 11 de mayo de 2023, *Inspecţia Judiciară*, asunto C-817/21, ECLI:EU:C:2023:391; STJ de 7 de septiembre de 2023, *Asociaţia 'Forumul Judecătorilor din România',* asunto C216/21, ECLI:EU:C:2023:628.

[5] STJ de 23 de noviembre de 2021, *IS*, asunto C-564/19, ECLI:EU:C:2021:949.

[6] STJ, de 20 de abril de 2021, *Repubblika,* asunto C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311.

[7] STJ (Pleno) de 16 de febrero de 2022, *Hungría c. Parlamento y Consejo*, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97; STJ (Pleno) de 16 de febrero de 2022, *Polonia c. Parlamento y Consejo*, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98.

[8] STJ (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses,* asunto C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117.

[9] STJ (Gran Sala) de 5 de junio de 2023, *Comisión/Polonia (Independencia y vida privada de los jueces),* asunto C-204/21.

[10] Auto de la Vicepresidenta del TJ, de 14 de julio de 2021, *Comisión/Polonia (Independencia y vida privada de los jueces)*, asunto C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:593; Auto de la Vicepresidenta del TJ, de 6 de octubre de 2021, *Comisión/Polonia (Independencia y vida privada de los jueces)*, asunto C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:834; Auto del Vicepresidente del TJ, de 27 de octubre de 2021, *Comisión/Polonia (Independencia y vida privada de los jueces)*, asunto C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:878, en el que se impuso a Polonia una multa coercitiva de 1.000.000 de euros al día a partir de la notificación de dicho auto y hasta la fecha en que dicho

como «ley mordaza»[11]. En una sentencia muy extensa, el TJ ofrece un compendio de su doctrina sobre la independencia judicial, tanto en lo que atañe a sus características generales como en relación con el régimen disciplinario de los jueces[12]. La principal novedad está en la valoración de las normas que obligan a los jueces polacos a presentar una declaración escrita relativa a su pertenencia a asociaciones, fundaciones sin ánimo de lucro y partidos políticos, así como las funciones desempeñadas en ellos; estas informaciones se publican en un boletín *on line*.

Ante la alegación de Polonia de que se trata de garantizar la neutralidad y la imparcialidad de los jueces, el Tribunal admite la validez del objetivo puesto que las garantías de independencia e imparcialidad exigidas por el derecho de la Unión presuponen la existencia de normas que eviten no solo cualquier influencia directa sino también formas de influencia más indirectas capaces de influir en las decisiones de los jueces, pero comprueba a la luz de los arts. 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y el Reglamento General de Protección de Datos[13] si las restricciones al ejercicio de los derechos responden efectivamente a ese objetivo y son proporcionadas y llega a una conclusión negativa en el caso concreto. El Tribunal estima que la puesta en línea de los datos controvertidos puede exponer a los jueces a un riesgo de estigmatización indebida, sin que la injerencia esté justificada por los posibles beneficios que podrían derivarse en términos de prevención de los conflictos de intereses de los jueces y de aumento de confianza en su imparcialidad[14].

Estado miembro cumpliese las obligaciones que le incumben en el citado auto, o hasta que se dictase sentencia; Auto del Vicepresidente del TJ, de 21 de abril de 2023, *Comisión/Polonia (Independencia y vida privada de los jueces)*, asunto C-204/21 R, ECLI:EU:C:2023:334, en el que por considerar que algunas de las medidas adoptadas por la República de Polonia permitían garantizar, en notable medida, el cumplimiento de las medidas provisionales decretadas en el auto de 14 de julio de 2021, como la derogación del artículo 27 de la Ley del Tribunal Supremo modificada o la supresión de la Sala Disciplinaria, se redujo el importe de la multa coercitiva a la mitad.

[11] Ley de 20 de diciembre de 2019, *ustawa o zmianie ustawy — Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. de 2020, posición 190).

[12] Para un análisis de esta sentencia pueden verse Pech, L., *Doing Justice to Poland's Muzzle Law: The Latest ECJ Judgement on Poland›s Rule of Law Breakdown, VerfBlog,* 2023/6/11, disponible en https://verfassungsblog.de/doing-justice-to-polands-muzzle-law/ y Leichsenring, T., *Poland's Extended Disciplinary System, VerfBlog,* 2023/7/02, https://verfassungsblog.de/polands-extended-disciplinary-system/

[13] 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).

[14] Apartados 308-384 de la sentencia.

Por lo que se refiere a las cuestiones prejudiciales, la STJ (Sala Primera) de 11 mayo 2023[15] resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Bucarest sobre la compatibilidad con los arts. 2 y 19.1 párrafo segundo TUE del cargo de inspector jefe del órgano disciplinario del poder judicial de Rumanía. La sentencia reitera las características generales de la independencia judicial, en particular en relación con el régimen disciplinario, y tras recordar las pautas establecidas al respecto acaba concluyendo que en el caso concreto la normativa nacional no se ajusta a las exigencias de dichos artículos del TUE.

A su vez, en la STJ (Gran Sala) de 13 de julio de 2023[16] se aborda la cuestión planteada por el Tribunal Regional de Varsovia sobre las autorizaciones concedidas por la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo para procesar a un juez y suspenderlo en sus funciones, impidiendo que conociera de los asuntos que le habían sido turnados. En su respuesta, el Tribunal se basa en la previa sentencia de 5 de junio, reiterando que el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a unas disposiciones nacionales que atribuyen a un órgano cuya independencia e imparcialidad no están garantizadas la competencia para autorizar la incoación de procedimientos penales contra jueces de los tribunales ordinarios y, en caso de otorgamiento de tal autorización, para suspender en sus funciones a los jueces afectados y para reducir su remuneración durante dicha suspensión. Se apoya también tanto en esa sentencia como en la saga anterior para afirmar que el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, el principio de primacía del Derecho de la Unión y el principio de cooperación leal consagrado en el artículo 4 TUE, apartado 3, deben interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales nacionales afectados deben inaplicar tal resolución.

Por su parte, la STJ (Sala Primera) de 7 de septiembre de 2023[17] responde a las cuestiones prejudiciales planteadas por un tribunal superior de Rumanía a propósito de la impugnación del nuevo Reglamento de ese Estado sobre la organización y el desarrollo de los concursos para la promoción de jueces. Para los demandantes en el litigio principal, el hecho de que se atribuyera a una comisión de evaluación compuesta por miembros del Tribunal Superior correspondiente la valoración del desempeño de los can-

[15] STJ (Sala Primera) de 11 de mayo de 2023, *Inspecţia Judiciară*, asunto C-817/21.

[16] STJ (Gran Sala) de 13 de julio de 2023, *YP y otros (suspensión de un juez),* asuntos acumulados C-615/20 y C-671/20.

[17] STJ (Sala Primera) de 7 de septiembre de 2023, *Asociaţia 'Forumul Judecătorilor din România',* asunto C-216/21.

didatos podría vulnerar la independencia judicial. Es la primera vez que el TJ analiza la aplicación de su jurisprudencia en materia de independencia de los jueces a los procedimientos de promoción.

La sentencia reitera el planteamiento general sobre la independencia judicial y especifica que la independencia de los jueces debe garantizarse y preservarse no solo en la fase de su nombramiento, sino también en el marco de los procedimientos de promoción, ya que forman parte de las reglas aplicables al estatuto de los jueces, por lo que es necesario asegurarse de que las condiciones materiales y las normas de procedimiento que rigen la adopción de las decisiones de promoción de los jueces impidan que se susciten dudas legítimas entre los justiciables sobre la impermeabilidad de los jueces de que se trate frente a elementos externos y su neutralidad ante los intereses en litigio, una vez hayan sido promovidos. Al respecto, afirma que el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, en relación con el artículo 2 TUE y el artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional sobre el régimen de promoción de los jueces debe garantizar el respeto del principio de independencia judicial. Partiendo de esa base, el Tribunal considera que la participación en el procedimiento de promoción de los jueces de una comisión de evaluación puede contribuir a objetivar ese procedimiento, siempre que el propio órgano ofrezca garantías de independencia. En el caso concreto, consideró que así era.

Finalmente, la consideración de que la formación jurisdiccional de la Sala de Control Extraordinario y de Asuntos Públicos del Tribunal Supremo de Polonia remitente de la cuestión prejudicial no tenía, debido a la manera en que fueron nombrados los jueces que la componen, la condición de tribunal independiente e imparcial, ha llevado a la STJ (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2023[18] a concluir que no constituye un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 267 TFUE y en consecuencia a declarar inadmisible la petición de decisión prejudicial. Con ello, el TJ reafirma su posición según la cual la presunción de admisibilidad de la cuestión se desvirtúa cuando una resolución judicial firme dictada por un órgano jurisdiccional nacional o internacional lleve a considerar que el órgano jurisdiccional remitente no tiene la condición de juez independiente, imparcial y establecido previamente por la ley a los efectos del artículo 19. 1 párrafo segundo TUE, a la luz del artículo 47, párrafo segundo, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE[19].

---

[18] STJ (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2023, *Krajowa Rada Sądownictwa (Mantenimiento en funciones de un juez)*, asunto C-718/21.

[19] STJ (Gran Sala) de 29 de marzo de 2022, *Getin Noble Bank*, asunto C-132/20, apartado 72.

En definitiva, tenemos un denso acervo jurisprudencial que viene siendo objeto de análisis por la ya muy nutrida literatura académica sobre la independencia judicial en la jurisprudencia del TJUE: así, se ha estudiado en detalle cómo el TJ ha desplegado todo el potencial del artículo 19.1 TUE hasta atribuirle efecto directo y construir un concepto de independencia judicial vinculado a la identidad constitucional europea; se ha analizado también el contenido sustantivo de esa independencia y los parámetros que la configuran, tanto con carácter general como respecto al estatuto de los jueces; se han comentado asimismo los criterios de admisibilidad de las cuestiones prejudiciales a partir del asunto *Miasto Łowicz*[20] y otras dimensiones relacionadas con el tema[21].

---

[20] STJ (Gran Sala) de 26 de marzo de 2020, *Miasto Łowicz y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo),* asuntos C-558/18 y C-63/18.

[21] Sobre los distintos aspectos de la independencia judicial abordados en la jurisprudencia del TJ pueden verse, entre otros: Bustos Gisbert, R., *Independencia Judicial e Integración Europea*, *op. cit.*, pp. 255-31; Campos Sánchez-Bordona, M., «La protección de la independencia judicial en el derecho de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 65, pp. 11-31; Lenaerts, K., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la independencia judicial», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 72, 2022, pp. 351-368; Ulloa Rubio, I., «La Primacía del Derecho de la Unión en materia del Estado de Derecho: Un repaso a la jurisprudencia del TJUE sobre la independencia judicial», *La Ley Unión Europea*, n.º 104, junio de 2022; García-Valdecasas Dorrego, M. J., «Estado de Derecho e independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE: la consagración de la identidad constitucional europea», *REDE*, n.º 82, 2022, pp. 19-76; Iglesias Sánchez, S., «La independencia judicial como principio constitucional en la UE: los límites del control por el Tribunal de Justicia de la UE», *Teoría y Realidad Constitucional,* n.º 50, 2022, pp. 487-516; Magaldi Mendaña, N., «Una nueva advertencia a Polonia sobre la (in)dependencia de su poder judicial. A propósito de la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2020, *Miasto* Łowicz y otros», *RGDE*, n.º 52, 2020; *Id.*, «La garantía de independencia del juez europeo: Una revolución encubierta del TJUE», *Estudios de Deusto* n.º 70, 2022, pp. 81-109; *Id.*, «La construcción de un Poder Judicial europeo y las garantías de su independencia», *REDC*, n.º 125, 2022, pp. 127-157; Bárd, P., Sledzinska-Simon, A., «On the principle of irremovability of judges beyond age discrimination. Commission v. Poland: Case C-619/18, Commission v. Poland, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 June 2019, EU:C:2019:531, *CMLR*, vol. 57, n.º 5, 2020, pp. 1555-1586; Ménard, A., «La réponse de la Cour de justice de l'Union européenne à la crise de l'État de droit, à l'aune des cas polonais et hongrois», *Revue de l'Union Européenne*, n.º 657, 2022, pp. 255-262; Burchett, J., «La Cour de justice de l'Union européenne et l'exigence d'indépendance de la justice», *European papers: a journal on law and integration*, vol. 5, n.º 3, 2020, pp. 1251-1269; Krajewski, M., Ziółkowski, M., «EU judicial independence decentralized: joined Cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, A.K. and others v. Sqd Najwyzszy (the independence of the Disciplinary Chamber of the Polish Supreme Court), Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 19 November 2019, EU:C:2019:982, *CMLR*, vol. 57, n.º 4, 2020, pp. 1107-1138; Spieker, L. D., «The conflict over the Polish disciplinary regime for judges - an acid test for judicial independence, Union values and the primacy of EU law. Case C-791/19, Commission v. Poland (Régime disciplinaire des juges), Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 15 July 2021, EU:C:2021:596; Case C-204/21 R, Commission v. Poland», *CMLR*, vol. 59, n.º 3, 2022,

En esta contribución no vamos a reiterar lo ya escrito y bien escrito. Lo que haremos será plantear alguna reflexión sobre dos aspectos relacionados con el alcance de esta consolidada jurisprudencia en los que se puede apreciar algún claroscuro.

El primero se refiere a las consecuencias prácticas de la jurisprudencia del TJ, a la vista del canon que ha sentado sobre la independencia judicial. El segundo consiste en los límites del artículo 19.1 TUE.

II. De la doctrina del TJUE a la práctica de los órganos jurisdiccionales nacionales: algunas incógnitas

Por lo que se refiere al primer aspecto, nos encontramos con que las sucesivas sentencias han ido configurando un conjunto de deberes que al mismo tiempo son poderes de los órganos jurisdiccionales nacionales y que se derivan del principio de primacía, unido al efecto directo que el propio Tribunal ha reconocido a los artículos 19, apartado 1, párrafo segundo TUE y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Así —expuesto lo que sigue sin ánimo de exhaustividad— el TJ ha dicho que toda jurisdicción nacional llamada a aplicar el derecho de la Unión tiene la obligación de verificar si, por su composición, constituye un tribunal independiente e imparcial en el caso de que surja una duda seria sobre este punto[22]; esa comprobación debe hacerla también respecto de cualquier otro órgano jurisdiccional que intervenga en el asunto[23].

Por otra parte, si no se cumplen las garantías de independencia e imparcialidad, el órgano jurisdiccional que esté conociendo del caso debe dejar

---

pp. 777-812; Concellón Fernández, P., «De nuevo sobre la cuestión prejudicial y la independencia judicial: el asunto «IS» (sentencia de 23 de noviembre de 2021, C-564/19)», *REDE*, n.º 81, 2022, pp. 159-190; Andrés Sáenz de Santa María, P., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como guardián de la independencia judicial: una valoración de la idoneidad de las vías procesales de protección», CGPJ, *Cuadernos digitales de formación*, n.º 13, 2022.

[22] STJ (Gran Sala) de 5 de junio de 2023, *Comisión/Polonia (Independencia y vida privada de los jueces)*, apartados 129 y 276.

[23] *Ibid.*, apartados 130 y 205 y jurisprudencia allí citada, a la que hay que añadir la STJ (Gran Sala) de 13 de julio de 2023, *YP y otros (suspensión de un juez)*, apartado 73. En la sentencia de 5 de junio de 2023, el Tribunal señala que la atribución a una sola y única instancia nacional la competencia para verificar el respeto de las exigencias de independencia e imparcialidad, privando así de dicha competencia al órgano jurisdiccional que está conociendo del caso, vulnera el derecho de la Unión en virtud de las disposiciones combinadas del artículo 19.1 párrafo segundo TUE y el artículo 47 de la Carta, así como en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión (véanse los apartados 286-287 y 386).

inaplicada toda disposición, jurisprudencia o práctica nacional contraria sin esperar a su derogación previa[24] e incluso, según el caso, aplicar en su lugar las disposiciones nacionales anteriormente vigentes y seguir ejerciendo la competencia que tenía atribuida antes de que se modificaran[25] o reputar nula y sin efecto una resolución judicial dictada por un órgano que no es un tribunal independiente[26]. La obligación de inaplicación alcanza a las valoraciones del tribunal constitucional cuando el órgano jurisdiccional nacional, habida cuenta de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a una cuestión prejudicial, estima que las referidas valoraciones no son compatibles con el Derecho de la Unión[27]; alcanza también a las valoraciones de un tribunal constitucional nacional que rechaza atenerse a una sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en un procedimiento prejudicial, aun cuando la referida sentencia no se derive de una petición de decisión prejudicial presentada, en relación con ese litigio, por dicho órgano jurisdiccional ordinario[28].

El Tribunal también ha afirmado que un tribunal disciplinario que no cumple las garantías de independencia judicial, debe dejar inaplicadas las disposiciones nacionales en virtud de las cuales se realizó su designación y declararse incompetente para conocer del litigio que se le ha atribuido, al tiempo que el órgano judicial competente debe reasignar el asunto[29].

Pues bien, ante esta panoplia de deberes/poderes surgen dos cuestiones.

---

[24] STJ (Gran Sala) de 5 de junio de 2023, *Comisión/Polonia (Independencia y vida privada de los jueces)*, apartado 78 y jurisprudencia allí citada. En particular, en el asunto *A.K.* indicó que cuando una disposición nacional reserve la competencia para conocer de un litigio a un órgano que no reúne las exigencias de independencia o de imparcialidad requeridas en virtud del Derecho de la Unión, otro órgano ante el que se haya instado tal litigio tiene la obligación de dejar inaplicada esa disposición nacional de forma que el litigio pueda ser resuelto por un órgano jurisdiccional que satisfaga esas exigencias y que sería competente si dicha disposición no se opusiera a ello (STJ (Gran Sala) de 19 de noviembre de 2019, *A.K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, apartados 166 y 171).

[25] STJ de 2 de marzo de 2021, *A. B. y otros (Nombramiento de jueces del Tribunal Supremo -Recursos)*, apartados 149-150.

[26] STJ (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *W. Ż. (Sala de Control Extraordinario y de Asuntos Públicos Supremo - nombramiento)*, apartado 160.

[27] STJ de 21 de diciembre de 2021, *Euro Box Promotion*, apartado 262.

[28] STJ de 22 de febrero de 2022, *RS,* apartado 77.

[29] STJ (Gran Sala) de 22 de marzo de 2022, *Prokurator Generalny (Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo - Nombramiento)*, apartado 74. La STJ (Gran Sala) de 13 de julio de 2023, *YP y otros (suspensión de un juez),* también se refiere a la obligación de los órganos jurisdiccionales competentes de reasignar un asunto a la formación jurisdiccional inicial que lo tenía atribuido pero le fue desasignado como consecuencia de una decisión de un órgano que no cumple las exigencias de independencia (apartado 80 de la Sentencia).

1. Las eventuales dificultades

La primera es la de la aplicación efectiva de estos pronunciamientos del TJ por parte de los órganos jurisdiccionales que han planteado las correspondientes cuestiones prejudiciales. No por casualidad, en alguno de los asuntos Polonia ha advertido que el derecho procesal interno no atribuye potestades para materializar esas decisiones que el órgano jurisdiccional nacional debería adoptar.

Sobre esto, el TJ se limita a reiterar la conocida fórmula según la cual el Tribunal de Justicia, en el marco de la cooperación judicial establecida en dicho artículo 267 TFUE, puede proporcionar al órgano jurisdiccional nacional, a partir de los datos obrantes en los autos, los elementos de interpretación del Derecho del Unión que pudieran serle útiles y es al órgano jurisdiccional remitente a quien, en último término, corresponderá pronunciarse.

También dice que serían incompatibles con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho de la Unión toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o cualesquiera prácticas, legislativas, administrativas o judiciales que tuviesen por efecto disminuir la eficacia del Derecho de la Unión por el hecho de negar al juez competente para aplicar este la facultad de hacer, en el momento mismo de dicha aplicación, cuanto sea necesario para descartar las disposiciones legales nacionales que, en su caso, constituyan un obstáculo a la plena eficacia de las normas de la Unión[30].

Pero no es seguro que en la realidad práctica el órgano jurisdiccional pueda conseguirlo siempre, en particular en un contexto de deficiencias sistémicas. La verdad es que mientras que el desplazamiento de la norma, jurisprudencia o práctica contraria es factible, las decisiones sobre —por ejemplo— la asignación o desasignación de asuntos y jueces no parece tan sencilla de materializar.

A esto podemos añadir las incógnitas que encierra el llamado «test de las apariencias», inspirado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, test que se debe hacer caso por caso, a la luz del principio de no regresión y mediante una apreciación global del conjunto de elementos pertinentes.

Como es sabido, el Tribunal ha dicho y reiterado que corresponde al órgano jurisdiccional nacional remitente valorar —con los elementos de interpretación que el TJ le proporciona— si el órgano cuya independencia se cuestiona, por su creación y características, puede suscitar dudas legíti-

[30] STJ (Gran Sala) de 5 de junio de 2023, *Comisión/Polonia (Independencia y vida privada de los jueces)*, apartado 272 y jurisprudencia allí citada.

mas en el ánimo de los justiciables en cuanto a la impermeabilidad de este órgano frente a elementos externos, en particular frente a influencias directas o indirectas de los poderes legislativo y ejecutivo, y en cuanto a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio, y por lo tanto puede dar lugar a una falta de apariencia de independencia o de imparcialidad de dicho órgano susceptible de menoscabar la confianza que la administración de justicia debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática[31].

En esta formulación hay elementos difusos pues es difícil saber cómo medir lo que piensan los justiciables y de qué justiciables se está hablando, si de la ciudadanía en su conjunto —nadie está libre de ser justiciable— o de los del caso concreto. En realidad, hay que interpretar que se trata de que el tribunal valore conforme a su leal saber y entender los distintos aspectos de la independencia judicial y llegue a una conclusión objetiva.

2. La incidencia de la doctrina del acto claro y/o aclarado

La segunda cuestión se refiere al alcance y consecuencias de los pronunciamientos del TJ respecto de los demás órganos jurisdiccionales nacionales distintos del remitente de la cuestión prejudicial. I. Ulloa lo ha formulado con precisión:

> «La duda que nos planteamos es si en el caso de normas nacionales contrarias al canon de la independencia judicial europea ¿resultaría imperativo el planteamiento de una cuestión prejudicial por parte de un «órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial en derecho interno» (art. 267. 3º TFUE) —en España, TS y TC— o la virtualidad del principio de primacía del Derecho de la UE bastaría para que dicho Tribunal nacional apartarse la norma nacional, aún de rango constitucional?»[32]

---

[31] STJ (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, apartado 74; STJ (Gran Sala) de 19 de noviembre de 2019, *A.K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)*, apartado 171; STJ de 2 de marzo de 2021, *A. B. y otros (Nombramiento de jueces del Tribunal Supremo-Recursos)*, apartados 117, 165 y 167, STJ (Gran Sala) de 15 de julio de 2021*, Comisión/Polonia (Régimen disciplinario de los jueces),* apartado 112 y demás posteriores en sentido idéntico. Sobre el test de las apariencias, véase Lenaerts, K., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la independencia judicial», *op. cit.*, pp. 362-364.

[32] «La Primacía del Derecho de la Unión en materia del Estado de Derecho: Un repaso a la jurisprudencia del TJUE sobre la independencia judicial», *op. cit.*, p. 19.

Añade:

> «…en la reciente jurisprudencia del TJUE (*Consorzio Italian Management, Catania Multiservizi SpA & Rete Ferroviaria Italiana SpA* C-561/19, de 06/10/2021, p. 39 y ss.) sobre la procedencia de cuestiones prejudiciales, superando la doctrina *Cilfit* sobre el «acto claro» y «acto aclarado», parece atisbarse que, en el caso concreto de la independencia judicial, no resultaría imperativo el planteamiento de cuestión prejudicial, especialmente tras los precedentes de Polonia y Rumanía… si la norma a aplicar —aún de rango constitucional— presentase un carácter manifiestamente contrario al Derecho Europeo (claro, preciso e incondicional) sobre la independencia judicial. En tales supuestos, y a pesar del tenor del art. 267. 3º TFUE, la solución ya no pasaría por el planeamiento de una cuestión prejudicial por el tribunal supremo nacional competente (que perpetuaría la vigencia de la norma «en tela de juicio» en el ordenamiento jurídico del EM y en el de la UE), sino que la herramienta para solventar la antinomia por el tribunal nacional superior sería la aplicación directa de la primacía del Derecho de la Unión, mediante el apartamiento de la norma nacional (o expulsión del proceso aplicativo-interpretativo del ordenamiento por parte del juez supremo *a quo*), con integración de la «laguna jurídica» mediante la aplicación del régimen jurídico nacional anterior —compatible con el Derecho UE— de forma integral. Con esta solución, la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión (ya *claro* y/o *aclarado* reiteradamente por el TJUE en materia de independencia del Poder Judicial y de los jueces) no padecería, y se garantizaría la eficacia directa de las reglas europeas sobre independencia e imparcialidad judicial, frente a los desafíos autoritarios surgidos en la Unión»[33]

Este planteamiento se podría ampliar a cualquier órgano jurisdiccional ante el que pueda plantearse una cuestión de independencia judicial, aunque no sea de última instancia.

La respuesta no es fácil. Lo lógico es buscar la contestación en la saga jurisprudencial del TJ; en este sentido, las sentencias relevantes son las dictadas en respuesta a cuestiones prejudiciales pero conviene advertir de que el resultado del análisis no es concluyente.

En las dictadas hasta 2022 inclusive, cuando el TJ enuncia la obligación de apartarse de la norma, decisión o práctica nacional, se refiere siempre al «órgano jurisdiccional remitente»[34]. En cambio, la Sentencia de 5 de

[33] *Ibid.*, p. 20.

[34] En los asuntos *A.K. y otros (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo)* el TJ afirmó que «el principio de primacía del Derecho de la Unión debe interpretarse en el

junio de 2023, *Comisión/Polonia (Independencia y vida privada de los jueces)*, parece contemplar la posibilidad de que cualquier órgano jurisdiccional pueda, sin plantear cuestión prejudicial, adoptar las medidas para asegurar la primacía y el efecto directo del artículo 19 TUE que el TJ ha ido indicando en sus sentencias. Así se pueden interpretar varios apartados de esta decisión:

> «…de la sentencia A. K. y otros… se desprendía que el órgano jurisdiccional remitente en los asuntos acumulados que dieron lugar a esta y, habida cuenta del efecto erga omnes que tienen las sentencias interpretativas dictadas por el Tribunal de Justicia sobre la base del artículo 267 TFUE [véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de junio de 1987, X, 14/86…; de 24 de noviembre de 2020, Openbaar Ministerie (Falsedad documental), C-510/19… y de 6 de octubre de 2021, Consorzio Italian Management y Catania Multiservizi, C-561/19…], *todos los demás órganos jurisdiccionales nacionales que en el futuro debieran pronunciarse sobre asuntos análogos* podrían tener que pronunciarse, sobre la base del Derecho de la Unión, por una parte, sobre la idoneidad de un órgano como la Sala Disciplinaria para resolver o no sobre asuntos comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, tomando en consideración, en particular, las condiciones en la que se produjo el nombramiento de los miembros de dicho órgano, y, por otra parte, sobre la independencia del CNPJ en calidad de órgano que debía intervenir en el proceso de nombramiento de los jueces.»[35]

Similar expresión se repite en otros tres apartados de la Sentencia. Así, refiriéndose a que cuando la Comisión presentó el recurso por incumplimiento estaban pendientes varias cuestiones prejudiciales sobre la independencia del poder judicial en Polonia, el Tribunal apunta:

---

sentido de que obliga al órgano jurisdiccional remitente a dejar inaplicada la disposición del Derecho nacional que reserva la competencia para conocer de los litigios principales a dicho órgano, de modo que puedan ser examinados por un órganos jurisdiccional que satisfaga las mencionadas exigencias de independencia y de imparcialidad» (apartado 171 de la sentencia); en *A.B. y otros (Nombramiento de jueces del Tribunal Supremo-Recursos)*, se refirió también expresamente al «órgano jurisdiccional remitente» (véase apartados 149-150 de la sentencia); lo mismo sucede en *Asociaţia 'Forumul Judecătorilor din România' y otros* (apartado 251); *W. Ż. (Sala de Control Extraordinario y de Asuntos Públicos Supremo - Nombramiento)* (apartados 159-160 de la sentencia); *IS* (apartado 80) y *Euro Box Promotion* (apartado 257). También, en los citados asuntos *Hungría c. Parlamento y Consejo* y *Polonia c. Parlamento y Consejo*, el Tribunal señaló que «corresponde a un órgano jurisdiccional nacional ignorar cualquier disposición de Derecho nacional que infrinja el art. 19.1 segundo párrafo, previa consulta, en su caso, tras obtener del TJUE una interpretación de esta última disposición en el marco de un procedimiento prejudicial» (apartados 162 y 198 respectivamente de las sentencias).

[35] Apartado 141. Cursiva añadida.

> «… en función de su contenido, las respuestas a estas diferentes cuestiones que entonces se esperaban manifiestamente podían llevar a los órganos jurisdiccionales remitentes que habían elevado al Tribunal de Justicia los asuntos de que se trata, *y, por lo demás, a todos los restantes órganos jurisdiccionales nacionales que en el futuro tuvieran que pronunciarse sobre asuntos análogos*, a tener que realizar, en su caso, acciones...».[36]

Y aludiendo en concreto a la Sentencia de 6 octubre 2021 en el asunto *W. Ż.*, en la que declaró que el órgano jurisdiccional debía considerar nulo el auto de un juez único que no reunía los requisitos de independencia, añade:

> «… al efectuar el examen exigido de este modo y al desechar, en su caso, por los motivos mencionados, un auto como el controvertido en el litigio principal en el asunto C-487/19, los jueces del órgano jurisdiccional remitente en ese asunto, *como todos los jueces que, en el futuro, tengan que proceder a tal examen y a adoptar una decisión semejante…*».[37]

Hablando más adelante de la Sentencia de 16 noviembre 2021 en el asunto *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim*, vuelve a decir:

> «… al tener que extraer las consecuencias de la sentencia de 16 de noviembre de 2021… los jueces del órgano jurisdiccional remitente en los litigios principales que dieron lugar a esa sentencia *o todos aquellos que, en el futuro, tengan que pronunciarse en situaciones análogas…*».[38]

La STJ de 13 de julio de 2023, *YP y otros (suspensión de un juez)*, también parece referirse a cualquier órgano jurisdiccional pero se da la circunstancia de que las versiones lingüísticas en otros idiomas son más explícitas que la española. En efecto, en las diversas versiones consultadas, incluida la de la lengua de procedimiento, se recoge el siguiente párrafo:

> «…habida cuenta de la autoridad que se atribuye a las sentencias mediante las cuales el Tribunal de Justicia declara tal incumplimiento, así como del efecto directo del que está dotado el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, así como del principio de primacía del Derecho de la Unión, *corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales y, por tanto, en particular, al órgano jurisdiccional remitente* en el asunto C-671/20,

[36] Apartado 145. Cursiva añadida.
[37] Apartado 147. Cursiva añadida.
[38] Apartado 149. Cursiva añadida.

> dejar inaplicadas, en los asuntos de los que conozcan, las disposiciones nacionales que de este modo hayan sido declaradas contrarias a dicho precepto del Derecho de la Unión»[39]

En cambio, la versión en español reza así: «*corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales y, por tanto, al órgano jurisdiccional remitente*…». No obstante, la formulación sigue siendo omnicomprensiva.

Por tanto, cuestiones lingüísticas aparte, sobre la base de estas dos sentencias cabría interpretar que si la cuestión suscitada ante el órgano jurisdiccional nacional ya ha encontrado respuesta en la saga jurisprudencial del TJ sobre la independencia judicial, no sería necesario plantear cuestión prejudicial.

Este tema tiene una vertiente específica desde la perspectiva del Tribunal Constitucional español. Refiriéndose al entonces pendiente recurso de inconstitucional interpuesto contra la Ley Orgánica 4/2021 por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial en funciones, I. Ulloa apuntó la repercusión que en el caso podía tener la cuestión de si en casos de acto claro el órgano nacional puede proceder a desplazar directamente la norma:

> «La aplicación de esta tesis, en el caso español de los recursos de inconstitucionalidad sobre la LO 4/2021 sería drástica: los arts. 570 bis y 598 bis LOPJ (LO 4/21) deberían ser expulsados del Ordenamiento Jurídico español por el juez constitucional *a quo*, al resultar palmariamente contrarios a los arts. 19. 1. 2º TUE y 47. 2º ChDFUE; debiendo proceder el TC (y el resto de los operadores jurídicos— incluidos los administrativos e institucionales) a aplicar la LOPJ en su versión inmediatamente anterior al 29/03/2021.
>
> Ello rehabilitaría al Órgano de Gobierno del Poder Judicial de España en su plenitud de competencias, y —entre otras cosas— posibilitaría efectuar los nombramientos de Magistrados del TS, de Presidentes del TS, AN, TSJ y AP, y efectuar la propuesta puntual de candidatos a Magistrados del TC, eliminando la parálisis institucional generada (en el CGPJ, en el Gobierno y ulteriormente en el TC) con la reforma de la LO 4/2021 (consecuencia de la falta de acuerdo político), permitiendo el normal funcionamiento de aquellos tribunales, y recuperando la normalidad del Estado de Derecho en España (proclamada por el art. 1.1 CE).»[40]

---

[39] Apartado 88 de la sentencia. Cursiva añadida. Valga como ejemplo la versión inglesa: «it is for the national courts, and *therefore, in particular*, the referring court in Case C-671/20, to disapply in the cases before them the national provisions thus held to be contrary to that provision of EU law». Cursiva añadida.

[40] *Op. cit.*, p. 23. Sobre la posible incidencia de la jurisprudencia del TJ en el sistema judicial español, puede verse Cervell Hortal, M. J., *Una unión de valores: ¿realidad o des-*

El recurso de inconstitucionalidad presentado por Vox aludía genéricamente a la independencia judicial, diciendo que la restricción de funciones del CGPJ vulnera su papel como garante de la independencia judicial[41]. La STC 128/2023, de 2 de octubre de 2023[42], que resuelve el recurso, se refiere a la independencia judicial pero lo hace citando solo anteriores sentencias del propio TC; en cambio, no hace referencia a la doctrina del TJUE en sus fundamentos de derecho. Sí lo hace en cambio el voto particular formulado por cuatro magistrados, reprochando a la mayoría no haber tenido en cuenta el canon europeo y dedicando 3 páginas a exponer que la protección de la independencia judicial queda sujeta a las exigencias que derivan del Derecho de la Unión, citando varias sentencias de la saga, aunque no llega a concluir que procedería el desplazamiento y la aplicación de la versión anterior de la LOPJ[43].

Al hilo de todo esto, es oportuno recordar una cuestión general planteada por M.J. García Valdecasas que se puede resumir de la manera siguiente: dado que el TJUE ha dado a la independencia judicial un contenido europeo vinculado a la identidad de la Unión, cabe preguntarse si un Tribunal Constitucional, cuando examina la presunta vulneración del principio de independencia judicial, debe integrar la doctrina del TJUE o la puede dejar al margen del canon de constitucionalidad[44].

Coincidimos con ella en apreciar que dado que el principio forma parte de la identidad constitucional de la Unión y a la vista del alcance que esta identidad tiene en la sentencia *RS*[45], la respuesta sería afirmativa. Otra cosa es el resultado al que conduzca la toma en consideración de la jurisprudencia del TJUE en cada caso concreto, pero en la argumentación habría que tomar en consideración el canon europeo, test de las apariencias incluido.

---

iderátum? La protección del Estado de Derecho en el seno de la UE, Aranzadi, 2022, pp. 111-115.

[41] Véase el antecedente 3. B) de la STC (Pleno) 128/2023, de 2 de octubre.

[42] Disponible en https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/29736.

[43] Véase el apartado 4 del voto particular, titulado «La protección de la independencia judicial queda sujeta a las exigencias que derivan del Derecho de la Unión» (disponible también en https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/29736).

[44] Véase «Estado de Derecho e independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE: la consagración de la identidad constitucional europea», *op. cit.*, pp. 71-72.

[45] STJ de 22 de febrero de 2022, *RS,* asunto C-430/21.

III. Los límites del artículo 19.1 TUE: una cuestión pendiente

El segundo aspecto a considerar consiste en que en la construcción jurisprudencial sobre la independencia judicial el artículo 19 TUE está demostrando tener un potencial ilimitado. Como ha escrito S. Iglesias, «el amplio ámbito de aplicación del artículo 19 TUE implica que todo el ámbito procesal e institucional de la organización judicial queda abierto en canal, al menos en potencia, para la revisión por parte del TJUE»[46] y se pregunta «¿Está el TJUE destinado a convertirse en el foro en el que se diriman los aspectos problemáticos relativos a la organización judicial de todos los EEMM?»[47]. Por su parte, P. J. Martín Rodríguez apunta que «Aclarar el sentido jurídico del art. 19.1 TUE es, a mi modo de ver, el tema central. Es un asunto que acaso se ha enturbiado de manera irreparable por la presión casi insoportable que ejerce la dramática realidad judicial polaca y el vértigo que provoca mirar más allá de esta apuesta jurisdiccional… Por eso, lo que le corresponde ahora al Tribunal es fijar con firmeza esa función constitucional del párrafo 2.º del art. 19.1 TUE»[48]

Entre los preocupados por los límites del artículo 19 TUE se encuentran también algunos Abogados Generales. Al respecto, una referencia insoslayable son las Conclusiones de M. Bobek en el asunto *Asociaţia 'Forumul Judecătorilor din România' y otros*, de 23 de septiembre de 2020, en las que bajo la rúbrica «El artículo 19 TUE, apartado 1, y el peligro de las puertas demasiado abiertas», apuntó:

> «El alcance aparentemente ilimitado, en este caso, del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, no es solo una ventaja de dicha disposición, sino también su principal desventaja. ¿Está dispuesto el Tribunal de Justicia, en el futuro, a ocuparse de cualquier cuestión o elemento que le planteen sus homólogos nacionales alegando que este o aquel elemento de la estructura judicial o del procedimiento nacional, desde su punto de vista subjetivo, pueden suscitar dudas en cuanto al grado de independencia judicial que consideran adecuado? El espectro de cuestiones es inagotable: desde el nivel de autogobierno o autoadministración deseado por los jueces hasta el sistema de asignación de asuntos en el sistema nacional, pasando por el problema de la no promoción de determinados jueces a presidentes de sala o la inve-

[46] «La independencia judicial como principio constitucional en la UE: los límites del control por el Tribunal de Justicia de la UE», *op. cit.*, p. 512.

[47] *Ibid.*

[48] *El Estado de Derecho en la Unión Europea*, Marcial Pons, 2021, pp. 118-119.

> terada cuestión de los salarios, suplementos, beneficios y pagas extraordinarias de Navidad de los jueces. ¿Basta con describir todos estos elementos simplemente en términos «estructurales» para que queden comprendidos en el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo? Sin duda, es factible. Únicamente se trata de formular adecuadamente la cuestión. ¿O es admisible también la «autodefensa judicial» individual contra una medida concreta o incluso contra un presidente problemático de un tribunal? Si no es así, ¿de qué manera exactamente debe determinarse tal deficiencia estructural, habida cuenta de que el Tribunal de Justicia en asuntos anteriores ha negado que tal mecanismo así formalizado, como el procedimiento del artículo 7 TUE, sea necesario para apreciar una deficiencia (sistemática) en el caso concreto?»[49]

Su respuesta es que «Es muy probable que el Tribunal de Justicia vuelva a tener que revisar de nuevo el ilimitado alcance del artículo 19 TUE, apartado 1, quizás esta vez con un talante más restrictivo. Pero con ello solo se pondrá de relieve la verdadera naturaleza del artículo 19 TUE, apartado 1, que debería seguir siendo un instrumento extraordinario para casos excepcionales.»[50] Al año siguiente, en el asunto *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim*, volvió a señalar que el artículo 19 apartado 1 párrafo segundo era un «problema espinoso» dada la «generosa» postura adoptada por el TJ sobre su interpretación, añadiendo que es una solución extraordinaria para casos excepcionales[51].

Por su parte, el Abogado General E. Tanchev también ha defendido que «en el marco de la independencia judicial, el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, se limita a vulneraciones estructurales que ponen en riesgo la esencia de la independencia judicial… dicha vulneración estructural se produce cuando afecta a niveles enteros del Poder Judicial»[52].

---

[49] Conclusiones presentadas el 23 de septiembre de 2020, ECLI:EU:C:2020:746, punto 222.

[50] *Ibid.*, punto 223.

[51] Conclusiones presentadas el 20 de mayo de 2021, ECLI:EU:C:2021:403, puntos 131-148.

[52] Conclusiones en el asunto *Miasto* Łowicz presentadas el 24 de septiembre de 2019, ECLI:EU:C:2019:775, punto 125. La expansiva aplicación del artículo 19.1, párrafo segundo TUE tiene una incidencia específica en el contexto del artículo 267 TFUE en lo que atañe al concepto de órgano jurisdiccional y la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial. Se trata de un tema que también apuntan los Abogados Generales. En el asunto *Getin Noble Bank*, M. Bobek advirtió de la necesidad de tener en cuenta que esos artículos, así como el 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales, persiguen finalidades diferentes y ninguna reinterpretación de aquel concepto debería perjudicar el diálogo judicial (véanse las Conclusiones presentadas el 8 de julio de 2021, ECLI:EU:C:2021:557, puntos 30-79; este enfoque se encuentra también en sus Conclusiones en el asunto *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Ma-*

La doctrina especializada parece compartir esta posición. Para S. Iglesias, hay que tener en cuenta el contexto actual de vulneraciones sistémicas del estado de derecho y de la independencia judicial, de forma que en el futuro el artículo 19 TUE desempeñará una función de *ultima ratio*, aunque ello se produzca no tanto a través de la limitación de su ámbito de aplicación, sino mediante el establecimiento de un rasero muy elevado para la determinación de su infracción[53]. Por su parte, R. Bustos coincide en estimar que el artículo 19.1 TUE es aplicable cuando esté en peligro la independencia del poder judicial en su conjunto, esto es, cuando existan defectos sistémicos o estructurales[54].

Lo cierto es que hasta ahora las apreciaciones por parte del TJ de vulneraciones de la independencia judicial se han referido a Estados con esas características, a lo que hay que añadir que el propio Tribunal afirma siempre que corresponde a los Estados miembros determinar cómo organizan su administración de justicia y precisa también que hay que valorar el conjunto de los elementos pertinentes «en un determinado contexto jurídico-fáctico nacional»[55]. Estos datos aparentan avalar las apreciaciones anteriores.

En todo caso, lo que está claro es que el TJUE ha construido ya una sólida doctrina que supone un salto cualitativo irreversible en el tratamiento de la independencia judicial en el ámbito de la UE, pero también con una repercusión insoslayable en los Estados miembros a la hora de regular y reformar el sistema nacional de organización de la justicia, así como a la de valorarlo judicialmente.

---

zowieckim, presentadas el 20 de mayo de 2021, ECLI:EU:C:2021:403, puntos 161-169). En la misma dirección, el Abogado General A. Rantos ha defendido que la interpretación del principio de independencia en el contexto del artículo 267 TFUE exige un examen diferente y más flexible del requerido, respectivamente, en el contexto del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, y del artículo 47 de la Carta, habida cuenta de los distintos objetivos y funciones de estas normas; en su opinión, este planteamiento —que no ha sido asumido por el Tribunal en la sentencia sobre el caso— tendría la ventaja de que interferiría menos en el principio de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJ en el marco del procedimiento prejudicial y, por otra parte, permitiría mantener el papel fundamental que desempeñan las peticiones de decisión prejudicial en la protección de los derechos de los justiciables (Conclusiones en el asunto *Krajowa Rada Sądownictwa (Mantenimiento en funciones de un juez)*, presentadas el 2 de marzo de 2023, ECLI:EU:C:2023:150, puntos 16-26).

[53] «La independencia judicial como principio constitucional en la UE: los límites del control por el Tribunal de Justicia de la UE», *op. cit.*, pp. 514-515.

[54] *Op. cit.*, p. 391.

[55] STJ (Gran Sala) 2 de marzo de 2021, *A. B. y otros (Nombramiento de jueces del Tribunal Supremo -Recursos)*, apartado 156; STJ (Gran Sala) de 22 de marzo de 2022, *Prokurator Generalny (Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo - Nombramiento)*, apartado 80; STJ de 18 de mayo de 2021, *Asociaţia 'Forumul Judecătorilor din România' y otros,* apartado 206.

E

Independencia de las autoridades supervisoras y reguladoras y Estado de Derecho en la Unión Europea[1]

José Luis Piñar Mañas.

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad San Pablo-CEU de Madrid. Vocal Permanente y Presidente de la Sección de Derecho Público de la Comisión General de Codificación.

SUMARIO

I. Introducción

II. Interacción entre Estado de Derecho e independencia de las autoridades supervisoras y reguladoras

III. El concepto de Estado de Derecho en el marco de la Unión Europea

IV. Delimitación del concepto de entidad supervisora y reguladora a efectos del presente trabajo

V. La independencia de las autoridades supervisoras y reguladoras

1. En particular, la independencia de las autoridades de protección de datos

[1] Quiero agradecer muy de veras a la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional su amable invitación a participar en sus XXIX Jornadas. En particular personifico mi agradecimiento en la Presidenta de la Asociación, Mª Isabel Perelló Domenech y en los Letrados Ignacio Ulloa Rubio y Gema Díez-Picazo Giménez, así como en quien fuera Letrado durante no pocos años, Juan Antonio Hernández-Corchete. Parte del presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación PID2020-120373RB-I00 sobre *Identidad Digital, Derechos Fundamentales y Neuroderechos*, del Ministerio de Ciencia e Innovación. Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020, del que soy IP.

A. La posición de las autoridades de protección de datos y el alcance de su total independencia
B. Algunas consideraciones colaterales
2. Las autoridades reguladoras del sector audiovisual

VI. Conclusión. La obligada independencia de unas autoridades que participan del ejercicio de los tres poderes del Estado.

I. Introduccion

Podría parecer que la relación entre Estado de Derecho e independencia de las autoridades supervisoras y reguladoras no es especialmente relevante. O no lo es, en cualquier caso, tanto como la de jueces y tribunales. Pero la realidad es muy otra. Como veremos, y muy en contra de lo que hace años se pensaba, la presencia misma de tales autoridades es hoy imprescindible y su independencia es requisito incuestionable para la efectividad del Estado de Derecho.

Como se ha repetido hasta la saciedad, la Unión Europea se fundamenta en los principios de democracia, derechos humanos y Estado de Derecho. En este marco, las autoridades supervisoras y reguladoras surgen ahora como garantes esenciales de estos principios, en particular —y en lo que ahora nos interesa— del último de ellos, esencial no solo para la armonía interna y la cohesión entre los Estados miembros, sino también para la credibilidad y la estabilidad de la Unión Europea en el escenario global. Resulta entonces oportuno adentrarse, no desde la mera especulación, en la complejidad del rol de dichas autoridades, su necesaria independencia y la interacción con el Estado de Derecho, pues no en vano son hoy protagonistas clave, encargadas de velar por el cumplimiento normativo en sectores críticos que abarcan desde el funcionamiento y la regulación de los mercados a la economía digital, pasando por la protección del medio ambiente o el respeto a la protección de datos y la privacidad.

La relevancia de estas entidades cobra mayor envergadura en el actual contexto sociopolítico de la Unión Europea, marcado por desafíos transfronterizos complejos así como por tensiones internas derivadas del resurgimiento del nacionalismo y los debates sobre la efectividad de los

sistemas democráticos en algunos Estados miembros. En este contexto, la garantía de la total y efectiva independencia de las autoridades reguladoras y supervisoras es más crucial que nunca, no solo para el mantenimiento del orden jurídico interno, sino también para la proyección de la Unión Europea como un actor global coherente y confiable.

En este contexto, las páginas siguientes tienen como objetivo principal explorar el papel de las autoridades reguladoras y supervisoras en la promoción y protección del Estado de Derecho dentro de la Unión Europea; destaco su importancia en la actualidad y examino los desafíos a los que se enfrentan en el cumplimiento de sus funciones. Veremos cómo estas entidades contribuyen a la realización de los valores fundamentales de la Unión Europea, fortalecen el tejido democrático y aseguran la aplicación de los principios del Estado de Derecho en la Unión Europea y en los Estados miembros. Y veremos cómo la garantía de su total independencia es a su vez garantía del respeto al Estado de Derecho.

II. Interacción entre Estado de Derecho e independencia de las autoridades supervisoras y reguladoras

Hablar de la independencia de las autoridades supervisoras y reguladoras en Europa dentro del marco global del tema de estas Jornadas, («Estado de Derecho e instituciones democráticas en el actual contexto sociopolítico»), exige, en primer lugar, justificar la relación que existe entre los tres conceptos que hemos de poner en relación: Estado de Derecho, autoridades supervisoras y reguladoras, e independencia de dichas entidades.

Como he señalado más atrás, no es dificil adelantar ya la principal conclusión de estas reflexiones: para que en la Unión Europea el Estado de Derecho no se sienta perturbado es imprescindible que se garantice la independencia de tales autoridades; o si se prefiere: la garantía de independencia de las mismas es condición para que se entienda respetado el Estado de Derecho.

Ya he dicho que la Unión Europea se fundamenta en los valores de respeto a los derechos fundamentales, democracia y Estado de Derecho. Esta es la piedra angular de la construccion europea y de su identidad común, como deja meridianamente claro el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea[2]. El respeto a tales valores no sólo debe estar y ser ga-

[2] «La Unión Europea se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, inclui-

rantizado en la Unión Europea, sino en cada uno de los Estados miembros, pues las quiebras del Estado de Derecho en estos afectan al funcionamiento de la UE en su conjunto. Algo que no pasa desapercibido a los propios ciudadanos de la Unión[3].

Analizar ahora qué entendemos por Estado de Derecho resultaría improcedente, pues ya ha sido expuesto con brillantez en estas mismas Jornadas. En cualquier caso, y en lo que ahora nos afecta, sí es preciso resaltar que podríamos referirmos a las virtudes del Estado de Derecho que resalta Joseph Raz[4] o que debemos remitirnos a las reflexiones de Garcia de Enterría[5], Elías Díaz[6], Garcia Pelayo[7] o Lucas Verdu[8]. También podríamos detenernos en los análisis que con alcance general son de lectura obligada (p. ej. los de Tom Bingham[9]) o en cómo la innovación y en particular la Inteligencia Artificial y la adopción de decisiones automatizadas afectan al concepto de Estado de Derecho o *rule of law*, como ha hecho Markku Suksi[10]. Pero creo que, con Ferrajoli, es suficiente en este momento recordar que «con la expresión «estado de derecho» se entienden, habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido lato, débil o formal, «estado de derecho» designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos.…. En un segundo

---

dos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres».

[3] El *Eurobarómetro Especial 508 sobre los valores e identidades de los ciudadanos de la UE* (noviembre de 2021) muestra que la independencia de los jueces y el derecho a un juicio justo (82 % para ambos) son los valores de la UE más apoyados por los europeos, seguidos de la libertad de pensamiento, expresión y religión (81 %): https://data.europa.eu/data/datasets/s2230_94_1_508_eng?locale=es

[4] *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*. Utilizo la edición de la Universidad Nacional Autónoma de México, segunda ed. 1985. Sobre la virtud del Estado de Derecho, págs. 263 y ss.

[5] *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1995 (3ª ed, 1997).

[6] *Estado Social y Democrático de Derecho*, Taurus, Madrid, 1ª ed. 1966. Ed. de 2010.

[7] *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977.

[8] *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Universidad de Salamanca, 1955.

[9] *The Rule of Law*, Penguin, 2011. En págs. 5 y ss. recoge diversas acepciones doctrinales de lo que se entiende por *rule of law*.

[10] *The Rule of Law and Automated Decision-Making: Exploring Fundamentals of Algorithmic Governance,* Springer, 2023.

sentido, fuerte o sustancial, «estado de derecho» designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos. En este significado más restringido,… son estados de derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales»[11]. Resulta evidente que ahora nos referimos al segundo de tales sentidos. Como se ha señalado (Luis María DIEZ-PICAZO), «el núcleo del Estado de Derecho es la sumisión de los poderes públicos al Derecho»[12].

Así las cosas, la garantía de independencia de los jueces y tribunales es sin duda requisito para entender respetado el Estado de Derecho. En realidad, para el funcionamiento de las instituciones y para la supervivencia de la democracia y con ello de los derechos fundamentales. Tampoco podemos ahora detenernos en la realidad misma de esa independencia (que también se ha analizado en estas Jornadas) más allá de lo que dispongan las normas de todo rango que en principio la establecen y garantizan, independencia que no siempre funciona y que es, en opinión de Alejandro NIETO, «la historia de una lucha interminable [entre los Poderes del Estado] en la que, por cierto, los jueces siempre han sido vencidos»[13], cuando no «un festival de tópicos», en palabras de SOSA WAGNER[14]. En cualquier caso, la indepenencia judicial es una de las bases del Estado de Derecho. Pero, ¿también lo es la de las autoridades supervisoras y reguladoras? Adelanto ya que sí, como desarrollaré en estas páginas. En efecto, dichas autoridades juegan un rol crucial en la garantía y fortalecimiento del Estado de Derecho, ya que están encargadas de velar por el cumplimiento normativo en sectores estratégicos y la protección de ciertos derechos fundamentales.

---

[11] «Pasado y futuro del estado de derecho», *Revista internacional de filosofía política*, 2001, pág. 31.

[12] «Estado de Derecho», en Pendas, B. (ed.) *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el Siglo XXI. Ciencias Políticas y Jurídicas*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pág. 772.

[13] *El desgobierno judicial*, Trotta, Madrid, 2ª ed. 2005, pág. 121.

[14] Sosa Wagner, F., «La independencia del juez, un festival de tópicos», en Pendás, B., (dir.); González, E., Rubio, R., (coords.), *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, Vol. 5, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, págs. 3941-3952.

El Informe sobre el Estado de Derecho en la Unión Europea 2023, al referirse a las cuestiones institucionales relacionadas con el sistema de contrapoderes institucionales, incluye como uno de los «ámbitos de importancia clave para el Estado de Derecho», el papel de las autoridades independientes, como el Defensor del Pueblo, los organismos de igualdad y las instituciones nacionales de derechos humanos[15]. La relación entre Estado de Derecho y autoridades de supervisión no es pues ficticia. Muy al contrario es más que evidente, y más aún lo es la necesaria garantia de total independencia en su actuación. Veámoslo a continuación.

III. El concepto de Estado de Derecho en el marco de la Unión Europea

Visto aquel concepto de Estado de Derecho hemos de preguntarnos si, a los efectos de nuestro análisis, el concepto es el mismo en la Unión Europea o por el contrario es pertinente acotarlo o ampliarlo. Se trata de determinar cuál es el alcance del Estado de Derecho en la Unión Europea. Lo que nos lleva al ya citado artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, que como sabemos declara que la Unión Europea se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, valores que son comunes a los Estados miembros.

Para determinar ese alcance resulta de enorme relevancia la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sobre todo la que se ha producido a raiz de la aplicación e interpretación del Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión. («Reglamento relativo a la condicionalidad del Estado de Derecho»). Según su artículo 2 por Estado de Derecho cabe entender «el valor de la Unión consagrado en el artículo 2 del TUE. Comprende los principios de legalidad, que implica un proceso legislativo transparente, democrático, pluralista y

[15] *COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Informe sobre el Estado de Derecho en 2023. La situación del Estado de Derecho en la Unión Europea*. Bruselas, 5.7.2023 COM(2023) 800 final, pág. 3. Puede consultarse en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f3880d7f-1c13-11ee-806b-01aa75ed71a1.0006.02/DOC_1&format=PDF

sujeto a rendición de cuentas; de seguridad jurídica; de prohibición de la arbitrariedad del poder ejecutivo; de tutela judicial efectiva, que incluye el acceso a la justicia, por parte de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales, también en lo que respecta a los derechos fundamentales; de separación de poderes, y de no discriminación e igualdad ante la ley. El Estado de Derecho se entenderá habida cuenta de los demás valores y principios de la Unión consagrados en el artículo 2 del TUE». En relación con el último inciso, el TJUE ha señalado (STJUE de 16 de febrero de 2022, *Hungría contra Parlamento*, asunto C-156/21, apartado 136, y STJUE de la misma fecha, *Polonia contra Parlamento*, Asunto C-157/21, apartado 154):

> No obstante, la misma disposición destaca que el concepto de «Estado de Derecho», definido a efectos de la aplicación de dicho Reglamento, «se entenderá habida cuenta de los demás valores y principios de la Unión consagrados en el artículo 2 del TUE». De ello se deduce que el respeto de esos valores y principios, en la medida en que contribuyen a la propia definición del valor del «Estado de Derecho» que figura en el artículo 2 TUE o en que, como se desprende de la segunda frase de dicho artículo, están íntimamente ligados a una sociedad respetuosa con el Estado de Derecho, puede exigirse en el marco de un mecanismo de condicionalidad horizontal como el que el Reglamento impugnado establece.

En cuanto a la mayor o menor claridad o imprecisión del concepto, el TJUE en esas sentencias precisa que «por lo que respecta a la alegación de Hungría y de Polonia basada en la violación del principio de seguridad jurídica, en particular en la medida en que el Reglamento no define, según afirman, ni el concepto de «Estado de Derecho» ni sus principios, …. los principios que aparecen en el Reglamento como elementos constitutivos de este concepto han sido ampliamente desarrollados en su jurisprudencia; que estos principios emanan de los valores comunes reconocidos y aplicados igualmente por los Estados miembros en sus propios ordenamientos jurídicos, y que derivan de un concepto de «Estado de Derecho» que los Estados miembros comparten y al cual se adhieren, como valor común a sus tradiciones constitucionales. En consecuencia, el Tribunal de Justicia considera que los Estados miembros tienen capacidad para determinar con precisión suficiente el contenido esencial y los requisitos que se derivan de cada uno de estos principios»[16].

[16] https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-02/cp220028es.pdf

El concepto de Estado de Derecho es pues interpretado con amplitud por el TJUE, que lo que pretende es que en ningún caso se menoscaben los principio y valores europeos y los derechos fundamentales. De modo que no sólo cabe exigir *en el marco de un mecanismo de condicionalidad horizontal* el cumplimiento del principio de Estado de Derecho sino el de todos los valores y principios del art. 2 TUE, que ya conocemos.

En este sentido Lenaerts[17] señala que «en su concepción más básica, el respeto del Estado de Derecho implica que ni los Estados miembros, ni las Instituciones Europeas, ni los ciudadanos están por encima de la ley. Por una parte, los Estados miembros deben cumplir con todas y cada una de las obligaciones que les impone el Derecho de la Unión, estando prohibida toda medida unilateral que ponga en tela de juicio el cumplimiento de dichas obligaciones. Por otra parte, las Instituciones Europeas únicamente pueden actuar dentro del respeto de las competencias que les son atribuidas por los Tratados. Para el Tribunal de Justicia, esto quiere decir que debe brindar una tutela judicial efectiva, pero sin sobrepasar los límites de sus competencias jurisdiccionales».

Parece, pues, que el concepto de Estado de Derecho en la Unión Europea debe tomarse en el sentido «fuerte o sustancial», en los términos utilizados por Ferrajoli: en la cosntrucción europea es capital que todos los poderes públicos estén sujetos a la ley, no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos. No hay Unión Europea posible sin respeto al Estado de Derecho. Lo que una vez más demuestra la excepcionalidad de la construcción europea, que debe sustentarse en esos principios irrenunciables, fruto de unos valores comunes a los Estados miembros. Algo que tiene importantes consecuencias económicas para éstos. En efecto, como ha señalado Araceli Mangas, «en el acuerdo historico *Next Generation EU* para distribuir fondos para enfrentar las consecuencias sin precedentes de la pandemia, mediante el Marco Financiero Plurianual 2021-2027 y el fondo de recuperacion, se ha logrado un hito al incluir en el paquete legislativo el Reglamento que permite paralizar el desembolso de fondos cuando se detecten violaciones a la independencia judicial, la igualdad ante la ley o la separacion de poderes que afecten directamente al buen uso del dinero. El Estado miembro infractor se enfrentaria a la suspension de créditos de pago y compromiso europeos y con prohibicion de contraer compromisos adicionales. Al fin

[17] «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la independencia judicial». *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* núm. 72, 2022. Vid. también, del mismo autor, «New Horizons for the Rule of Law Within the EU», *German Law Journal* (2020), 21, págs. 29-34.

y al cabo, el presupuesto de la UE sirve para alcanzar los objetivos de los Tratados»[18].

Con el fin de fortalecer el Estado de Derecho en la Unión Europea, en el año 2020 fue creado el Mecanismo Europeo sobre el Estado de Derecho[19], del que surge el Informe sobre el Estado de Derecho, al objeto de vigilar el grado de cumplimiento de los principios del Estado de Derecho por parte de los Estados miembros, para lo que la Unión Europea también cuenta con el Consejo de Europa y la Comisión de Venecia. Además, con el Reglamento relativo a la condicionalidad del Estado de Derecho la Unión Europea ha vinculado el acceso a fondos europeos al respeto del Estado de Derecho, estableciendo un claro vínculo entre el cumplimiento de los principios democráticos y la recepción de apoyo financiero. Como ha advertido la propia Comisión:

> «El presupuesto de la Unión es uno de los instrumentos principales para expresar el principio de solidaridad (artículo 2 del TUE), uno de los principios fundamentales del Derecho de la Unión, basado en la confianza mutua entre los Estados miembros en cuanto al uso responsable de los recursos comunes del presupuesto de la Unión. No obstan-

---

[18] Mangas Martin, A., «Defensa del estado de derecho por la Unión Europea: la rebeldía de Polonia a la independencia judicial», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (2021-2022)*, Fascículo 1, Madrid, 2022, pág. 543. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-2021-10052700548.

[19] Creado en 2020. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-mechanism_es : El mecanismo europeo del Estado de Derecho es un instrumento preventivo cuyo objetivo es promover el Estado de Derecho y evitar que surjan problemas o se agudicen los problemas existentes. El mecanismo europeo del Estado de Derecho establece un proceso de diálogo anual entre la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo junto con los Estados miembros, los Parlamentos nacionales, la sociedad civil y otras partes interesadas sobre el Estado de Derecho. El Informe sobre el Estado de Derecho es la base de este nuevo proceso.

Uno de los objetivos fundamentales del mecanismo europeo del Estado de Derecho es impulsar la cooperación interinstitucional y animar a todas las instituciones de la UE a contribuir de conformidad con sus respectivas funciones institucionales. Este objetivo refleja un interés histórico tanto del Parlamento Europeo como del Consejo. La Comisión también invita a los Parlamentos y las autoridades nacionales a debatir el informe, y anima a otras partes interesadas a nivel nacional y de la UE a que participen.

El Informe sobre el Estado de Derecho y el trabajo preparatorio con los Estados miembros tienen lugar anualmente en el contexto del mecanismo y servirán de base para los debates en la UE, así como para evitar que surjan problemas o que los problemas existentes se agudicen. Determinar los retos lo antes posible y con el apoyo mutuo de la Comisión, de otros Estados miembros y de las partes interesadas, incluidos el Consejo de Europa y la Comisión de Venecia, podría ayudar a los Estados miembros a encontrar soluciones para salvaguardar y proteger el Estado de Derecho.

> te, esa confianza mutua se basa, a su vez, en el compromiso de cada uno de los Estados miembros con el cumplimiento de las obligaciones que les conciernen con arreglo al Derecho de la Unión Europea y con el respeto continuo de los valores mencionados en el artículo 2 del TUE, entre ellos el valor del Estado de Derecho. La observancia por parte de los Estados miembros de los valores consagrados en el artículo 2 del TUE es una condición necesaria para el disfrute de todos los derechos derivados de la aplicación de los Tratados a dicho Estado miembro»[20]

En consecuencia, los valores y principios que recoge el reiterado artículo 2, son el fundamento mismo de la construcción europea. Lo que veremos a continuación es que la independencia de las autoridades reguladoras y supervisoras, en la medida en que garantizan o deben garantizar el cumplimiento del Estado de Derecho, debe estar a su vez plenamente garantizada, pues de lo contrario tales principios y valores deben considerarse violados y por tanto puesta en riesgo la propia Unión Europea y la consecución de sus objetivos.

IV. Delimitación del concepto de entidad supervisora y reguladora a efectos del presente trabajo.

El concepto de autoridad supervisora y reguladora está intimamente relacionado con el de entidades o administraciones independientes. Con precedentes en el siglo XIX, como entre otros ha recordado POMED[21], el fenómeno de las administraciones independientes explosiona en los años ochenta del siglo XX sobre todo como conseciencia de las políticas privatizadoras[22] y desreguladoras impulsadas sobre todo por las doctrinas

---

[20] COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN: *Orientaciones para la aplicación del Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión.* (2022/C 123/02). *DOUE* C 123/12, de 18 de marzo de 2022.

[21] Que ha recordado que el origen de las Agencias Reguladoras Independientes en Estados Unidos tuvo lugar con ocasión de la aprobación, en 1887, de la Ley de Comercio Interestatal: POMED SANCHEZ, Luis, «Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes», *Revista de Administración Pública,* núm. 132. Septiembre-diciembre 1993, pág. 122.

[22] La bibliografía sobre los fundamentos de las privatizaciones de los años ochenta y noventa en Europa y Estados Unidos es muy abundante. Me permito remitirme a mi trabajo «Privatización de empresas públicas y Derecho Comunitario», en *Revista de Administración Pública,* núm. 133. Enero-abril 1994, págs. 17 y ss. y a la bibliografía allí citada.

neoliberales o de la «*new right*» de Reagan y Thatcher[23]. Su propia existencia ha sido objeto de innumerables críticas, al considerar que se estaba hurtando al poder ejecutivo el ejercicio de ciertas funciones al tiempo que suponían una vía de escape del rigor del Derecho Administrativo y una fórmula de sometimiento al derecho privado del ejercicio de funciones públicas. Incluso se ha cuestionado su constitucionalidad, que no todos admiten[24] o que ha requerido esfuerzos interpretativos para admitirla[25], si bien hay quien la defiende decididamente, con argumentos que comparto[26]. Hoy sin embargo la existencia de las Administraciones Independientes, de las entidades reguladoras y supervisoras, es generalmente admitida, así como su constitucionalidad. Es más, su propia presencia se considera garantía de no ingerencia de posiciones políticas tergiversadas e interesadas no sólo en el ámbito de determinados sectores económicos sino en la garantía de determinados derechos. No en vano su neutralidad política, al margen de los ciclos electorales, y su especialización técnica se consideran fundamento de su admisibilidad y justificación[27]. Además, como acabo de señalar, su ámbito de actuación ha superado hace tiempo el de la actividad económica para adentrarse en el de la garantía rápida y eficaz de los derechos, lo que plantea nada más

---

[23] Sobre ello vid Sanmartín Barros, I., «La 'New Right' en los años 80 y 90», *Historia Actual On Line, HAOL*, Núm. 1 (Primavera, 2003), págs. 39-53.

[24] Parada Vázquez, José Ramón, «Las administraciones independientes», en Alfonso Pérez Moreno (coord.) *Administración instrumental: libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Vol. 1, 1994 págs. 653-689.

[25] Por ejemplo, Betancor Rodríguez, A., *Las Administraciones independientes: un reto para el estado social y democrático de derecho,* Tecnos, Madrid, 1994. Rallo Lombarte, A., *La constitucionalidad de las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 2002. Magide Herrero, M., *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2000. Garcia-Manzano Jimenez de Andrade, P., *La potestad normativa de las administraciones independientes*, Tesis doctoral, UCM, Madrid, 2015, págs. 122 y ss. Garcia Alvarez considera que «el otorgamiento por el legislador comunitario de poderes discrecionales a agencias reguladoras nacionales supone una mutación constitucional de los ordenamientos de los Estados miembros»: «La Unión Europea como «Estado Regulador» y las Administraciones Independientes», en *Revista de Administración Pública*, núm. 194, Madrid, mayo-agosto 2014, pág. 79. Mercedes Fuertes en un agudo trabajo habla de una embarazosa mutación constitucional: «Una embarazosa mutación constitucional impulsada por el Derecho europeo: Administraciones independientes del Gobierno», en Pendás, B., (dir.); González, E., Rubio, R., (coords.), *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas* , Vol. 5, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, págs. 3745-3756.

[26] Pomed Sanchez, Luis, «Fundamento y naturaleza jurídica ….», *op. cit.*, págs. 162 y ss.

[27] Garcia-Manzano Jimenez de Andrade, Pablo, *La potestad normativa…*, *op. cit.*, págs. 109 y ss.

y nada menos que la cuestión de su convivencia con la garantía que por defecto corresponde a jueces y tribunales[28]. En cualquier caso, como ha indicado Garcia de Enterria, las administraciones independientes no pretenden eludir el Derecho Administrativo sino neutralizar políticamente su gestión, apartándola de la lucha de partidos.

Dicho lo anterior y admitida por tanto la existencia de las administraciones independientes, es preciso acotar el objeto de estudio para ceñirnos a las autoridades supervisoras y reguladoras, que son aquéllas respecto de cuya independencia hemos de pronunciarnos.

El artículo 109 de la Ley 40/2015 dispone que «son autoridades administrativas independientes de ámbito estatal las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley». Pese a que la definición no se refiere a la función que, como he indicado, también pueden desempeñar tales autoridades en el marco de la garantía de ciertos derechos, puede ahora servirnos para delimitar el ámbito subjetivo de las entidades a las que quiero referirme. Delimitación necesaria dado que nos enfrentamos a una pléyade de autoridades o administraciones que poco o nada tienen que ver con lo que ahora estamos analizando. En efecto, sin ánimo de ser exhaustivo y refiriéndome tan sólo a la Administración del Estado, podemos tener en cuenta las siguientes entidades: Banco de España (Ley 13/1994, de autonomía del BE); Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Ley 3/2013 de creación de la CNMC), que además ejerce como autoridad audiovisual competente de ámbito estatal[29]; Comisión Nacional del Mercado de Valores (Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores); Consejo de Seguridad Nuclear (Ley 15-1980, de 22 de abril, de creación del Consejo de Seguridad Nuclear); Agencia Española de Protección de Datos (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de los derechos digitales); Con-

[28] En ningún caso se pone en duda que corresponde a los jueces y tribunales el control último de toda la actuación de las entidades independientes.

[29] Según el artículo 153.2 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, la CNMC ejerce el control y supervisión de las obligaciones previstas en dicha Ley, de conformidad con lo establecido en los artículos 9 y 12 de la Ley 3/2013, de 4 de junio

sorcio de la Zona Especial Canaria (Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias); Museo Nacional del Prado (Ley 46/2003, de 25 de noviembre, reguladora del Museo Nacional del Prado); Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía (Ley 34/2011, de 4 de octubre, reguladora del Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía); Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I.[30] (Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción). Asimismo, podríamos tener en cuenta al Instituto Cervantes (Ley 7/1991, de 21 de marzo, por la que se crea) y al Centro Nacional de Inteligencia (Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del CNI).

No entraría sin embargo dentro del concepto que ahora tomamos en consideración, por ejemplo, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno creado por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, ni la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial, creada por la Disposición Adicional Séptima de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes[31]. Ambas entidades tiene la naturaleza de organismos públicos de acuerdo con lo previsto en el artículo 91 de la Ley 40/2015 (por tanto dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, según el artículo 88 de esta Ley)[32]. En mi opinión estamos ante dos claros ejemplos de entidades que en lugar de haber sido creadas como organismos públicos deberian tener sin duda la naturaleza de entidades supervisoras o reguladoras, dotadas por tanto de total independencia. Es evidente que ambas ejercen funciones que inciden claramente en el ejercicio de derechos y por tanto en la garantía misma del Estado de Derecho, lo que se compadece mal con su dependencia de la Administración del Estado. En particular, debería reconocerse total independencia al Consejo de Transparencia[33] sin olvidar que

[30] Todavía no constituida en el momento de escribir estas líneas (enero de 2024).

[31] Por Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, se ha aprobado el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial.

[32] El Consejo de Transparencia se creó en origen como como organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, hoy derogada.

[33] A ello me he referido en «Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno», en *Revista catalana de dret públic*, Núm. 49 (diciembre 2014), págs. 1-19.

carece de potestades para imponer sus acuerdos y resoluciones, como por lo demás ha señalado la Comisión Europea[34].

En cualquier caso, resulta evidente que al plantear la relación entre Estado de Derecho y entidades reguladoras o supervisoras no podemos referirnos al conjunto de administraciones independientes que he apuntado. Me centraré sólo en aquellas entidades que tienen que ver con el recto funcionamiento del mercado o con la tutela de derechos fundamentales. Cierto que si asumimos la perspectiva económica y el quebranto económico para la Unión Europea que puede derivar de la actuación de las autoridades independientes según el Reglamento 2020/2092 de condicionalidad del Estado de Derecho, todas ellas deberían ser tenidas en cuenta pero debemos centrarnos en aquellas cuya actuación con falta de independencia pueda poner en riesgo el Estado de Derecho. Me ocupo entonces de aquellas entidades, autoridades reguladoras o supervisoras, que pueden llegar a innovar el ordenamiento jurídico, condicionar el funcionamiento de sectores económicos o garantizar el ejercicio de derechos, y por tanto incidir en el Estado de Derecho.

V. La independencia de las autoridades supervisoras y reguladoras

Definido el concepto del Estado de Derecho y precisado el alcance de las entidades que consideramos ahora autoridades supervisoras y reguladoras, veamos cómo opera su independencias al objeto de poder concluir que su reconocimiento efectivo es imprescindible para entender respetado el Estado de Derecho en la Unión Europea. Para ello voy a centrarme en el régimen de las autoridades de protección de datos personales[35] y en menor medida a las autoridades del sector audiovisual, dado

[34] «The authority of the Council is expressed through the issuing of resolutions, however, it has no competence nor a tool to ensure their implementation»: «*Commission staff working document. 2023 Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in Spain. Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2023 Rule of Law Report. The rule of law situation in the European Union*», Brussels, 5.7.2023 SWD(2023) 809 final, página 16: https://commission.europa.eu/document/download/62fdb34b-78d4-4d53-b9ea-67286facc01e_en?filename=23_1_52576_coun_chap_spain_en.pdf

[35] Sobre las que la bibliografía es abundantísima. Por todos, vid. Troncoso Reigada, «Autoridades de control independientes», en Piñar Mañas (Dir.), Alvarez Caro, M. y Recio Gayo, M. (coords.) *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo*

que el TJUE, y también nuestro Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, han tenido ocasión de fijar criterios acerca del alcance de la total independencia de tales reguladores.

1. En particular, la independencia de las autoridades de protección de datos

A. *La posición de las autoridades de protección de datos y el alcance de su total independencia.*

Ante todo ha de partirse del hecho de que la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge expresamente en su artículo 8 que el el respeto de las normas de protección de datos «estará sujeto al control de una autoridad independiente»[36]. Esta previsión, en la que mucho tuvo que ver Stefano Rodotà, se ha trasladado expresamente al Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos (RGPD) cuyo artículo 51 dispone que cada Estado miembro establecerá que sea responsabilidad de una o varias autoridades públicas independientes supervisar la aplicación del Reglamento, con el fin de proteger los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento y de facilitar la libre circulación de datos personales en la Unión. Y añade que cada autoridad de control contribuirá a la aplicación coherente del Reglamento en toda la Unión. Es decir, de forma expresa se atribuye a autoridades administrativas independientes la protección del derecho a la protección de datos y la supervisión de la aplicación coherente de su normativa. Autoridades que, junto con el Supervisor Europeo de Protección de Datos, componen el Comité Europeo

---

europeo de privacidad, Reus, Madrid, 2016, págs. 461 y ss. Rubi Navarrete, J., «La Agencia Española de Protección de Datos», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 88-89, mayo-junio 2020, monográfico sobre *Protección de Datos, antes, durante y después del coronavirus*.

[36] El texto del citado artículo 8 es el siguiente: *Artículo 8 Protección de datos de carácter personal*

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación.
3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

de Protección de Datos, órgano de la Unión Europea que también ha de actuar con total independencia[37].

El papel de las autoridades de protección de datos es por tanto esencial para garantizar el respeto al Estado de Derecho en la medida en que dicho respeto pasa ineludiblemenbte por el de los derechos fundamentales.

Esta situación, realmente peculiar, me llevó hace años a mantener que entre los principios que configuran el contenido esencial del derecho a la protección de datos debía contarse el que denominé principio de control independiente[38]. Entonces dije que, dado el tenor del art. 8 de la Carta Europea antes citado, se presume que, faltando la autoridad de control, no es posible en ningún caso considerar aceptable el marco jurídico regulador del derecho a la protección de datos.

La previsión de la Carta Europea no es del todo nueva, aunque sí lo es el hecho de recogerla en documento de tanta trascendencia. La Resolución 45/95 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1990, por la que se establecen las Directrices de protección de datos, dispone en su punto 8 que «el derecho de cada país designará a la autoridad que, de acuerdo con su sistema jurídico interno, vaya a ser responsable de supervisar la observancia de los principios [de protección de datos]. Esta autoridad ofrecerá garantías de imparcialidad, independencia frente a las personas o agencias responsables de procesar y establecer los datos, y competencia técnica». Por su parte, el Protocolo Adicional al Convenio 108 del Consejo de Europa, relativo a las autoridades de Supervisión y a las Transferencias internacionales de datos, de 8 de noviembre de 2001, señala en su preámbulo que «las autoridades de supervisión, ejerciendo sus funciones con completa independencia, son elemento de la efectiva protección de los derechos de las personas en

---

[37] Arts. 68 y ss. del Reglamento (UE) 2016/679. Sobre ello vid. Cervera Navas, L., «El Comité Europeo de Protección de Datos», en Piñar Mañas (Dir.), Alvarez Caro, M. y Recio Gayo, M. (coords.) *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad,* Reus, Madrid, 2016, págs. 525 y ss.; y del mismo autor, «La apuesta de la Unión Europea por la protección global de los datos personales», en Piñar Mañas, J. L. (dir.), *Privacidad en un mundo global*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, págs.. 59 y ss.; Ulloa Rubio, I., «Comité Europeo de Protección de Datos (Comentario a los artículos 68 al 76 RGPD)», en Troncoso Reigada, A. (dir.), *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, Madrid, 2021, Vol. 2, págs. 2917-2945

[38] «Protección de datos: origen, situación actual y retos de futuro», en Lucas Murillo de la Cueva, P., y Piñar Mañas, J. L., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, págs. 81 y ss.

relación con el tratamiento de datos personales». En esta línea, el artículo 1.3 dispone que «las autoridades de supervisión ejercerán sus funciones con completa independencia», y el punto 4 del mismo artículo añade que «las decisiones de las autoridades de supervisión que den lugar a reclamaciones, pueden ser recurridas judicialmente». Y, por supuesto, el RGPD, como antes hemos visto.

En definitiva, pues, el principio de tutela del derecho a través de una autoridad independiente se ha constituido ya como verdadero principio del derecho a la protección de datos.

Y el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado, con tanta claridad como contundencia, sobre la posición que en el sistema de garantías del derecho fundamental a la protección de datos ocupa la Agencia Española de Protección de Datos. Fue en la Sentencia 290/2000, de 30 de noviembre, en la que resaltó por primera vez la importancia que en el sistema de la protección de datos tiene la autoridad independiente de control. Señala el Tribunal Constitucional que «*En lo que respecta..... a la Agencia de Protección de Datos....., ha de comenzarse señalando que en las regulaciones legales adoptadas antes de la entrada en vigor de nuestra Constitución por varios Estados europeos con la finalidad de proteger los datos personales frente a los peligros de la informática (Ley sueca de 11 de mayo de 1973, Ley de la República Federal de Alemania, de 22 de enero de 1977, Ley francesa de 6 de enero de 1978, Ley noruega de 8 de junio de 1978), también está presente un elemento institucional. Pues dichas regulaciones, pese a las diversas denominaciones y dependencias orgánicas que establecen, tienen en común el haber creado instituciones especializadas de Derecho público, a las que se atribuyen diversas funciones de control sobre los ficheros de datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, tanto de titularidad pública como privada».* Y señala que en el modelo español la Agencia se configura como *«un Ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones».* Asimismo el Tribunal justifica la atribución de funciones y potestades a la Agencia de Protección de Datos *«para asegurar, mediante su ejercicio, que serán respetados tanto los límites al uso de la informática como la salvaguardia del derecho fundamental a la protección de datos personales en relación con todos los ficheros, ya sea de titularidad pública o privada».*

Y advierte que «*la creación de dicho ente de Derecho público y las funciones atribuidas al mismo permiten garantizar,..... el ejercicio por*

los ciudadanos del haz de facultades que integra el contenido del derecho fundamental». De modo que la Agencia de Protección de Datos «*garantiza el ejercicio por los ciudadanos del derecho fundamental a la protección de dichos datos»*. Y dado *«que la garantía de estos derechos, así como la relativa a la igualdad de todos los españoles en su disfrute es el objetivo que guía la actuación de la Agencia de Protección de Datos, es claro que las funciones y potestades de este órgano han de ejercerse cualquiera que sea el lugar del territorio nacional donde se encuentren los ficheros automatizados conteniendo datos de carácter personal y sean quienes sean los responsables de tales ficheros».*

Es claro, pues, que la existencia de una autoridad independiente de control forma parte del sistema del derecho fundamental a la protección de datos personales. Entre nosotros el principio de control independiente se materializa a través de la Agencia Española de Protección de Datos (artículos 44 y ss. de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos) y de las Agencias y Autoridades Autonómicas de Protección de Datos[39].

Pero si el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto el papel que ocupa la autoridad de protección de Datos, el TJUE lo ha hecho si cabe con mayor rotundidad. En su Senencia de 9 de marzo de 2011, *Comisión vs. Alemania*, asunto C-518/07 (en el mismo sentido las Sentencias de 16 de octubre de 2012, *Comisión vs. Austria,* asunto C-614/10, y de 8 de abril de 2014, *Comisión vs. Hungría,* asunto C-288/12) el Tribunal resalta que la existencia de autoridades independientes constituye «un elemento esencial para los objetivos de la Directiva 95/46. Es necesaria para crear, en cada Estado miembro, un nivel igualmente elevado de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, contribuyendo así a la libre circulación de datos, necesaria para el establecimiento y funcionamiento del mercado interior». Y en la Sentencia de 16 de julio de 2020, *Schrems II*, asunto C311/18, recuerda que «conforme al artículo 8, apartado 3, de la Carta y al artículo 51, apartado 1, y al artículo 57, apartado 1, letra a), del RGPD, las autoridades nacionales de control están encargadas del control del cumplimiento de las reglas de la Unión para la protección de las personas físicas frente al tratamiento de datos personales»[40] y que «tienen como misión principal controlar la aplicación del RGPD y velar por su

[39] Hasta ahora se han constituido las Agencias de Madrid (hoy suprimida), las Autoridades de Cataluña y País Vasco y el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía.

[40] Apartado 107 de la Sentencia.

cumplimiento»[41]. Para garantizar la plena aplicación del Reglamento y la protección de los datos personales, el Tribunal, en particular en lo que se refeire al control de las transferencias internacionales de datos, declara que *«incluso habiendo adoptado la Comisión una decisión de adecuación, la autoridad nacional de control competente, a la que una persona haya presentado una reclamación para proteger sus derechos y libertades frente al tratamiento de datos personales que la conciernen, debe poder apreciar con toda independencia si la transferencia de esos datos cumple las exigencias establecidas por el RGPD y, en su caso, interponer un recurso ante los tribunales nacionales, para que estos, si concuerdan en las dudas de esa autoridad sobre la validez de la decisión de adecuación, planteen al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre esta validez»*[42].

Por otra parte, en la STJUE de 9 de marzo de 2011, *Comisión vs. Alemania*, asunto C-518/07, el Tribunal deja clara la la legitimidad democrática de las autoridades independientes y en particular de las autoridades de protección de datos:

> 41. A este respecto, ha de recordarse que el principio de democracia es un principio del Derecho comunitario recogido expresamente en el artículo 6 UE, apartado 1, como uno de los fundamentos de la Unión Europea. Al ser un principio común a los Estados miembros, debe tomarse en consideración cuando se interprete un acto de Derecho derivado, como es el caso del artículo 28 de la Directiva 95/46[43].
>
> 42. Este principio no se opone a la existencia de autoridades públicas al margen de la Administración jerarquizada clásica y más o menos independientes del Gobierno. La existencia y requisitos de funcionamiento de esas autoridades se regulan, en los Estados miembros, mediante ley, e incluso, en algunos de ellos, mediante la Constitución, y esas autoridades están sujetas a la ley, bajo el control del juez competente. Este tipo de autoridades administrativas independientes, que también existen en el sistema jurídico alemán, ejercen con frecuencia una función reguladora o de otro tipo que exige que deban estar protegidas de la influencia política, sin dejar por ello de estar sujetas a la ley, bajo al control del juez competente. Esto es lo que sucede, preci-

[41] Apartado 108.

[42] Apartado 120 de la Sentencia. Téngase en cuenta que el apartado transcrito parece partir de la base de que las autoridades no pueden plantear directamente cuestión prejudicial ante el TJUE.

[43] Establecía que los Estados miembros debían disponer de una o más autoridades públicas de control, dotadas de total independencia.

> samente, con las funciones de las autoridades de control en materia de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.
>
> 46. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, el hecho de conceder a las autoridades de control en materia de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales en el sector no público un estatuto independiente de la Administración general no priva, por sí mismo, a dichas autoridades de su legitimidad democrática.

Admitida la trascendencia y la legitimidad democrática de las autoridades de protección de datos, es imprescindible que las mismas actúen con total independencia.

La STJUE de 6 de octubre de 2015, Asunto C-362/14, *Schrems I* es contundente al señalar que la garantía de independencia de las autoridades asegura un control eficaz del respeto al derecho a la protección de datos, lo que es esencial para considerarlas lo que son, es decir un elemento esencial de tal derecho:

> 41. La garantía de independencia de las autoridades nacionales de control pretende asegurar un control eficaz y fiable del respeto de la normativa en materia de protección de las personas físicas frente al tratamiento de datos personales y debe interpretarse a la luz de dicho objetivo. Esa garantía se ha establecido para reforzar la protección de las personas y de los organismos afectados por las decisiones de dichas autoridades. La creación en los Estados miembros de autoridades de control independientes constituye, pues, un elemento esencial de la protección de las personas frente al tratamiento de datos personales, como señala el considerando 62 de la Directiva 95/46.

En este sentido también son de especial importancia las ya citadas Sentencias de 9 de marzo de 2011, *Comisión vs. Alemania*, asunto C-518/07, de 16 de octubre de 2012, *Comisión vs. Austria,* asunto C-614/10, y de 8 de abril de 2014, *Comisión vs. Hungría,* asunto C-288/12.

La primera analiza la situación que se daba en Alemania, donde el control de los tratamientos de datos por parte del sector privado está atribuido a las autoridades de protección de datos de los *länder.* Lo que ocurre es que dichas autoridades estaban sometidas a un cierto grado de tutela o control por las respectivas Administraciones de cada *land,* lo que a juicio de la Comisión violaba la independencia de aquéllas. El Tribunal

se pronuncia de este modo sobre lo que debe entenderse por «total independencia»:

> 18. Por lo que atañe, en primer lugar, al tenor literal del artículo 28, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 95/46[44], dado que ésta no define la expresión «con total independencia», se debe atender a su significado habitual. Cuando se trata de un órgano público, el término «independencia» se refiere normalmente al estatuto que le garantiza la posibilidad de actuar con plena libertad, a resguardo de cualquier tipo de instrucciones o presiones.
>
> 19. En contra de lo alegado por la República Federal de Alemania, nada indica que la exigencia de independencia se refiera exclusivamente a la relación entre las autoridades de control y los organismos sujetos a su control. Por el contrario, el término «independencia» viene reforzado por el adjetivo «total», lo que implica una facultad de decisión exenta de toda influencia externa a la autoridad de control, ya sea directa o indirecta.
>
> 25. La garantía de independencia de las autoridades de control nacionales trata de asegurar un control eficaz y fiable del respeto de la normativa en materia de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y debe interpretarse a la luz de dicho objetivo. La garantía de independencia no se ha establecido para conceder un estatuto particular a esas autoridades mismas o a sus agentes, sino para reforzar la protección de las personas y de los organismos afectados por sus decisiones. De lo anterior resulta que, en el ejercicio de sus funciones, las autoridades de control deben actuar con objetividad e imparcialidad, y, para ello, han de estar a resguardo de toda influencia externa, incluida la ejercida directa o indirectamente por el Estado o por los Länder, y no solamente de la de los organismos sujetos a control.
>
> 36. Además, debe subrayarse que la mera posibilidad de que las autoridades de tutela puedan ejercer influencia política sobre las decisiones de las autoridades de control es suficiente para obstaculizar el ejercicio independiente de las funciones de éstas. Por un lado, como señaló la Comisión, podría darse en tal caso una «obediencia anticipada» de las autoridades de control a la vista de la práctica decisoria de la autoridad de tutela. Por otro, el papel de guardianas del derecho a la intimidad que asumen las autoridades de control exige que sus decisiones y, por tanto, ellas mismas, estén por encima de toda sospecha de parcialidad.

[44] Equivalente al actual artículo 51 del RGPD.

La STJUE de 16 de octubre de 2012, *Comisión/Austria*, asunto C-614/10 analiza la situación en Austria, donde el administrador de la Autoridad de control de protección de Datos, *Datenschutzkommission,* es un funcionario federal sometido a supervisión jerárquica; la secretaría de la *Datenschutzkommission* está integrada en la Cancillería federal, y el Canciller federal tiene un derecho incondicional a informarse de todos los aspectos de la gestión de la Comisión. Estas previsones se consideraron contrarias a la independencia de la autoridad de control por lo que la Comisión acude al Tribunal de Justicia, que resalta que la «total independencia» prohibe cualquier tipo de influencia, incluso indirecta. Según el Tribunal, «la independencia exigida en virtud del artículo 28, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 95/46 tiene por objeto excluir no sólo la influencia directa, en forma de instrucciones, sino también, …. toda forma de influencia indirecta que pueda orientar las decisiones de la autoridad de control»[45]. Y añade que «en vista del papel de guardianas del derecho a la intimidad que asumen las autoridades de control, el artículo 28, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 95/46 exige que sus decisiones, y, por tanto, ellas mismas, estén por encima de toda sospecha de parcialidad[46].

Por último me refiero a la STJUE de 8 de abril de 2014, *Comisión/Hungría*, caso C-288/12[47].

Hungría puso fin antes de tiempo al mandato de la autoridad de control de la protección de datos personales, como consecuencia de un cambio normativo (aprobación de una nueva Ley). El Tribunal considera que ese cese anticipado viola la total independencia de la autoridad:

> 54 . Pues bien, si cada Estado miembro tuviera la posibilidad de poner fin al mandato de una autoridad de control antes de que éste llegue al término inicialmente previsto sin respetar las normas y las garantías establecidas previamente en tal sentido por la legislación aplicable, la amenaza de tal terminación anticipada que en tal caso planearía sobre esa autoridad durante todo su mandato podría generar una forma de obediencia de ésta al poder político incompatible con dicha exigencia de independencia (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Austria, EU:C:2012:631, apartado 51). Esta conclusión es

[45] Apartado 43 de la Sentencia.

[46] Apartado 52.

[47] Sobre esta sentencia vid. Pazos Castro, R., «La problemática de cómo garantizar la independencia de las Agencias nacionales de protección de datos: el caso húngaro. Comentario a la STJUE, de 8 de abril de 2014», *Boletín do CEDE da USC*, 2014.

> también cierta en el caso de que la finalización del mandato antes de tiempo obedezca a una reestructuración o a un cambio de modelo, los cuales deben organizarse de modo que respeten las exigencias de independencia impuestas por la legislación aplicable.
>
> 55. Además, en tal situación, no cabría considerar que la autoridad de control pueda actuar, en cualquier circunstancia, por encima de toda sospecha de parcialidad. Así pues, debe interpretarse necesariamente que la exigencia de independencia contenida en el artículo 28, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 95/46 incluye la obligación de respetar la duración del mandato de las autoridades de control hasta su expiración y de poner fin antes de tiempo al mismo únicamente cuando se observen las normas y las garantías de la legislación aplicable.

Por cierto, en relación con la posición de quien ostenta la presidencia o dirección de la autoridad de protección de datos, aunque en otro contexto, se ha pronunciado también nuestro Tribunal Supremo al hilo de la incomprensible situación que todavía se está dando, al tiempo de escribir estas líneas, en torno al nombramiento de quien vaya a ser próximo titular de la Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos conforme al nuevo sistema establecido en la Ley Orgánica de Protección de Datos. La Sentencia de la Sala Tercera de 25 de mayo de 2022 y el Auto de la misma Sala de 21 de marzo de 2022, dando al traste con todo el procedimiento por estar viciado de raiz, ponen de manifiesto la trascendencia de respetar la total independencia de la presidencia de la Agencia para así poder considerar respetada la independencia de la Agencia y por ende garantizada la tutela del derecho a la protección de datos, libre de ingerencias políticas[48]

Las sentencias del TJUE transcritas dan fe, por un lado, del papel central que ocupan las autoridades de control en la tutela y garantía de un derecho fundamental cual es el de la protección de datos, de modo que muy bien puede afirmarse que sirven de apoyo para la idea antes apuntada

[48] Sobre ello *vid*. Gambier, B., «El poder reaccional de un participante en un concurso público para un alto cargo de una agencia estatal, cuyo resultado fue previamente acordado por los partidos políticos mayoritarios: Un comentario a la Sentencia núm. 608/2022 de la sala de lo contencioso-administrativo, sección cuarta, del Tribunal Supremo», en Suay Rincón, J. y Bauzá Martorell, F. J. (dirs.), *Derecho público entre el poder y un audaz desafío por el estado de derecho: Libro homenaje al profesor José Eugenio Soriano García*, Atelier, Barcelona, 2023, Vol. 1, págs. 415-430; Piñar Mañas, J. L., «El nombramiento de la Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos y su Adjunto. Por la total independencia de la Agencia». En *Hay Derecho,* 25 de enero de 2022. Puede consultarse en https://www.hayderecho.com/2022/01/25/el-nombramiento-de-la-presidencia-de-la-agencia-espanola-de-proteccion-de-datos-y-su-adjunto-por-la-total-independencia-de-la-agencia/

de que el principio de control independiente forma parte del núcleo esencial del derecho. Por otra parte, sustentan la extraordinaria importancia de la independencia de tales autoridades, de modo que su ausencia supondría un impacto en la línea de flotación de las propias autoridades, que perderían su papel de garantes del derecho a la protección de datos y del cumplimiento del RGPD, con lo que ello supondría para la estabilidad misma del Estado de Derecho, al menos en lo que se refiere a los principios de respeto a los derechos fundamentales y de seguridad juridica.

B. *Algunas consideraciones colaterales*

Dicho lo anterior, permítaseme hacer tres consideraciones colaterales al tema tratado.

Por un lado, téngase en cuenta que el Tribunal de Justicia evalúa la independencia de las autoridades de supervisión o de tutela de derechos no solo al objeto de determinar si el grado de independencia de que realmente disfruten es adecuado para garantizar el Estado de Derecho y la efectiva tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea, sino para determinar sí la tutela de derechos que puedan tener trascendencia fuera de las fronteras de la Unión Europea está en manos de entidades que, denominándose independientes, lo son realmente. Es el caso del Defensor del Pueblo en Estados Unidos que es analizado en la ya citada Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, *Schrems II*, y respecto del que el Tribunal de Justicia considera que su grado de independencia no es adecuado y en consecuencia el sistema de protección del derecho a la protección de datos de Estados Unidos no puede considerarse adecuado a efectos de transferencias internacionales. Señala el Tribunal:

> 194. El examen de la cuestión de si el mecanismo del Defensor del Pueblo … puede efectivamente subsanar las limitaciones del derecho a la tutela judicial constatadas por la Comisión debe, con arreglo a las exigencias que se derivan del artículo 47 de la Carta[49] y de la ju-

[49] El artículo 47 dispone: *Artículo 47 Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial*

> *Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.*
>
> *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, estableci-*

> risprudencia recordada en el apartado 187 de la presente sentencia, partir del principio de que los justiciables han de tener la posibilidad de ejercer acciones en Derecho ante un tribunal independiente e imparcial para acceder a los datos personales que les conciernen o para obtener su rectificación o supresión.
>
> 195. Pues bien, en la carta mencionada en el apartado 193 de la presente sentencia, aunque se describe al defensor del pueblo en el ámbito del Escudo de la Privacidad como «independiente de los servicios de inteligencia», se dice que «informará directamente al secretario de Estado, que garantizará que aquel desempeñe sus funciones de manera objetiva y sin ninguna influencia indebida que pueda afectar a la respuesta que debe proporcionarse». Asimismo, aparte del hecho de que … el defensor del pueblo es nombrado por el secretario de Estado y forma parte integrante del Departamento de Estado, no existe, en la referida Decisión, como ha señalado el Abogado General en el punto 337 de sus conclusiones, ninguna indicación de que la destitución del defensor del pueblo o la anulación de su nombramiento vengan acompañadas de garantías específicas, lo que pone en entredicho la independencia del Defensor del Pueblo con respecto al poder ejecutivo (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2020, Banco de Santander, C274/14, EU:C:2020:17, apartados 60 y 63 y jurisprudencia citada).

Las anteriores consideraciones son de enorme importancia para el tema que estamos analizando. Suponen que el Tribunal de Justicia no sólo exige que las autoridades de control de los Estados miembros de la Unión Europea estén dotados de total independencia para poder considerar garantizado el derecho a la protección de datos (y garantizado por tanto el Estado de Derecho) sino que también exige, al objeto de garantizar tal derecho fundamental no sólo en el seno de la Unión Europea sino fuera de sus fronteras, que los terceros países a los que en su caso se pretenda transferir datos personales cuenten con un ordenamiento jurídico que garantice asimismo la existencia de una autoridad de control que disfrute de total independencia.

---

do previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia

Cáigase en la cuenta de que para analizar la posición del Defensor del Pueblo en Estados Unidos el Tribunal se basa en la cláusula de independencia e imparcialidad de los jueces.

La segunda consideración tiene que ver con el hecho de que el Estado de Derecho, en su vertiente de evitar ingerencias políticas que tergiversen la recta aplicación de la Ley, también puede resultar afectado cuando no se garantiza la independencia de organismos que no tienen la consideración de adminsitraciones independientes pero sí inciden claramente en algún sector económico. Tal es el caso de algunas entidades públicas empresariales de las reguladas en los artículos 103 y ss. de la Ley 40/2015. En particular, en octubre de 2023 la Comisión Europea ha llevado a España ante el TJUE[50] por no haber transpuesto correctamente la Directiva 2012/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único, y en concreto por no estar claramente garantizada la independencia de los consejos de administración de los administradores de infraestructuras y de la empresa ferroviaria correspondiente[51], sobre los que el Estado es capaz de ejercer una influencia decisiva[52].

La tercera se refiere a las relaciones entre autoridades cuando se propuce un posible solapamiento de competencias o funciones.

En particular, el TJUE, en su Sentencia de 4 de julio de 2023, *Meta Platforms y otros*, asunto C-252/21, se ha enfrentado al delicado tema de las relaciones entre las autoridades de defensa de la competencia y de protección de datos.

Sin poder entrar ahora con detalle en los hechos que dan lugar a la Sentencia[53], la cuestión gira en torno al hecho de que Meta recaba datos relativos a sus usuarios y a sus dispositivos, que versan sobre las actividades de los usuarios dentro y fuera de la red social, y relaciona esos datos con las cuentas de Facebook de los usuarios, de los que es

---

[50] Infracción INFR(2014)4163.

[51] *Vid*. Santos Esteras, I., García Pereda, A. y Camba Crespo, A., «El camino del estudio sobre la liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril», en Ganuza Fernández, J. J. y López Vallés, J. (eds.), *Reformas para impulsar la competencia en España*, Funcas-CNMC, Madrid, 2023, págs. 239 y ss.

[52] https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_23_4817. La Comisión considera que, teniendo en cuenta la composición del consejo de administración, que es nombrado por el Ministerio de Transportes, el derecho de éste a poner fin al mandato de sus miembros y las normas relativas a la toma de decisiones, cabe concluir que el Estado es capaz en efecto de ejercer una influencia decisiva en los acuerdos del consejo de administración, incluidos los que afectan a los precios de los billetes.

[53] Para ello me remito a mi trabajo «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclara las relaciones entre las autoridades de defensa de la competencia y protección de datos», *Referencias Jurídicas CMS*, enero 2024. Puede consultarse en https://cms.law/es/media/local/cms-asl/files/publications/publications/nuevo-referencias-juridicas-de-enero-2024?v=1

posible extraer conclusiones detalladas sobre sus preferencias e intereses. Para el tratamiento de dichos datos, Meta se basa en el contrato de servicio al que se adhieren los usuarios y la aceptación de las condiciones generales.

La Autoridad Federal Alemana de Defensa de la Competencia inició un procedimiento contra Meta y Facebook y acordó prohibir que en las condiciones generales se supeditara el uso de la red social Facebook por parte de usuarios privados al tratamiento de ciertos datos. La Autoridad motivó su resolución en el hecho de que el tratamiento de los datos de los usuarios afectados constituía una explotación abusiva de la posición dominante de dicha sociedad en el mercado de las redes sociales en línea para usuarios privados en Alemania, en particular debido a que el tratamiento de los «*datos off Facebook*» no es conforme con el RGPD.

El Tribunal Superior Regional de Düsseldorf planteó cuestión prejudicial ante el TJUE en la que, entre otros temas, cuestiona si la autoridad de defensa de la competencia de un Estado miembro en su función de control de los abusos de posición dominante en el marco del Derecho de la competencia puede declarar una infracción del RGPD y, en caso afirmativo, si es posible que al mismo tiempo la autoridad de protección de datos pueda someter a una investigación las condiciones contractuales sobre tratamiento de datos.

El Tribunal es consciente de que excluir las normas en materia de protección de datos personales del marco jurídico que las autoridades de defensa de la competencia deben tomar en consideración al examinar un abuso de posición dominante ignoraría la realidad de esta evolución económica y podría menoscabar la efectividad del Derecho de la competencia en el seno de la Unión. Teniendo esto en cuenta, señala que las autoridades de protección de datos y las autoridades de defensa de la competencia ejercen funciones y persiguen objetivos diferentes. Parte de la base de que según el RGPD corresponde a las autoridades de protección de datos controlar su aplicación y hacerlo aplicar. Pero añade que ninguna disposición del Reglamento prohíbe que las autoridades de defensa de la competencia concluyan, en el ejercicio de sus funciones, que un tratamiento de datos efectuado por una empresa en posición dominante y susceptible de constituir un abuso de esa posición no es conforme con dicho Reglamento. En consecuencia, en el marco del examen de un abuso de posición dominante, puede resultar necesario que la autoridad de defensa de la competencia, en el ejercicio de sus funciones, examine también la conformidad de las actividades de una empresa con normas distintas de las incluidas en el Derecho de la competencia, como

son las normas en materia de protección de datos personales establecidas en el RGPD. El Tribunal aclara que actuando así las autoridades de defensa de la competencia no suplantan a las autoridades de protección de datos, pues aquéllas no controlan la aplicación de dicho Reglamento ni lo hacen aplicar con la finalidad de proteger los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento y facilitar la libre circulación de datos personales en la Unión. Además, al limitarse a señalar la falta de conformidad de un tratamiento de datos con el RGPD solo al efecto de declarar la existencia de un abuso de posición dominante y al imponer medidas dirigidas al cese de ese abuso sobre una base jurídica derivada del Derecho de la competencia, tales autoridades no ejercen ninguna de las funciones y poderes reservados a la autoridad de protección de datos en virtud del artículo 58 de dicho Reglamento.

Ahora bien, el TJUE señala que en el supuesto de que una autoridad de defensa de la competencia considere necesario pronunciarse sobre la conformidad o no con el RGPD de un tratamiento de datos personales, debe cooperar con la autoridad de protección de datos para garantizar una aplicación coherente del citado Reglamento. Y ello debido a que, si bien ni el RGPD ni ningún otro instrumento del Derecho de la Unión establecen normas específicas a este respecto, no es menos cierto que todas las autoridades nacionales implicadas están vinculadas por el principio de cooperación leal, consagrado en el artículo 4 TUE, apartado 3, cuando aplican el RGPD. En virtud de este principio, los Estados miembros, incluidas sus autoridades administrativas, deben respetarse y asistirse mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados, adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los actos de las instituciones de la Unión y abstenerse de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión. De modo que cuando las autoridades de defensa de la competencia tienen que examinar, en el ejercicio de sus competencias, la conformidad de una actividad de una empresa con las disposiciones del RGPD, deben ponerse de acuerdo y cooperar lealmente con las autoridades de protección de datos, estando todas ellas obligadas a respetar sus respectivos poderes y competencias, de modo que se observen las obligaciones derivadas del RGPD y los objetivos de este y quede preservado su efecto útil. En consecuencia, dado que el examen, por parte de una autoridad de defensa de la competencia, de una actividad de una empresa a la luz de las normas del RGPD puede implicar el riesgo de divergencias entre tal autoridad y las autori-

dades de protección de datos en cuanto a la interpretación de dicho Reglamento, dicha autoridad debe comprobar si esa actividad o una actividad similar ya ha sido objeto de una decisión por parte de la autoridad de protección de datos o incluso por parte del Tribunal de Justicia. Si es así, y esto es esencial, la autoridad de defensa de la competencia no puede apartarse de ella, aunque conserva su libertad para deducir sus propias conclusiones desde el punto de vista de la aplicación del Derecho de la competencia.

Por otra parte, cuando albergue dudas sobre el alcance de la apreciación efectuada por la autoridad de protección de datos, o cuando la actividad en cuestión o una actividad similar sean, al mismo tiempo, objeto de examen por parte de esa autoridad, o incluso cuando considere, en ausencia de investigación de la misma, que una actividad de una empresa no es conforme con las disposiciones del RGPD, la autoridad de defensa de la competencia debe consultar a esas autoridades y solicitar su cooperación, con el fin de disipar sus dudas o de determinar si, antes de iniciar su propia apreciación, no procede esperar a la adopción de una decisión por parte de la autoridad de control interesada. Por su parte, la autoridad de protección de datos deberá responder en un plazo razonable, comunicándole la información de la que disponga que permita disipar las dudas de esa autoridad sobre el alcance de la apreciación efectuada por la autoridad de protección de datos. Y el TJUE va más allá, pues afirma que en caso de que la autoridad de protección de datos no dé una respuesta en un plazo razonable, la autoridad de defensa de la competencia podrá proseguir su propia investigación.

En conclusión, el TJUE reconoce que nada impide que las autoridades de defensa de la competencia analicen, en el ejercicio de sus funciones, si una empresa cumple con el RGPD, pero establece una obligación de cooperación leal con las autoridades de protección de datos, a las que deberán consultar y de cuya opinión no podrán en ningún caso separarse.

2. Las autoridades reguladoras del sector audiovisual

Por último haré una breve referencia a las autoridades reguladoras del sector audiovisual, dado que la Comisión les ha prestado especial atención en sus Informes sobre el Estado de Derecho en la Unión y dada la incidencia que el ejercicio de sus funciones con total independencia tiene en los derechos fundamentales, en particular en el derecho a la li-

bertad de expresión e información. Es evidente que no puedo entrar ahora ni en un análisis del marco jurídico del audiovisual[54], ni en la controversia suscitada tras la atribución a la CNMC de las funciones de la Autoridad nacional de audiovisual[55].

Dicho lo anterior, es importante señalar que en el Informe sobre el Estado de Derecho en la Unión Europea de 2022[56] se hace una referencia expresa a «La libertad y el pluralismo de los medios de comunicación», centrándose en ámbitos fundamentales como la independencia de las autoridades reguladoras de los medios de comunicación

En Particular en un epígrafe titulado precisamente «*Reforzar el funcionamiento independiente de los reguladores de los medios de comunicación»* recuerda que «los organismos reguladores nacionales de los medios de comunicación desempeñan un papel fundamental para defender el pluralismo de los medios de comunicación. Para ello, deben ser funcional y eficazmente independientes y disponer de recursos suficientes, así como ejercer sus competencias de manera imparcial y transparente». Dicho esto reconoce que «todos los Estados miembros cuentan con legislación que establece las competencias y la independencia de los organismos reguladores de los medios de comunicación. La Directiva de servicios de comunicación audiovisual[57], revisada en 2018, incluye una lista de requisitos (independencia del Gobierno, imparcialidad, transparencia, rendición de cuentas, recursos, mecanismos de nombramiento, destitución y recurso) que los Estados miembros deben garantizar con respecto a sus autoridades de medios de comunicación». A partir de aquí resume los avances de los distintos Estados miembros para «reforzar la independencia de las autoridades de los medios de comunicación o am-

[54] Sobre ello me remito, por todos, a Gavara de Cara (ed.) *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual,* Bosch, 2013; Muñoz Machado, Santiago (ed.) *Derecho europeo del audiovisual: actas del congreso organizado por la Asociación Europea de Derecho del Audiovisual*, Escuela Libre, Madrid, 1997; y del mismo autor (dir.) *Derecho de la regulación económica. Vol. 5, Audiovisual*, Iustel, Madrid, 2012.

[55] Sobe ello vid Gavara de Cara, J. C., «Autoridades Independientes del Audiovisual: del CEMA a la CNMC», *Revista catalana de dret públic, Blog*, 21 de mayo de 2013. Puede consultarse en https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2013/05/21/autoridades-independientes-del-audiovisual-del-cema-a-la-cnmc-juan-carlos-gavara/

[56] *COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES Informe sobre el Estado de Derecho de 2022 La situación del Estado de Derecho en la Unión Europea*. Luxemburgo, 13.7.2022 COM(2022) 500 final. Puede consultarse en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2e95c008-037b-11ed-acce-01aa75ed71a1.0020.02/DOC_1&format=PDF

[57] Directiva (UE) 2018/1808, de 14 de noviembre de 2018.

pliar las competencias de las autoridades en nuevos ámbitos», si bien no en todos los Estados los avances son significativos. Y muestra su preocupación por el hecho de que «a pesar de la actualización formal del marco jurídico, persisten las preocupaciones sobre su eficacia o la independencia funcional de los reguladores en la práctica. Algunas de estas preocupaciones se refieren a una posible influencia política indebida sobre el proceso de nombramiento o el funcionamiento de los reguladores, y otras a la insuficiencia de recursos». En particular advierte que en España «la nueva legislación atribuye nuevas competencias al organismo regulador del sector audiovisual, pero sigue habiendo dudas sobre sus recursos». Más en particular, en el Anexo referido a España destaca que debe «garantizar suficientes recursos para que la autoridad nacional reguladora de los medios audiovisuales refuerce su actividad, teniendo en cuenta las normas europeas sobre la independencia de los reguladores de los medios de comunicación, en particular en lo que se refiere a la suficiencia de los recursos».

Por su parte, el Informe sobre el Estado de Derecho de la Unión Europea 2023[58] insiste en los mismos extremos que ya puso de manifiesto en el Informe del año anterior y advierte de nuevo que «la Comisión está evaluando en detalle la transposición de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual por parte de los Estados miembros, también en relación con la independencia de los reguladores de los medios de comunicación». Y, tras referirse a otros Estados, señala que España «ya ha iniciado o prepara un proceso de reestructuración».

VI. Conclusión. La obligada independencia de unas autoridades que participan del ejercicio de los tres poderes del Estado

Hemos visto que en el corazón mismo de la Unión Europea se encuentra el compromiso inquebrantable con el Estado de Derecho, un principio que no solo sustenta la convivencia democrática y la protec-

[58] *COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Informe sobre el Estado de Derecho en 2023. La situación del Estado de Derecho en la Unión Europea*. Bruselas, 5.7.2023 COM(2023) 800 final, pág. 3. Puede consultarse en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f3880d7f-1c13-11ee-806b-01aa75ed71a1.0006.02/DOC_1&format=PDF

ción de los derechos fundamentales, sino que también garantiza la eficacia del mercado interior y la cohesión política y social de la Unión. En este marco, la independencia de las autoridades reguladoras y supervisoras es fundamental para la efectividad del Estado de Derecho.

Resulta incuestionable la interconexión entre la consolidación del Estado de Derecho y la total independiente de las autoridades supervisoras y reguladoras dentro de la Unión Europea. Esta relación fundamental se presenta como un pilar esencial para el mantenimiento de la democracia, los derechos humanos, y el respeto al Estado de Derecho, que constituyen los cimientos sobre los que se construye la Unión.

La independencia no es una característica más de las autoridades supervisoras y reguladoras, sino un requisito indispensable para la efectividad del Estado de Derecho en la Unión Europea. No hay duda de que la garantía del Estado de Derecho se ve reforzada por la independencia de las autoridades a que nos referimos a lo largo de este trabajo, que desempeñan un papel crucial en la supervisión y regulación de sectores económicos esenciales y en la garantía de algunos derechos fundamentales. Para ello es imprescindible asegurar recursos adecuados y mecanismos de protección contra la interferencia política.

Lo que resulta aún más evidente si tenemos en cuenta que las autoridades supervisoras y reguladoras participan de alguna manera en los tres poderes del Estado. Cuentan con potestad normativa. Como ha señalado ya Joaquín TORNOS, hace años que SANTAMARÍA PASTOR llamó la atención sobre la ruptura del modelo clásico de norma y la proliferación de tipos normativos, que se manifestaba al menos de tres formas diversas: en cuanto al origen, mediante una auténtica metástasis de centros públicos y privados de producción normativa; en cuanto a la forma, mediante la diversificación de los tipos unitarios de normas en un sinfín de variantes; y en cuanto a su contenido, con la aparición de modalidades de normas técnicas desconocidas virtualmente hace medio siglo[59]. Cumplen asimismo un rol innegable en el enjuiciamiento de conductas contrarias al funcionamiento de determinados sectores económicos o contrarias a determinados derechos, manifestado en una potestad sancionadora que en ocasiones es más gravosa que no pocas sanciones penales[60]. Y llevan a

[59] «La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes. El caso del Consell Audiovisual de Cataluña», en *Derecho Privado y Constitución*, nº 17. Enero-diciembre 2003, págs. 479-480. La obra de SANTAMARÍA es *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol. I, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 305.

[60] En particular sobre la potestad sancionadora de las autoridades de protección de datos vid el interesante trabajo de HERNANDEZ CORCHETE, «Exhaustividad del RGPD y estándares de

cabo funciones innegables de impulso, vigilancia, supervisión, fomento y control.

En suma, no podemos obviar la centralidad de las autoridades supervisoras y reguladoras independientes en el sostenimiento del Estado de Derecho en la Unión Europea. Hoy son pieza clave como garantía para la democracia, el respeto a los derechos humanos y la estabilidad jurídica y política de la Unión Europea.

Bibliografia

Andres Saenz de Santa Maria, M. P., «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como guardián de la independencia judicial: una valoración de la idoneidad de las vías procesales de protección», en *Acervo de la Unión Europea sobre el Estado de derecho*, *Cuadernos Digitales de Formación; 13; 2022*, Consejo General del Poder Judicial.

Barbosa Melo, E., *Neutralidad e independencia de los entes reguladores,* Tesis doctoral. Universidad Pablo de Olavide (2006).

Betancor Rodríguez, A., *Las Administraciones independientes: un reto para el estado social y democrático de derecho,* Tecnos, Madrid, 1994.

Bingham, T., *The Rule of Law*, Penguin, 2011.

Boix Palop, A. y otros, *Derecho de la comunicación*, Iustel, Madrid, 6ª ed., 2022.

Cervera Navas, L., «El Comité Europeo de Protección de Datos», en Piñar Mañas (dir.), Alvarez Caro, María y Recio Gayo, Miguel (coords.) *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad,* Reus, Madrid, 2016, págs. 525 y ss.;

— «La apuesta de la Unión Europea por la protección global de los datos personales», en Piñar Mañas, José Luis (dir.), *Privacidad en un mundo global*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, págs. 59 y ss.;

Cortes Martin, J. M., «Sobre la defensa del Estado de derecho en la Unión Europea», en *Acervo de la Unión Europea sobre el Estado de derecho*, *Cuadernos Digitales de Formación; 13; 2022*, Consejo General del Poder Judicial.

Diaz, E., *Estado Social y Democrático de Derecho*, Taurus, Madrid, 1ª ed. 1966. Ed. de 2010.

protección del principio de legalidad sancionadora», *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, nº. 2 (abril-junio), 2019.

DIEZ-PICAZO, L. M., «Estado de Derecho», en PENDAS, B. (ed.) *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el Siglo XXI. Ciencias Políticas y Jurídicas*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, págs. 772 y ss.

FERRAJOLI, L., «Pasado y futuro del estado de derecho», *Revista internacional de filosofía política*, 2001, págs. 31-46.

FUERTES, M., «Una embarazosa mutación constitucional impulsada por el Derecho europeo: Administraciones independientes del Gobierno», en PENDÁS GARCÍA, B., (dir.); GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E., RUBIO NÚÑEZ R., (coords.), *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas* , Vol. 5, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, págs. 3745-3756.

GAMBIER, B., «El poder reaccional de un participante en un concurso público para un alto cargo de una agencia estatal ,cuyo resultado fue previamente acordado por los partidos políticos mayoritarios: Un comentario a la Sentencia núm. 608/2022 de la sala de lo contencioso-administrativo, sección cuarta, del Tribunal Supremo», en SUAY RINCÓN, J. y BAUZÁ MARTORELL, F. J. (dirs.), *Derecho público entre el poder y un audaz desafío por el estado de derecho: Libro homenaje al profesor José Eugenio Soriano García*, Atelier, Barcelona, 2023, Vol. 1, págs. 415-430

GARCÍA ÁLVAREZ, G., «La Unión Europea como «Estado Regulador» y las Administraciones Independientes», en *Revista de Administración Pública*, núm. 194, Madrid, mayo-agosto 2014, págs. 79-111.

GARCIA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1995 (3ª ed, 1997).

GARCIA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977.

GARCIA-MANZANO JIMENEZ DE ANDRADE, P., *La potestad normativa de las administraciones independientes*, Tesis doctoral, UCM, Madrid, 2015.

GAVARA DE CARA, J. C., «Autoridades Independientes del Audiovisual: del CEMA a la CNMC», *Revista catalana de dret públic, Blog*, 21 de mayo de 2013. Puede consultarse en https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2013/05/21/autoridades-independientes-del-audiovisual-del-cema-a-la-cnmc-juan-carlos-gavara/

— (ed.) *Las autoridades independientes de control de los medios de comunicación audiovisual,* Bosch, 2013.

GEHRING, M. y otros (DIMITRY KOCHENOV, Rosario SILVA DE LAPUERTA, CATHERINE BARNARD, Alessandro Nucara y Carlos Javier MOREIRO),

La defensa del Estado de Derecho en la Unión Europea, ciclo de Conferencias, Fundación Rafael del Pino, 17 de Mayo de 2023. Un resumen puede consultarse en https://frdelpino.es/conferencia/la-defensa-del-estado-de-derecho-en-la-union-europea/#resumen

Hernendez Corchete, J. A., «Exhaustividad del RGPD y estándares de protección del principio de legalidad sancionadora», *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, nº. 2 (abril-junio), 2019.

Iglesias Sanchez, S., «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre independencia judicial y los límites del artículo 19 del Tratado de la Unión Europea: ¿dónde queda la autonomía de los Estados miembros?», en *Acervo de la Unión Europea sobre el Estado de derecho, Cuadernos Digitales de Formación; 13; 2022*, Consejo General del Poder Judicial.

Lenaerts, K., «New Horizons for the Rule of Law Within the EU», *German Law Journal* (2020), 21, págs. 29-34.

— «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la independencia judicial». *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* núm. 72, 2022, págs. 351-368.

López Menudo, F., «Las administraciones independientes», en Cano Campos, Tomás (coord.) *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo* Vol. 2, (*La organización de las administraciones públicas*), Iustel, Madrid, 2009, págs. 253-274

Lucas Verdú, P., *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Universidad de Salamanca, 1955.

Lucas Murillo de la Cueva, P., y Piñar Mañas, J. L., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

Magide Herrero, M.*, Límites constitucionales de las administraciones independientes*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2000.

Mangas Martin, A., «Defensa del estado de derecho por la Unión Europea: la rebeldía de Polonia a la independencia judicial», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (2021-2022)*, Fascículo 1, Madrid, 2022, págs. 527 a 548. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-M-2021-10052700548.

Martin Rodriguez, P. J., «El Estado de derecho como valor fundamental de la Unión común a sus Estados miembros», en *Acervo de la Unión*

Europea sobre el Estado de derecho, Cuadernos Digitales de Formación; 13; 2022, Consejo General del Poder Judicial.

Merusi, F., «Las administraciones independientes», en *Documentación administrativa*, nº 250-251, 1998 (Ejemplar dedicado a: *El Derecho Administrativo en Italia: Tendencias actuales (II)*), págs. 23-34

Moreno Molina, A. M., *La administración por agencias en Estados Unidos: en especial, las «Independent Regulatory Commissions»*, Tesis doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

Muñoz Machado, S. (ed.) *Derecho europeo del audiovisual: actas del congreso organizado por la Asociación Europea de Derecho del Audiovisual*, Escuela Libre, Madrid, 1997.

— (dir.) *Derecho de la regulación económica. Vol. 5, Audiovisual*, Iustel, Madrid, 2012.

Nieto, A., *El desgobienrno judicial*, Trotta, Madrid, 2ª ed. 2005.

Parada Vázquez, J. R., «Las administraciones independientes», en Pérez Moreno, A. (coord.) *Administración instrumental: libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Vol. 1, Civitas-Universidad de Sevilla, Instituto Universitario García Oviedo, Madrid, 1994 págs. 653-689.

Pazos Castro, R., «La problemática de cómo garantizar la independencia de las Agencias nacionales de protección de datos: el caso húngaro. Comentario a la STJUE, de 8 de abril de 2014», *Boletín CeDe UsC*, 2014.

Piñar Mañas, J. L., «Privatización de empresas públicas y Derecho Comunitario», en *Revista de Administración Pública,* núm. 133. Enero-abril 1994, págs. 17 y ss.

— «Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno», en *Revista catalana de dret públic*, Núm. 49, diciembre 2014, págs. 1-19.

— «El nombramiento de la Presidencia de la Agencia Española de Protección de Datos y su Adjunto. Por la total independencia de la Agencia». En *Hay Derecho,* 25 de enero de 2022. Puede consultarse en https://www.hayderecho.com/2022/01/25/el-nombramiento-de-la-presidencia-de-la-agencia-espanola-de-proteccion-de-datos-y-su-adjunto-por-la-total-independencia-de-la-agencia/

— «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclara las relaciones entre las autoridades de defensa de la competencia y protección de datos», *Referencias Jurídicas CMS*, enero 2024. Puede consultarse en https://cms.law/es/media/local/cms-asl/files/publications/publications/nuevo-referencias-juridicas-de-enero-2024?v=1

PIÑAR MAÑAS, J. L. (dir.), ALVAREZ CARO, M. y RECIO GAYO, M. (coords.) *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad,* Reus, Madrid, 2018.

PIÑAR MAÑAS, J. L. (dir.), *Privacidad en un mundo global*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023.

POMED SANCHEZ, L., «Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes», *Revista de Administración Pública,* núm. 132. Septiembre-diciembre 1993, págs. 117 y ss.

RALLO LOMBARTE, A., *La constitucionalidad de las administraciones independientes*, Tecnos, Madrid, 2002.

RAZ, J., *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed. 1985.

RIPOL CARULLA, S., «Unión Europea y fortalecimiento y defensa del estado de derecho», *Anuario español de derecho internacional,* nº 34, 2018 (Ejemplar dedicado a: El Derecho Internacional en un mundo cambiante: entre el inmovilismo y la ruptura), págs. 777-811.

RUBI NAVARRETE, J., «La Agencia Española de Protección de Datos», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 88-89, mayo-junio 2020, monográfico sobre *Protección de Datos, antes, durante y después del coronavirus*.

SANMARTÍN BARROS, I., «La 'New Right' en los años 80 y 90», *Historia Actual On Line, HAOL*, Núm. 1 (Primavera, 2003), págs. 39-53

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol. I, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1988.

SANTOS ESTERAS, I., GARCÍA PEREDA, A. y CAMBA CRESPO, A., «El camino del estudio sobre la liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril», en GANUZA FERNÁNDEZ, J. J. y LÓPEZ VALLÉS, J. (eds.), *Reformas para impulsar la competencia en España*, Funcas-CNMC, Madrid, 2023, págs. 227 y ss.

SEGURA, J., «Organismos reguladores y administraciones independientes», en PENDAS, B. (ed.) *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el Siglo XXI. Ciencias Políticas y Jurídicas*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, págs. 969 y ss.

SOSA WAGNER, F., «La independencia del juez, un festival de tópicos», BENIGNO PENDÁS GARCÍA (dir.); Esther GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. RUBIO NÚÑEZ (coords.), *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, Vol. 5, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, págs. 3941-3952.

SUKSI, M., *The Rule of Law and Automated Decision-Making: Exploring Fundamentals of Algorithmic Governance,* Springer, 2023.

TORNOS, J., «La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes. El caso del Consell Audiovisual de Cataluña», en *Derecho Privado y Constitución*, nº 17. Enero-diciembre 2003, págs. 479 y ss.

— *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Consell Audiovisual de Catalunya, Barcelona, 1999

TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de datos personales «en busca del equilibrio»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

— «Autoridades de control independientes», en PIÑAR MAÑAS (dir.), ALVAREZ CARO, M. y RECIO GAYO, M. (coords.) *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad,* Reus, Madrid, 2016, págs. 461 y ss.

— «Las Agencias de Protección de Datos como Administración independiente», en C. PAUNER y B. TOMÁS, *Las Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 27-216.

TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *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, Madrid, 2021

ULLOA RUBIO, I., «Comité Europeo de Protección de Datos (Comentario a los artículos 68 al 76 RGPD)», en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *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, Madrid, 2021, Vol. 2, págs. 2917-2945.

Segunda parte

Crónicas de jurisprudencia constitucional

A

Crónica del control de constitucionalidad en asuntos no competenciales

Anabelén Casares Marcos

SUMARIO

1. Introducción

2. Alcance de esta crónica

3. Aspectos procesales
   - 3.1. Recurso de inconstitucionalidad: legitimación de la comunidad autónoma
   - 3.2. Posible control de constitucionalidad de los preámbulos
   - 3.3. Posible inconstitucionalidad por omisión
   - 3.4. Incidencia de ulteriores cambios normativos sobre el objeto de los procesos constitucionales
     - A) Modificación parcial de precepto y posible extemporaneidad del recurso
     - B) Posible pérdida sobrevenida de objeto
       - a) En la cuestión de inconstitucionalidad
       - b) En el recurso de inconstitucionalidad
   - 3.5. Motivación formal de quien promueve el proceso constitucional
     - A) Carga argumentativa en el recurso de inconstitucionalidad
     - B) Juicios de aplicabilidad y relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad
   - 3.6. Derecho europeo como canon de constitucionalidad
   - 3.7. Otros aspectos procesales

4. Fuentes del derecho

4.1. Decretos-leyes
   A) El presupuesto habilitante *ex* art. 86.1 CE y su conexión de sentido con las medidas adoptadas por la legislación de urgencia
   B) Cláusula restrictiva del art. 86.1 CE y límites materiales al decreto-ley
4.2. Contenido y límites de la ley de presupuestos
4.3. Garantía procedimental del régimen económico y fiscal canario
4.4. Reserva de ley orgánica
4.5. Defectuosa tramitación del procedimiento legislativo

5. Derechos, deberes y principios constitucionales

5.1. Régimen lingüístico (art. 3.2)
5.2. Seguridad jurídica (art. 9.3 CE)
5.3. Derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE)
   A) STC 19/2023, de 22 de marzo, y el control de constitucionalidad en relación con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE)
   B) STC 44/2023, de 9 de mayo, y el control de constitucionalidad en relación con la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo
5.4. Participación política (art. 23.2 CE)
5.5. Derecho de educación (art. 27 CE)
5.6. Principio de capacidad económica (art. 31.1 CE)
5.7. Derecho de propiedad (art. 33 CE) y libertad de empresa (art. 38 CE)
5.8. Protección de la familia (art. 39)

1. Introducción

Quiero expresar mi agradecimiento no solo a la Junta Directiva de la Asociación por brindarme el honor de presentarme voluntaria a la tarea de dar cuenta de esta crónica, sino también a los compañeros letrados por la infinita paciencia y generosidad con que me han acogido a mi llegada y guiado durante este primer año de aprendizaje.

Tratándose de una analogía recuperada y empleada por el Tribunal en este último año en dos de sus sentencias más destacadas y polémicas, no he podido resistirme a tomar la imagen de un árbol para vertebrar esta introducción. No sé si la Constitución es o no un árbol vivo, pero creo que la evolución de la doctrina constitucional puede explicarse recurriendo al símil. Habiendo transcurrido ya más de 42 años desde la primera sentencia del Tribunal, no cabe ignorar que la jurisprudencia constitucional ha crecido y fructificado. Existe una doctrina consolidada, pacífica, en torno a múltiples cuestiones atinentes a nuestro acervo constitucional, que cabría calificar de tronco. Los preceptos constitucionales son las raíces que le brindan agua, minerales, soporte y anclaje para que pueda no solo sostenerse, sino crecer. El tronco tiende a engrosar, a sumar nuevos anillos por cada año que cae en el calendario.

Y así, se suceden las reiteraciones de la doctrina constitucional atinente, por ejemplo, entre otras muchas cuestiones, como se desgranará *infra*, a la pérdida sobrevenida de objeto en el proceso de inconstitucionalidad, a la carga argumentativa que corresponde al recurrente, a la superación por la norma cuestionada de los juicios de aplicabilidad y de relevancia, a los límites de la legislación de urgencia, al contenido y límites de la ley de presupuestos, a la incidencia de la defectuosa tramitación del procedimiento legislativo en la constitucionalidad de las normas

o a los requisitos que han de concurrir para apreciar la eventual vulneración del principio de seguridad jurídica.

Ahora bien, si algo distingue al tronco, sea cual sea la especie, es que no es liso. Las rugosidades e irregularidades son consustanciales a su crecimiento y contribuyen a singularizar la corteza. Así, ha llamado mi atención, por ejemplo, la concreción singular del objeto de enjuiciamiento constitucional en la STC 44/2023. Resulta categórica al sostener la pervivencia del interés constitucional en el enjuiciamiento de los reproches aducidos pese a haber decaído la vigencia de parte de la norma recurrida por modificación legislativa ulterior. Se trata, como cabría esperar, de un razonamiento discutido y contestado en los votos particulares formulados, tanto discrepantes, como concurrente, por apreciar este último que el tiempo transcurrido desde la interposición del recurso y la trascendencia de la sentencia demandaban «claridad, pedagogía constitucional y una motivación clara».

Resulta también llamativa la STC 18/2023 no solo por su extensa y prolija argumentación, sino por el voto particular suscrito por cuatro magistrados en sentido contrario, revelando serias discrepancias acerca de cómo aplicar al caso particular la consolidada doctrina constitucional sobre el control del presupuesto habilitante de la legislación de urgencia sin adoptar una posición de deferencia hacia el ejecutivo incompatible con la asentada jurisprudencia en la materia.

Es asimismo controvertida la aplicación por la STC 9/2023 de la doctrina constitucional en relación con los límites materiales al decreto-ley y la posible afección en el caso de los derechos a la propiedad privada y a la tutela judicial efectiva, así como de los elementos estructurales o esenciales del proceso judicial.

Continuando con el símil, las distintas ramas del árbol se desarrollan, a su vez, de forma y en direcciones diferentes. Su firmeza depende de la solidez de su conexión con el tronco, pero también de los nutrientes que reciben de las raíces y de su propia habilidad para buscar y captar el sol. Tan solo una adecuada combinación de estos factores y el transcurso del tiempo contribuirán a engrosarlas y a hacerlas cada vez más robustas.

Algunas están llamadas, felizmente, a ser de aplicación tasada por no referirse a supuestos recurrentes en la práctica o sobre los que quepa augurar una frecuente reiteración. Así, por ejemplo, las impugnaciones resueltas, en relación con el impacto del estado de alarma en la tramitación de sendos procedimientos legislativos, por las SSTC 19/2023 y 34/2023.

Otras, en cambio, se extienden, suman, a su vez, anillos y nudos a resultas de reiterar y aplicar a nuevos supuestos la doctrina preexistente

en materia de derechos, deberes y principios constitucionales. Así, las dictadas este año, como referiré en las páginas que siguen, en materia de régimen lingüístico (117/2022 y 85/2023); participación política (45/2023); relativas al derecho a la educación en relación con la modificación de la LOE (SSTC 34/2023 y 49/2023); sobre el principio de capacidad económica (62/2023 y 67/2023); el derecho de propiedad y libertad de empresa (7/2023 y 8/2023); o en lo tocante, en fin, a la protección de la familia desde la perspectiva particular del interés prevalente del menor (106/2022).

Ahora bien, durante este período despunta sobre todo una nueva rama que se ha desgajado de otras relativas a derechos nucleares de nuestro texto constitucional para dar origen a nuevos derechos autónomos. Me refiero, como es natural, a las sentencias sobre las leyes orgánicas reguladoras de la eutanasia (19/2023), por un lado, y de la salud sexual y reproductiva y la interrupción voluntaria del embarazo, por otro (44/2023). Ambas resultan especialmente significativas por abordar el contenido nuclear del derecho a la vida y a la integridad física y moral en conexión con el reconocimiento constitucional de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, destacando la extensión de su pormenorizado análisis y la controversia en torno a la decisión mayoritaria, especialmente dilatada en el tiempo en relación con la segunda, que se ha manifestado en diversos votos particulares en cada caso.

Ambas comparten, además, una estructura coincidente en sus rasgos esenciales. Antes de entrar en el examen de las impugnaciones de los recurrentes, exponen las pautas interpretativas aplicables, recordando que la misión del Tribunal no es proponer mejores alternativas de la regulación legal en examen, ni valorar su calidad u oportunidad, sino, tan solo, determinar si el legislador ha sobrepasado los límites de constitucionalidad. Las dos inciden en el empleo del canon hermenéutico evolutivo, atendiendo al concreto contexto histórico en que se realiza la interpretación de la Constitución, si bien tomando asimismo en consideración el principio de su unidad, e invocan la doctrina del Tribunal Supremo de Canadá del *living tree* o árbol vivo con la que se pretende acomodar nuestro texto constitucional, según cita expresa de la STC 198/2012 a «las realidades de la vida moderna». Las sentencias invocan, por lo demás, sobre la base del art. 10.2 CE, la evolución de los consensos jurídicos sobre ambos temas en el ámbito internacional y comparado, profundizando en el contexto normativo y jurisprudencial que desemboca en la aprobación de las leyes orgánicas impugnadas.

Desde estos cimientos, la STC 19/2023 eleva el derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos desde su estatuto de mero derecho legal a otro de naturaleza constitucional o fundamental, en la penumbra de los arts. 1.1, 10.1 y 15 CE, y concreta sus rasgos esenciales.

La STC 44/2023 hace hincapié, por su parte, en las diferencias entre el objeto del presente recurso y el resuelto por la STC 53/1985 para desmarcarse de esta última. El Tribunal concluye que el legislador está obligado *ex* arts. 15 y 10.1 CE a reconocer un ámbito de libertad en el que la mujer pueda adoptar razonablemente decisiones y hacer elecciones libres y responsables sobre la continuación o no de su gestación, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida. A diferencia de la contundencia con que eleva a fundamental el derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, más que afirmar en este caso un derecho de idéntica naturaleza a la interrupción voluntaria del embarazo el Tribunal afirma la necesidad de ponderar los eventuales límites que pueda imponer el legislador a la libertad de la mujer en la materia para garantizar, en última instancia, la adecuada conciliación de la protección de la vida prenatal sin un menoscabo desproporcionado al derecho de la mujer a una maternidad libremente asumida. Partiendo de este marco constitucional la sentencia declara el sistema legal de plazos introducido por la ley orgánica impugnada conforme con el texto y la doctrina constitucional, dejando prácticamente cerrada la puerta a su derogación.

Ambas sentencias resultan claves en este período. No solo por su conexión con derechos nucleares claves en nuestra Carta Magna sino, en especial, por la controversia a que aboca en ambos supuestos la necesaria ponderación de derechos, bienes, valores y principios constitucionales afectados, mayor, en todo caso, en el supuesto del aborto que en el de la eutanasia ante la afectación de bienes o intereses externos a la propia interesada. Toda la teoría de los derechos humanos y libertades fundamentales se erige sobre roces, fricciones y tensiones similares. Como pusiera de manifiesto Hegel, las verdaderas tragedias no resultan del enfrentamiento entre derecho e injusticia, sino del choque entre dos derechos. La balanza es conocida y su empleo consustancial al reconocimiento de derechos, precisando, no obstante, una argumentación constitucional solvente, sólidamente motivada, sin fisuras ni contradicciones internas ni la importación de recursos foráneos hueros que poco o nada aportan a los instrumentos con los que ya cuenta nuestro ordenamiento.

Cabe preguntarse si la desmesurada extensión, compleja estructura y difícil sistemática de las sentencias contribuye a ello. También si ha podido producirse algún exceso al enjuiciar modelos legales completos que quedan, de algún modo, congelados como únicas opciones constitucionales posibles, encorsetando a futuros legisladores, o quizá, desde el extremo contrario, algún déficit al no entrar a enjuiciar ciertos reproches concretos por una mal entendida deferencia al legislador, en tanto cabría apreciar cierta contradicción interna en el hecho de constitucionalizar un modelo para después no entrar a valorar si su articulación o regulación concreta protege adecuadamente el contenido esencial de los derechos en juego.

Las dos resoluciones nos recuerdan, en todo caso, que el Derecho no es ciencia exacta, está integrado por principios y normas cambiantes, no fórmulas aplicables en condiciones de laboratorio. Sistema humano que aspira a regular las relaciones interpersonales y a expresar la idea de justicia y orden socialmente aceptable en un momento dado. Ese es el sol que han de buscar las ramas. Sin lugar a dudas su legitimación y respeto, su aceptación pacífica, su aplicación consensuada y acierto en la ordenación de la vida tanto privada como común dependerá en gran medida de la salud de nuestro árbol. La caída del *Sycamore Gap* sobre el muro de Adriano ha de servirnos de recordatorio de la fragilidad de su estabilidad y seguridad. No solo la desafección o el desapego pueden terminar por talarlo, también el descuido o abandono de sus raíces puede debilitarlo y abocar a la desnutrición. Por no hablar de los riesgos asociados a una sobrecarga excesiva en sus ramas más jóvenes, que puede desembocar en su fractura. Sin duda la reflexión, difusión y conocimiento de la doctrina constitucional contribuirán a obviar estos riesgos y a continuar engrosando el tronco durante muchas décadas más.

2. Alcance de esta crónica

La presente crónica da cuenta de los pronunciamientos del Pleno del Tribunal Constitucional en el período comprendido entre el 1 de septiembre de 2022 y el 31 de agosto de 2023, recaídos en procesos diferentes al recurso de amparo y en los que se han suscitado controversias no referidas al orden de distribución competencial del Título VIII de la Constitución. Esta delimitación supone centrarse exclusivamente en sentencias y autos adoptados en relación con recursos y cuestiones de in-

constitucionalidad, dada la escasez de otro tipo de procesos constitucionales, por no decir su práctica desaparición[1].

Pues bien, en la etapa reseñada se han dictado 41 sentencias y 42 autos en el seno, fundamentalmente, de recursos o cuestiones de inconstitucionalidad[2]. De estas resoluciones, tan solo una sentencia pone fin a un conflicto positivo de competencia planteado por un gobierno autonómico y tres autos inadmiten otras tantas cuestiones prejudiciales de validez sobre normas fiscales. Varias sentencias plantean disputas competenciales, que son tratadas en la crónica correspondiente, a cargo del compañero letrado Antonio Arroyo, que da cuenta, asimismo, en lo que resulte pertinente, de aquellas que abordan de forma más accesoria, entre los múltiples motivos de inconstitucionalidad invocados, la vulneración del reparto competencial sancionado en la materia por el bloque de la constitucionalidad.

Conforme a la pauta de crónicas anteriores sobre esta misma materia, se dedica un primer apartado a aquellos aspectos procesales suscitados en el seno de estos procedimientos que pudieran reputarse relevantes para su tramitación y configuración. En segundo lugar, se da cuenta de los pronunciamientos habidos sobre las fuentes del derecho, en concreto, sobre la sempiterna cuestión de los límites formales y materiales del decreto-ley, el contenido de la ley de presupuestos, la garantía procedimental del régimen económico y fiscal canario y la defectuosa tramitación del procedimiento legislativo, señaladamente, a este efecto, el posible impacto del estado de alarma en la tramitación y aprobación de la ley orgánica. A continuación, se aborda la jurisprudencia habida en este período en materia de derechos, deberes y principios constitucionales, sumamente controvertida en ocasiones, tal y como traslucen los extensos y a veces durísimos votos particulares formulados en algunos procesos.

La crónica que sigue procura presentar por separado las distintas cuestiones que afectan a cada precepto constitucional cuya vulneración

[1] Conforme a las estadísticas jurisdiccionales publicadas por el propio Tribunal, de las sentencias pronunciadas entre enero de 2022 y agosto de 2023, 67 resolvieron procedimientos relativos a la eventual inconstitucionalidad de leyes o disposiciones con fuerza de ley y 170 recayeron en recursos de amparo, poniendo tan solo 1 fin a otro tipo de procesos, en concreto, a un conflicto positivo de competencias. Memoria 2022 y Avance estadístico correspondiente al primer semestre 2023 del Tribunal Constitucional, accesible en: https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/default.aspx.

[2] De las sentencias citadas, 21 resuelven recursos de inconstitucionalidad y 19 dan respuesta a cuestiones de inconstitucionalidad planteadas al Tribunal. En cuanto al número total de autos, 24 han recaído en procesos de recurso de inconstitucionalidad y 15 en la tramitación de cuestiones de inconstitucionalidad.

se hubiera alegado en el proceso correspondiente, si bien se ha optado en ocasiones por sistematizar la exposición de una forma más coherente, a fin de favorecer su inteligibilidad y claridad, tratando conjuntamente todas las controversias sustantivas resueltas por algunas de las sentencias de mayor extensión y complejidad de esta etapa.

3. Aspectos procesales

3.1. Recurso de inconstitucionalidad: legitimación de la comunidad autónoma

En la STC 62/2023, de 27 de marzo[3], FJ 2, el Tribunal recuerda que la legitimación de las comunidades autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad está al servicio de la depuración del ordenamiento jurídico en todos aquellos supuestos en que exista un punto de conexión material entre la ley estatal y el ámbito competencial autonómico, por lo que representan una auténtica excepción los condicionamientos materiales al efecto, estando «habilitadas, pues, para acudir ante este Tribunal Constitucional no solo en defensa de sus competencias autonómicas cuando hayan sido menoscabadas —directa o indirectamente— por el Estado, sino también en protección de cualquiera de las garantías que tanto la Constitución como el correspondiente estatuto de autonomía les confieran como presupuesto y base de su propio ámbito de autonomía, sea por atribuirles determinadas facultades, sea por imponerles ciertos mandatos».

3.2. Posible control de constitucionalidad de los preámbulos

Reiterando doctrina anterior, el Tribunal Constitucional ha descartado en la STC 9/2023, de 22 de febrero[4], FJ 2, el posible control de

[3] Con ponencia de la magistrada Balaguer Callejón, en recurso de inconstitucionalidad contra el apartado tercero del art. 3 y el apartado cuarto de la disposición transitoria primera de la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego.

[4] Con ponencia del presidente Conde-Pumpido Tourón, en recurso de inconstitucionalidad contra determinados incisos recogidos en el preámbulo y en la disposición final primera

constitucionalidad de los preámbulos de las leyes por carecer de valor normativo, recordando que esta regla general decae tan solo en aquellos supuestos señalados en que «los conceptos y categorías que se contienen en el preámbulo de una ley se proyecten sobre su articulado posterior, pudiendo contener elementos interpretativos que puedan incidir en la parte dispositiva de la ley». Incide en ello también la STC 19/2023, de 22 de marzo[5], FJ 2 b), remitiéndose a jurisprudencia constante de este Tribunal.

3.3. Posible inconstitucionalidad por omisión

Respecto al posible control de una eventual inconstitucionalidad por omisión, hace hincapié la STC 34/2023, de 18 de abril[6], FJ 8 h), reiterada poco después en este punto por la STC 67/2023, de 6 de junio[7], FJ 2, en que exige dilucidar, de antemano, si del precepto constitucional cuya vulneración se alega cabe inferir un mandato claro al legislador para que necesariamente integre el texto constitucional en aspectos no contempla-

---

del Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

[5] Con ponencia del magistrado Sáez Valcárcel, en recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia y, subsidiariamente, contra los siguientes preceptos: arts. 1; 3, apartados b), c), d), e) y h); 4.1; 5, apartados 1 c) y 2; 6.4; 7.2; 8.4; 9; 12 a) apartado cuarto; 16; 17; 18 a) párrafo cuarto; disposiciones adicionales primera y sexta; y disposición final tercera (en relación con el art. 16.1 y con la disposición adicional sexta).

[6] Con ponencia del magistrado Enríquez Sánchez, en recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación y, subsidiariamente, contra los apartados 56; 50, inciso «y la voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo»; 55, inciso «para evitar la segregación del alumnado»; 1, inciso «a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas»; 53; 83, inciso «los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos desarrollarán el principio de coeducación en todas las etapas educativas […] y no separarán al alumnado por su género»; 10; 16; 17; 26 y 27; 11; 14; 25; 28 bis; 78; 89; 4; 19; 20; 13; 21; 23; 24; 26; 31; 36 bis; 32; 98; 75; 76; 76 bis, y 78 ter del artículo único de la Ley Orgánica 3/2020.

[7] Con ponencia del magistrado Enríquez Sancho, en cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, sobre el apartado vigésimo primero del artículo 1 de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias.

dos por ella, o si, por el contrario, la decisión que pudiera adoptar este último se enmarca dentro de su margen de configuración. Con cita de abundante jurisprudencia constitucional, entre otras, de la temprana STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6, invoca la función institucional del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, no como legislador positivo, para concluir que «únicamente cuando la omisión del legislador sea equivalente a la negación de la eficacia directa y plena de un mandato o derecho concreto de la Constitución puede este tribunal apreciarlo así y declarar, o más bien reiterar, la eficacia de ese precepto constitucional silenciado o desconocido». En todo caso, que «en algunos casos ciertas imprecisiones o silencios del legislador» se consideren contrarios a la Constitución no implica que todas las normas constitucionales permitan esa inconstitucionalidad por omisión, subrayando el Tribunal que «las hay muy diferentes por su destinatario y estructura», así como la improbabilidad de que pueda apreciarse respecto de los principios rectores de la política social y económica comprendidos en el Capítulo III del Título I.

3.4. Incidencia de ulteriores cambios normativos sobre el objeto de los procesos constitucionales

A) *Modificación parcial de precepto y posible extemporaneidad del recurso*

Habiéndose impugnado en el recurso de inconstitucionalidad correspondiente el art. 156 CC tras su modificación por Ley 8/2021, de 2 de junio, aclara la STC 106/2022, de 13 de septiembre[8], FJ 1 B), que pese a que la modificación se había limitado a introducir en el precepto un segundo inciso, manteniendo la dicción del primero, en vigor desde la modificación operada, a su vez, por el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, no cabe apreciar extemporaneidad en la pretensión de declarar inconstitucionales sus dos primeros incisos. Sostiene, citando jurisprudencia anterior, que no se elude el plazo sancionado por el art. 33 LOTC para la interposición del recurso de inconstitucionalidad en la medida en

[8] Con ponencia del magistrado Martínez-Vares García, en recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 2, apartados décimo y decimonoveno, 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.

que al transcribirse por la nueva ley íntegramente el art. 156 CC en la redacción anterior, sobre el que efectúa además otras adiciones y supresiones, la Ley 8/2021, de 2 de junio, modifica formalmente el precepto, abriéndose el plazo para que pueda ser recurrido en la redacción que le ha dado la ley modificadora con independencia del grado de coincidencia material con el tenor literal de su enunciado anterior.

B) *Posible pérdida sobrevenida de objeto*

a) En la cuestión de inconstitucionalidad

Reitera la STC 126/2022, de 11 de octubre[9], FJ 2, ante la derogación por el legislador de los preceptos cuya constitucionalidad se cuestiona en el proceso, que el Tribunal exige un pronunciamiento más detallado y específico del órgano judicial acerca del juicio de aplicabilidad cuando tiene un carácter dudoso, discutible o incompleto, a efectos de garantizar que la resolución del litigio *a quo* depende realmente del pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma. Siendo indiscutible que los preceptos no están vigentes en el momento en el que la cuestión se plantea y no son, por tanto, aplicables a la resolución del caso para determinar, a la vista de lo solicitado por la demanda en el proceso en que se ha originado la cuestión, si la inactividad de la administración autonómica al no convocar la mesa general de negociación con las organizaciones sindicales causó o no la alegada lesión al derecho a la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva, concluye que «el juicio de aplicabilidad ha sido incorrectamente formulado, en la medida en que, en los términos en los que la cuestión se formula, su planteamiento va más allá de la necesidad de resolver el proceso pendiente, pretendiendo, por el contrario, un control abstracto de constitucionalidad de los preceptos legales que se cuestionan que está desligado de las circunstancias del caso concreto, lo que ha sido reiteradamente rechazado por la doctrina constitucional (por todas, STC 83/2015, de 30 de abril, FJ 3)».

[9] Con ponencia de la magistrada Espejel Jorquera, en cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación con los arts. 10 a 13 del Decreto-ley del Gobierno de Aragón 4/2020, de 24 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la Estrategia aragonesa para la recuperación social y económica.

La STC 7/2023, de 21 de febrero[10], FJ 3, se hace eco, en este sentido, de la reiterada doctrina constitucional por la que se entiende que los posibles efectos extintivos sobre el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad como consecuencia de la modificación o derogación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras la misma, aquella resulte o no aplicable en el proceso *a quo* y dependa de su validez la decisión a adoptar. Concurriendo estas circunstancias pervive la cuestión de inconstitucionalidad, como ha acaecido en el período analizado no solo en relación con el objeto de esta cuestión particular sino con la resuelta por la STC 150/2022, de 29 de noviembre[11], FJ 1.

También han perdido su objeto durante el último año, conforme a la reiterada doctrina de este Tribunal, todas las cuestiones planteadas en torno a dudas de órganos judiciales que hubieran quedado debidamente resueltas. Así, la declaración de inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 1, incluyendo sus dos subapartados, de la Ley del Parlamento de Canarias 18/2019, de 2 de diciembre, efectuada por la STC 116/2022, de 27 de septiembre[12], da lugar a la declaración de pérdida de objeto por ocho SSTC de otras tantas cuestiones de inconstitucionalidad previamente admitidas a trámite[13]. Del mismo modo, la STC 3/2023, de 9 de febrero[14], sanciona idéntica pérdida sobrevenida de objeto para cuestión coincidente con la resuelta por STC 70/2022, de 2 de junio, declarativa

[10] Con ponencia de la magistrada Balaguer Callejón, en cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, respecto del art. 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto-ley 15/2012, de 20 de abril.

[11] Con ponencia del presidente González-Trevijano Sánchez, en cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona, en relación con el artículo 2.1, letras a) y b) del Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en los locales de negocio arrendados.

[12] Con ponencia del magistrado Sáez Valcárcel, en cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife respecto del art. 1 de la Ley del Parlamento de Canarias 18/2019, de 2 de diciembre, de medidas urgentes de ordenación del empleo público en las administraciones canarias.

[13] SSTC 127/2022, 128/2022 y 129/2022, todas de 11 de octubre; así como 134/2022, 135/2022, 136/2022, 137/2022 y 138/2022, todas de 26 de octubre.

[14] Con ponencia del magistrado Tolosa Tribiño, en cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en relación con el art. 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, redactado por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la administración de justicia.

de la inconstitucionalidad de los arts. 10.8 y 11.1 i) y del inciso «10.8 y 11.1 i)» del art. 122 *quater*, todos ellos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre.

En todo caso, la estrecha vinculación que se genera entre la cuestión de inconstitucionalidad y el proceso judicial de que dimana da lugar, asimismo, a que determinadas incidencias acaecidas no solo en relación con la relevancia de la norma cuestionada para su resolución, sino en su propio desarrollo puedan afectar también a la subsistencia del proceso constitucional. Parte de ello la STC 66/2023, de 6 de junio[15], FJ 3, que relaciona los supuestos en que la jurisprudencia constitucional así lo ha apreciado por comportar, con cita del ATC 723/1986, de 18 de septiembre, FJ único, «una decadencia sobrevenida de los presupuestos de apertura del proceso constitucional». En este supuesto la desaparición del proceso declarativo en el que se discutía la nulidad del título ejecutivo, en tanto presupuesto que llevaba al órgano judicial a sostener la necesidad de suspender el proceso de ejecución, planteando la cuestión de inconstitucionalidad, implica una desaparición sobrevenida del juicio de relevancia, de forma que «aun cuando el enjuiciamiento constitucional de las normas cuestionadas, que impedían acceder a dicha suspensión, sigue siendo posible y este plantea un problema constitucional de interés, ya no se trataría de un juicio de constitucionalidad en concreto, al que se refiere el art. 163 CE, sino en abstracto, sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en toda cuestión de inconstitucionalidad».

b) En el recurso de inconstitucionalidad

Pese a que, citando el ATC 147/2009, de 12 de mayo, FJ 1, este Tribunal viene manteniendo que en el caso del recurso de inconstitucionalidad «puede decirse que por regla general la modificación, derogación o pérdida de vigencia de los preceptos legales controvertidos conlleva la extinción del objeto del proceso constitucional (al respecto, STC 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 2)», en el período que abarca esta crónica ha tenido ocasión de pronunciarse también acerca de las

[15] Con ponencia del magistrado Tolosa Tribiño, en cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona, en relación con los arts. 565.1 y 557.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

excepciones que ha reconocido la jurisprudencia previa a esta regla general[16].

Así, ha incidido en su reiterada doctrina acerca de que la modificación, derogación o pérdida de vigencia posterior del decreto-ley impugnado por falta de presupuesto habilitante para su aprobación *ex* art. 86.1 CE no impide a la jurisdicción constitucional controlar si la potestad reconocida al Gobierno por el citado precepto constitucional se ejerció siguiendo los requisitos que en él se establecen. El objeto del recurso no desaparece en estos supuestos, en lo relativo a la mencionada impugnación, en tanto corresponde al Tribunal velar «por el recto ejercicio de la potestad de dictar decretos-leyes, dentro del marco constitucional, decidiendo la validez o invalidez de las normas impugnadas, sin atender a su vigencia o derogación en el momento en que se pronuncia el fallo», como recuerdan, con cita de jurisprudencia anterior, las SSTC 8/2023, de 22 de febrero[17], FJ 3; 9/2023, de 22 de febrero, FJ 2; 10/2023, de 23 de febrero[18], FJ 2; 15/2023, de 7 de marzo[19], FJ 2; 36/2023, de 19 de abril[20], FJ 2; o, STC 60/2023, de 24 de mayo[21], FJ 3.

---

[16] Me remito a la crónica a cargo del letrado Antonio Arroyo en relación con la segunda excepción que identifica la doctrina constitucional en materia de impugnaciones de base competencial, así como sobre el impacto de ulteriores modificaciones normativas sobre el objeto de conflictos positivos de competencias previos (señaladamente, STC 20/2023, de 23 de marzo, FJ 2).

[17] Con ponencia de la magistrada Balaguer Callejón, en recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley del Consell 6/2020, de 5 de junio, para la ampliación de vivienda pública en la Comunitat Valenciana mediante los derechos de tanteo y retracto.

[18] Con ponencia de la magistrada Balaguer Callejón, en recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 1, 2, 3, 4, 6 y 7; la disposición adicional única; las disposiciones transitorias primera y segunda y la disposición final primera del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones.

[19] Con ponencia del magistrado Sáez Valcárcel, en recurso de inconstitucionalidad contra dos incisos de la disposición final primera del Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

[20] Con ponencia del magistrado Tolosa Tribiño, en recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7; la disposición adicional única; las disposiciones transitorias primera y segunda, y las disposiciones finales del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones.

[21] Con ponencia de la magistrada Díez Bueso, en recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 1, 2, 3, 4, 6 y 7; la disposición adicional única; las disposiciones transitorias primera y segunda; y la disposición final primera del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones.

También la declaración previa de inconstitucionalidad supone, como es lógico, la pérdida sobrevenida del objeto de las correspondientes impugnaciones, como así ha ocurrido en el recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 45/2023, de 10 de mayo[22], FJ 2 a), en relación con la disposición final primera y el apartado tercero del artículo único del Real Decreto-ley 4/2018, de 22 de junio, expulsados del ordenamiento jurídico por la STC 134/2021, de 24 de junio, con los efectos previstos, respectivamente, en sus FFJJ 3 C) y 4 c), a causa de su contradicción con el texto constitucional.

Resulta de gran interés, en fin, la concreción singular del objeto de enjuiciamiento constitucional realizado por la STC 44/2023, de 9 de mayo[23], FJ 1 B), a la vista de las dos modificaciones operadas en la ley orgánica impugnada desde la interposición del recurso de inconstitucionalidad resuelto por la sentencia. La primera tuvo lugar por Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo. Derogó el impugnado art. 13.4, que regulaba el consentimiento necesario para la interrupción voluntaria del embarazo en el caso de las mujeres menores de edad y afectó a la disposición final segunda, asimismo impugnada, dando nueva redacción al apartado 5 del art. 9 de la Ley 41/2002, regulador, a su vez, del consentimiento de las mujeres menores de edad y con capacidad modificada judicialmente para la interrupción voluntaria del embarazo. La segunda modificación de la ley orgánica recurrida en inconstitucionalidad fue operada, en cambio, por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, modificando los impugnados arts. 5.1 e); 8 *in limine* y letras a) y b); 14; 17.2 y 5, y 19.2.

De conformidad con la doctrina constitucional el Tribunal declara la pérdida sobrevenida del objeto del recurso en relación con el art. 13.4 y la disposición final segunda, en tanto la expulsión de estas normas del ordenamiento por el propio legislador hace que carezca de sentido pro-

[22] Con ponencia del magistrado Enríquez Sancho, en recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 4/2018, de 22 de junio, por el que se concreta, con carácter urgente, el régimen jurídico aplicable a la designación del consejo de administración de la Corporación RTVE y de su presidente.

[23] Con ponencia de la vicepresidenta Montalbán Huertas, en recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

nunciarse sobre su constitucionalidad en un recurso abstracto, como es el de inconstitucionalidad, dirigido a la depuración del ordenamiento jurídico. Distinta es, sin embargo, su posición respecto a la modificación operada por Ley Orgánica 1/2023 al haber sido los distintos motivos de inconstitucionalidad que sirven de fundamento a la demanda «objeto de deliberación y desestimación por este tribunal en las sesiones plenarias de los días 8 y 9 de febrero de 2023, fecha en la que no se había producido todavía la modificación» referida[24] y sostener el Tribunal, en todo caso, que «pervive el interés constitucional en el enjuiciamiento sobre los motivos de inconstitucionalidad incluidos en la demanda»[25].

Afirma el Tribunal que el «planteamiento jurídico principal» de los recurrentes no va dirigido a oponerse a «la concreta configuración legal del sistema de plazos para la interrupción voluntaria del embarazo», sino que cuestiona «de plano la viabilidad constitucional del sistema de plazos mismo, cualquiera que sea su concreta configuración legislativa» y, en definitiva, «la posibilidad de transitar legislativamente de un sistema de indicaciones a otro de plazos, cuestión fundamental que la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2023 no hace, en modo alguno, desaparecer». En todo caso, el tiempo transcurrido desde la STC 53/1985, de 11 de

[24] Se muestran críticos con ello en su voto particular los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla y Tolosa Tribiño. Sostienen que «tal afirmación no se corresponde con la realidad», habiéndose deliberado en las sesiones de los días 8 y 9 de febrero de 2023 la ponencia del magistrado Arnaldo Alcubilla, quien, tras el rechazo de su texto por la mayoría, declinó presentar una nueva ponencia en sentido íntegramente desestimatorio del recurso, dando lugar a que el presidente del Tribunal encargara una nueva ponencia a la vicepresidenta, sobre la que deliberó el pleno el 9 de mayo de 2023, más de dos meses después de la entrada en vigor de la reforma producida por la Ley Orgánica 1/2023. Es asimismo crítica al respecto la magistrada Espejel Jorquera en su propio voto particular.

[25] El voto particular conjunto citado en la nota anterior se muestra asimismo crítico con esta afirmación, en tanto sostiene que no es más que «un pretexto» para eludir la aplicación de la «más que consolidada» doctrina constitucional sobre la desaparición del objeto del recurso de inconstitucionalidad fundado en impugnaciones sustantivas cuando sobrevienen modificaciones legislativas que afectan a los preceptos impugnados. Para los magistrados discrepantes «la sentencia, al enjuiciar, indebidamente, no unos concretos preceptos legales impugnados, sino un determinado «modelo legal», pretende enviar un inaceptable mensaje prospectivo: la nueva Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, que modifica la Ley Orgánica 2/2010, manteniendo el modelo de plazos, no merecerá censura de inconstitucionalidad caso de que sea impugnada». En idéntico sentido se pronuncia la magistrada Espejel Jorquera, que sostiene que «de admitirse las consideraciones que ahora sustentan que el recurso de inconstitucionalidad no ha perdido objeto, podría entenderse que el recurso de inconstitucionalidad no perdería objeto por la modificación o derogación de normas en ningún caso o, lo que es más grave, impediría saber a ciencia cierta cuándo perdería objeto un recurso de inconstitucionalidad y cuándo no».

abril, y la tacha alegada, incompatibilidad del sistema de plazos con el deber de protección de la vida humana (art. 15 CE), «determina que un pronunciamiento de este Tribunal adquiera una particular relevancia» por afectar la «impugnación así formulada» a uno de los «aspectos capitales del sistema constitucional»[26].

3.5. Motivación formal de quien promueve el proceso constitucional

A) *Carga argumentativa en el recurso de inconstitucionalidad*

Insiste la STC 8/2023, de 22 de febrero, FJ 2 b), en la doctrina constante de este Tribunal por la que corresponde al recurrente la carga de argumentar la contradicción que alega con la norma fundamental, «sin que nos corresponda reconstruir de oficio las demandas y sin que sean admisibles las impugnaciones globales carentes de un razonamiento específico que las sustente», así como en su inevitable consecuencia de impedir un pronunciamiento constitucional sobre el particular caso de no satisfacerse esa exigencia mínima. Así se constata, en el caso en cuestión, respecto a la «imprecisa» referencia de la demanda a los preceptos «concordantes» con uno de los expresamente impugnados en el recurso planteado.

Destaca, asimismo, en idéntico sentido, la STC 19/2023, de 22 de marzo, FJ 2 b), en relación, de un lado, con los reproches singularizados dirigidos contra el enunciado de determinados preceptos de la ley orgánica recurrida que, según la demanda, son objeto de impugnación «subsidiaria específica», pero respecto de los que no se formula reproche singularizado

[26] En su voto particular concurrente sostiene la magistrada Balaguer Callejón que el tiempo transcurrido y la trascendencia de esta sentencia «pedía del Tribunal claridad, pedagogía constitucional y una motivación clara en la resolución de las pretensiones de los recurrentes, pero también en la explicación de por qué la jurisdicción constitucional está legitimada para responder con carácter amplio a los recursos planteados contra leyes cuya vigencia ha desaparecido en parte por la modificación legislativa sobrevenida; por qué está legitimada para construir contenidos constitucionales sin que ello suponga usurpar las funciones del legislador o del constituyente; y por qué no está vinculada, en un sistema de jurisdicción constitucional concentrada como el nuestro, a sus propios precedentes jurisprudenciales», ofreciendo su propia explicación y fundamentación al respecto y situando, en el centro de su razonamiento, «la autonomía de la mujer para decidir sobre su cuerpo en un marco jurídico laico» y las correlativas obligaciones del Estado en materia de protección de su salud sexual y reproductiva.

distinguible del que afectaría a la formulada, con carácter prioritario, contra la totalidad de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, por lo que concluye el Tribunal que no cabe realizar respecto de ellos ningún pronunciamiento «singularizado y adicional». Es el caso de los arts. 1, que define el objeto de la ley orgánica; 4.1, que configura la «prestación de ayuda para morir» como derecho subjetivo; 3 b), que precisa lo que ha de entenderse por «padecimiento grave, crónico e imposibilitante»; y, en fin, 3 c), que define el concepto de «enfermedad grave e incurable». Cuanto si más, de otro lado, con aquellos apartados que la demanda señala como específica y subsidiariamente recurridos, pero de cuya inconstitucionalidad nada concreto se fundamenta, «ni siquiera al hilo de la impugnación sustantiva de alcance general». Así, en concreto, los arts. 3 e) respecto del concepto de «médico consultor» que establece; 5.1 c), párrafo primero, que exige como uno de los requisitos para el reconocimiento del derecho a la ayuda para morir que el interesado haya formulado dos solicitudes de manera voluntaria, autónoma y fehaciente, dejando una separación de al menos quince días naturales entre ambas; y, por último, 17.1 y 3, que regulan ciertos extremos relativos a la creación y composición de las comisiones de garantía y evaluación.

B) *Juicios de aplicabilidad y relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad*

La cuestión de inconstitucionalidad enjuicia la posible disconformidad con la Constitución de una norma con rango de ley aplicable al proceso *a quo* y de cuya validez dependa, en última instancia, el fallo a pronunciar por el juez o tribunal que la propone. A la hora de ponderar si ha sido correctamente planteada el Tribunal exige que la norma en cuestión supere los denominados juicios de aplicabilidad y de relevancia[27].

A este respecto la STC 133/2022, de 25 de octubre[28], FJ 2 b), considera correctamente cumplido en el caso particular el requisito de la previa

[27] Vid. el epígrafe 2.4 B) a) en relación con los efectos extintivos y la pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión de constitucionalidad por la incidencia en el juicio de aplicabilidad de ulteriores cambios normativos, ya sea como consecuencia de la modificación o derogación de la norma cuestionada o de un pronunciamiento constitucional posterior a su admisión a trámite que hubiera resuelto la duda que se plantea.

[28] Con ponencia del magistrado Sáez Valcárcel, en cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo respecto del art. 6 bis, apartado 4, de la Ley del Parlamento de Canarias 11/1997, de

audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal acerca de la pertinencia del planteamiento de la cuestión (art. 35.2 LOTC) pese a no coincidir exactamente los preceptos del bloque de la constitucionalidad que el auto de planteamiento entiende vulnerados con los que se pusieron de manifiesto a las partes en el auto por el que se abrió el citado trámite de audiencia. Y ello porque fueron traídos a colación por las propias partes, encontrándose estrechamente relacionados no solo entre sí sino con los identificados en su día en el propio auto de admisión del recurso de casación, «de modo que no cabe entender —ni se ha alegado ante este Tribunal— que ninguno de los intervinientes en el proceso *a quo* se haya visto privado de la posibilidad de conocer que la norma cuestionada podía contradecir tales previsiones constitucionales ni de formular alegaciones al respecto».

Esta STC 133/2022, FJ 2 b), recuerda, por lo demás, que el planteamiento de la cuestión es «una prerrogativa exclusiva e irrevisable» de los órganos judiciales (por todas, STC 26/2009, de 26 de enero, FJ 2), sobre cuyo ejercicio corresponde únicamente a ellos decidir, erigiéndose el mencionado trámite de audiencia, de celebración preliminar e imperativa, tan solo en «un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso» (STC 140/2008, de 28 de octubre, por todas). Es, en suma, el órgano judicial proponente quien debe concretar las dudas de constitucionalidad que se le plantean, invocando los preceptos que considera vulnerados en tanto parámetro de constitucionalidad y aportando contenido alegatorio específico a las distintas infracciones que se le pudieran suscitar, como se desprende, asimismo, de la STC 116/2022, de 27 de septiembre[29], FJ 2.

En otro supuesto aparentemente similar, la STC 85/2023, de 5 de julio[30], FJ 2 c), llega, sin embargo, a conclusión diversa al apreciar que dos de los preceptos constitucionales reputados vulnerados por el auto de planteamiento (arts. 9.3 y 23.1 CE) no coinciden con los que se pusie-

---

2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario (en la redacción dada por la Ley del Parlamento de Canarias 2/2011, de 26 de enero).

[29] Con ponencia del magistrado Sáez Valcárcel, en cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife respecto del art. 1 de la Ley del Parlamento de Canarias 18/2019, de 2 de diciembre, de medidas urgentes de ordenación del empleo público en las administraciones canarias.

[30] Con ponencia del magistrado Tolosa Tribiño, en cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en relación con el art. 6.2 de la Ley del Parlamento Vasco 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi.

ron de manifiesto a las partes en el trámite de audiencia, sin que aquellas hubieran hecho, por otra parte, mención alguna al respecto. Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal se colige que en tanto «el defecto en el trámite de audiencia les impidió entender correctamente el menoscabo que podían sufrir», sin que pudiera considerarse salvada la omisión por el resto del contenido de la providencia que abrió el trámite, queda excluida del enjuiciamiento constitucional la infracción de esos preceptos «al no haber oportunidad de pronunciarse sobre ellos».

La formulación del juicio de aplicabilidad supone así la identificación por el órgano judicial de la disposición cuestionada como integrante del elenco de normas que haya de tomarse en consideración para la resolución del litigio. Una consolidada doctrina constitucional remite, en cambio, el juicio de relevancia al «esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada». Su realización recae en cada caso concreto sobre el órgano jurisdiccional *a quo*, «sin que le corresponda a este tribunal sustituir o rectificar su criterio, salvo en los casos en que de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos, se advierta que la argumentación judicial en relación con dicho juicio de relevancia carece de consistencia» (entre otras, STC 86/2016, de 28 de abril, FJ 3). Insiste la STC 7/2023, de 21 de febrero, FJ 2, en que el control del Tribunal al efecto es meramente externo, dirigido a verificar su concurrencia y no a sustituir al órgano judicial, con el fin último de que no se haga un uso de la cuestión de inconstitucionalidad no acorde a su propia naturaleza y finalidad.

Sobre ello han incidido también en este período las SSTC 114/2022, de 26 de septiembre[31], FJ 2; 150/2022, de 29 de noviembre, FJ 3; 67/2023, de 6 de junio, FJ 2; y 85/2023, de 5 de julio, FJ 2; para rechazar los óbices procesales que rebatían en cada cuestión particular su concreta formulación.

3.6. Derecho europeo como canon de constitucionalidad

Durante el período a que se refiere esta crónica ha redundado el Tribunal Constitucional en la imposibilidad de considerar el ordenamiento co-

[31] Con ponencia del magistrado Narváez Rodríguez, en cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Oviedo, en relación con la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley de la Junta General del Principado de Asturias 2/2007, de 23 de marzo, de coordinación de policías locales.

munitario como canon directo de constitucionalidad, confirmando que las tachas vinculadas a la supuesta incompatibilidad con él no son atendibles en sede de un recurso de inconstitucionalidad. Así lo reiteran las SSTC 10/2023, de 23 de febrero, FJ 4, con cita de la STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 3, 36/2023, de 19 de abril, FJ 3 C), y 60/2023, de 24 de mayo, FJ 3.

3.7. Otros aspectos procesales

Cabe mencionar, asimismo, durante este período y en el seno de los procesos constitucionales a que se refiere esta crónica, otras resoluciones, señaladamente autos, atinentes a aspectos estrictamente procesales y diversos a los relacionados en los epígrafes anteriores.

Así, se debe señalar, en primer lugar, el ATC 125/2022, de 29 de septiembre, FJ 2, que toma como punto de partida la doctrina consolidada del Tribunal acerca de cómo la naturaleza abstracta del recurso de inconstitucionalidad descarta, como regla general, la intervención en el proceso de cualquier persona distinta de las enunciadas en los arts. 162.1 a) CE y 32 y 34 LOTC para denegar, con cita del ATC 144/2012, de 16 de julio, FJ 3, las peticiones de personación de los sindicatos UGT y CCOO en el recurso correspondiente en tanto «la legitimación, aquí como en otros supuestos de acceso a la jurisdicción constitucional, viene a ser una atribución competencial a determinados órganos públicos que constituye una opción del constituyente o, en su caso, del legislador, que no encuentra necesaria correspondencia con la titularidad de derechos por parte de dichos órganos legitimados». También el ATC 6/2023, de 24 de enero, desestima la solicitud de revisión de diligencia de ordenación que había rechazado la pretensión de *Òmnium* Cultural de personarse en cuestión de inconstitucionalidad en tanto su pretensión carecería de fundamento *ex* art. 37.2 LOTC al no ser parte en el procedimiento judicial en el que la cuestión había sido planteada.

De otro lado, los AATC 155/2022, de 16 de noviembre[32], y 32/2023, de 7 de febrero[33], inadmiten a trámite sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso por incumplir con los requisitos establecidos para la legitimación. En el primer supuesto por haber expresado la voluntad impugnatoria de los diputados recurrentes en trámite de subsanación una

[32] Confirmado en súplica por ATC 34/2023 *bis*, de 7 de febrero.

[33] Confirmado en súplica por ATC 297/2023, de 6 de junio.

vez transcurrido el plazo para la interposición del recurso y en el segundo por haber sido interpuesto únicamente por cuarenta y nueve diputados, defecto de falta de legitimación que no admite subsanación.

Destacan, asimismo, los autos que inadmiten cuestiones de inconstitucionalidad por incumplir algún requisito procesal, entre otros, por pérdida sobrevenida del objeto[34], por no cumplir con los presupuestos procesales *ex* art. 35.2 LOTC por el que se exige al órgano judicial que especifique o justifique que los preceptos cuestionados resultan aplicables al caso y en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma cuestionada[35] o por ser «notoriamente infundadas»[36]; así como los tres que inadmiten a trámite otras tantas cuestiones prejudiciales de validez sobre normales forales fiscales por no haber despejado previamente la cuestión de legalidad ordinaria erigida en condición para la aplicación de los preceptos cuestionados[37], por no haber especificado debidamente en qué medida la decisión del proceso dependería de la validez de la norma cuestionada[38] y, en última instancia, por no haber cumplido adecuadamente con el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal y no haber formulado adecuadamente los juicios de aplicabilidad y relevancia de los preceptos forales cuestionados[39].

Por último, se dictan diversos AATC que resuelven otros incidentes o aspectos planteados, señaladamente, desestimando el recurso de súplica interpuesto frente a denegación de la iniciación de incidente de ejecución de sentencia[40], estimando justificada o injustificada la abstención o recusación de magistrados en algún procedimiento[41], manteniendo o le-

---

[34] AATC 36/2023, de 7 de febrero, al haber quedado disipada la duda de constitucionalidad planteada por la STC 116/2022, de 27 de septiembre; y, 3/2023, de 24 de enero, con remisión a la STC 133/2022, de 25 de octubre.

[35] AATC 154/2022, de 16 de noviembre; 38/2023, de 8 de febrero; 67/2023, de 21 de febrero, que aprecia, además, que el órgano judicial no cumple adecuadamente con la carga de alegar suficientemente la inconstitucionalidad de los preceptos legales cuestionados; y, 186/2023, de 18 de abril.

[36] AATC 148/2022, de 15 de noviembre; 4/2023, de 24 de enero; así como, 298/2023, 299/2023, 300/2023 y 301/2023, todos de 6 de junio, que no aprecian juicio de relevancia en las cuestiones planteadas, que habrían devenido además notoriamente infundadas.

[37] ATC 187/2023, de 18 de abril.

[38] ATC 188/2023, de 18 de abril.

[39] ATC 330/2023, de 20 de junio.

[40] ATC 184/2023, de 18 de abril.

[41] Así, cabe reseñar:

— aceptan abstenciones de magistrados los AATC 5/2023, 7/2023, de 24 de enero; 30/2023, 33/2023, 34/2023, de 7 de febrero; 62/2023, de 21 de febrero; 185/2023, de 18 de abril; y, 326/2023, de 20 de junio;

vantando la suspensión de las normas impugnadas por el Presidente del Gobierno en recursos de inconstitucionalidad[42] o desestimando el recurso de súplica interpuesto por gobierno autonómico contra providencia que había rechazado la suspensión cautelar de precepto impugnado en recurso de inconstitucionalidad[43].

4. Fuentes del derecho

4.1. Decretos-leyes

A) *El presupuesto habilitante* ex *art. 86.1 CE y su conexión de sentido con las medidas adoptadas por la legislación de urgencia*

Han sido múltiples las sentencias del período que han tratado la cuestión de los límites de la legislación de urgencia, tanto desde la perspectiva del presupuesto habilitante de la legislación de urgencia, como de sus límites sustantivos o materiales al estar vedado al decreto-ley afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución (art. 86.1 CE). Tan solo una de ellas resolvía un recurso de inconstitucionalidad contra legislación de urgencia autonómica, en concreto, la STC 8/2023, de 22 de febrero, relativa al Decreto-ley del Consell 6/2020, de 5 de junio, para la ampliación de vivienda pública en la Comunitat Valenciana mediante los derechos de tanteo y retracto. Las diez sentencias restantes han resuelto otros tantos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra seis reales decretos-leyes, ya sea en su totalidad o contra preceptos, disposiciones o incisos concretos de su enunciado.

Las disposiciones estatales afectadas han sido los Reales Decretos-Leyes 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usua-

— no acepta abstención de magistrada el ATC 28/2023, de 7 de febrero;
— inadmiten a trámite recusaciones formuladas en recursos de inconstitucionalidad los AATC 37/2023, de 8 de febrero (desestimando el ATC 183/2023, de 18 de abril, el recurso de súplica interpuesto al respecto); y 70/2023, de 21 de febrero;
— declaran la pérdida sobrevenida de objeto de la recusación formulada en diversos recursos de inconstitucionalidad e inadmiten a trámite las planteadas en otros varios recursos de inconstitucionalidad los AATC 68/2023 y 69/2023, de 21 de febrero (desestimándose los recursos de súplica interpuestos en ambos casos por AATC 235/2023 y 237/2023, de 9 de mayo); y, 104/2023, de 7 de marzo.

[42] AATC 35/2023, de 7 de febrero, y 265/2023, de 23 de mayo.

[43] ATC 189/2023, de 18 de abril.

rios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica (al que se refieren las SSTC 9/2023, de 22 de febrero, y 15/2023, de 7 de marzo); 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones (SSTC 10/2023, de 23 de febrero, 36/2023, de 19 de abril, y 60/2023, de 24 de mayo); 12/2021, de 24 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la fiscalidad energética y en materia de generación de energía, y sobre gestión del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua (STC 16/2023, de 7 de marzo[44]); 26/2021, de 8 de noviembre, por el que se adapta el texto refundido de la Ley reguladora de haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (SSTC 17/2023, de 9 de marzo[45], y 35/2023, de 18 de abril[46]); 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 (STC 18/2023, de 21 de marzo[47]); y, 4/2018, de 22 de junio, por el que se concreta, con carácter urgente, el régimen jurídico aplicable a la designación del consejo de administración de la Corporación RTVE y de su presidente (STC 45/2023, de 10 de mayo).

Varios de estos recursos plantean el incumplimiento del presupuesto habilitante de la potestad legislativa de urgencia que viene establecido en el art. 86.1 CE. Discutida la concurrencia en estos supuestos de la «extraordinaria y urgente necesidad» que enuncia el precepto constitu-

[44] Con ponencia del magistrado Tolosa Tribiño, en recurso de inconstitucionalidad contra la disposición final tercera del Real Decreto-ley 12/2021, de 24 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la fiscalidad energética y en materia de generación de energía, y sobre gestión del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua.

[45] Con ponencia del presidente Conde-Pumpido-Tourón, en recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, por el que se adapta el texto refundido de la Ley reguladora de haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana.

[46] Con ponencia del magistrado Enríquez Sancho, en recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 26/2021, de 8 de noviembre, por el que se adapta el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana.

[47] Con ponencia del presidente Conde-Pumpido Tourón, en recurso de inconstitucionalidad contra el 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.

cional, comienza el Tribunal su examen de este motivo de inconstitucionalidad recordando su doctrina en relación con el presupuesto que habilita al Gobierno para aprobar normas provisionales con rango de ley y, respecto a la disposición valenciana, con su aplicación a la legislación de urgencia autonómica. De acuerdo con esta doctrina, la función del Tribunal es de control externo, verificando que la medida adoptada supere la doble exigencia de que el Gobierno haya identificado, de manera explícita y razonada, que concurre una singular situación de extraordinaria y urgente necesidad, y que existe efectivamente una adecuada conexión de sentido entre la situación de necesidad definida y las medidas que adopta la norma de urgencia, que han de ser por tanto congruentes con la situación que se trata de afrontar. Como particularidad en el caso de ejercicio de la potestad legislativa por un gobierno autonómico, este Tribunal ha subrayado como factor importante a tomar en consideración en su labor de control el menor tiempo que requiere tramitar un proyecto de ley en una cámara autonómica y que podría hacer decaer la necesidad de intervención extraordinaria del poder ejecutivo.

Pues bien, en cada uno de los supuestos citados el Tribunal expone las razones que, para acreditar la concurrencia del presupuesto habilitante legitimador de su aprobación, se afirman en las exposiciones de motivos de las normas impugnadas, así como las que fueron aducidas en el curso del debate parlamentario de convalidación y en el propio expediente de elaboración del decreto-ley cuestionado. Y en todas ellas concluye la concurrencia del presupuesto habilitante, así como la necesaria conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida y las medidas adoptadas, desestimando, por tanto, los motivos de impugnación de cada uno de estos decretos-leyes por esta causa.

Así, la STC 8/2023, de 22 de febrero, FJ 6, sostiene que «según ha quedado expuesto a partir del preámbulo de la norma, y el debate de convalidación, las dificultades de acceso a la vivienda para los colectivos vulnerables se acentúan con la pandemia y este agravamiento en la accesibilidad a la vivienda es lo que ha motivado la aprobación del decreto-ley. Por ello, desde el control externo que a esta jurisdicción corresponde, hay que considerar en este caso, a la vista de todo lo anterior, que el Gobierno ha identificado, de manera explícita y razonada, que concurre una singular situación de extraordinaria y urgente necesidad en relación con el acceso a la vivienda de los colectivos más vulnerables.» Por lo demás, «las medidas del decreto-ley se concretan en favorecer las posibilidades jurídicas de que la administración pueda incrementar el parque público de vivienda de una manera ágil y rápida, para dar una respuesta

inmediata a los problemas de acceso a la vivienda —más rápida que otras alternativas como la promoción pública de vivienda— mediante el ejercicio de los derechos de adquisición preferente que la norma establece. Con ello se hace patente la relación lógica o de congruencia entre la situación que se trata de afrontar y las medidas de la norma recurrida.» Constata, en fin, como concreción ulterior de este presupuesto, que el recurso al decreto-ley por el ejecutivo autonómico «permite dar una respuesta más rápida para colmar las necesidades de vivienda de los colectivos vulnerables que mediante la tramitación ordinaria de un proyecto de ley en el parlamento valenciano».

En sentido contrario se pronuncia el voto particular de la magistrada Espejel Jorquera para quien no se ha puesto de manifiesto la necesidad de dar respuesta a situaciones concretas, difíciles de prever, que requieran una acción normativa inmediata, sin que basten, a su juicio, las razones contenidas a tal efecto en la exposición de motivos del decreto-ley y las expuestas en el debate para su convalidación que «aluden a una justificación de carácter general, en su mayor parte de carácter estructural, no coyuntural» y fundan la urgencia «en un problema endémico como es el de la vivienda». Tampoco comparte, en fin, la conexión de sentido entre la concreta regulación efectuada y la situación que se pretende afrontar, dado que, a su modo de ver, «el tanteo y retracto a favor de la administración autonómica, en la forma que se contemplan, no conducirían a un incremento más o menos inmediato del parque de vivienda pública». Sostiene, por último, que la sentencia ha declinado razonar sobre parte del control externo que corresponde al Tribunal en tanto tras reproducir la doctrina sobre la necesidad de tomar en cuenta el menor tiempo que requiere tramitar un proyecto de ley en una cámara autonómica, «la sentencia no deriva ninguna consecuencia de la misma».

Por su parte, en la STC 10/2023, de 23 de febrero, FJ 3, «el Tribunal aprecia que las razones que llevaron al Gobierno a dictar los preceptos del Real Decreto-ley 14/2019 aquí cuestionados tienen que ver con la necesidad de garantizar un adecuado nivel de protección de los derechos de los ciudadanos en un entorno en constante transformación como es el digital, evitando con ello los riesgos que, en dicho entorno, pueden plantearse para la seguridad pública. Consideración esta última fundada en la mención a determinados acontecimientos acaecidos que, en la consideración del Gobierno, hacían preciso introducir modificaciones tanto en el régimen jurídico aplicable a la utilización de medios electrónicos en las relaciones entre la administración y los ciudadanos como en el ámbito de las telecomunicaciones, incrementando el estándar de protección

de la seguridad pública en ambos ámbitos.» A ello suma, además, que «cuando el Gobierno aprobó la norma, las posibilidades de que la situación de urgente necesidad que debía ser atendida pudiera solventarse a través del procedimiento legislativo era remota». Por todo ello «estima que la situación descrita por el Gobierno, aun cuando no explicitada como es deseable la carga de que concurre el presupuesto habilitante, se mantiene dentro de los márgenes de apreciación que deben reconocérsele para hacer uso de la potestad legislativa excepcional del art. 86.1 CE», apreciando conexión de sentido y coherencia entre esta situación de extraordinaria y urgente necesidad y las medidas adoptadas[48].

Proyectando la doctrina constitucional sobre la controversia planteada en el proceso la STC 15/2023, de 7 de marzo, FJ 4, concluye que «en el preámbulo y en la memoria del Real Decreto-ley 1/2021, el Gobierno ha ofrecido una justificación ciertamente sucinta, pero razonable, en el contexto del estado de alarma y de las circunstancias que llevaron a su declaración, para la adopción de la medida aprobada mediante su disposición final primera», evocando para ello «las graves repercusiones de la crisis social y económica causadas por la pandemia de la Covid-19» y enmarcando la disposición en que se contienen los incisos impugnados «en la relación de medidas adoptadas para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda». En todo caso la situación responde a lo que cabría calificar como una «coyuntura económica problemática». El Tribunal aprecia, no obstante, que lo que los recurrentes cuestionan no es la concurrencia y justificación del presupuesto habilitante del decreto-ley, «sino la legitimidad misma de la decisión de ampliar el mencionado mecanismo a quienes carecen de título para habitar la vivienda implicada en el procedimiento de desahucio y lanzamiento», representando «una valoración esencialmente política de ordenación social que este tribunal no puede enjuiciar al hilo de la fiscalización del requisito de la extraordinaria y urgente necesidad exigido por el art. 86.1 CE», si bien la «evidente relación de congruencia» de la medida con el objetivo enunciado lleva a desestimar el recurso en este punto.

No comparte el razonamiento de la sentencia al respecto el voto particular del magistrado Enríquez Sánchez. Entiende que la referencia y

[48] Por aplicación de lo resuelto en el fundamento jurídico 3 de esta STC 10/2023, de 23 de febrero, las SSTC 36/2023, de 19 de abril, FJ 3 A) a), y 60/2023, de 24 de mayo, FJ 3 i), descartan la tacha de inconstitucionalidad fundada en la infracción del presupuesto habilitante para dictar el decreto-ley *ex* art. 86.1 CE

«exposición aparentemente aséptica» por su FJ 3 c) del «especial interés» de ciertos precedentes anteriores en que el silencio absoluto del Gobierno en la justificación del presupuesto habilitante justificativo de disposiciones adicionales y finales de decretos-leyes llevó al Tribunal a anularlas, «arroja la falsa impresión de que basta con una simple mención a la situación de extraordinaria y urgente necesidad para que el Gobierno llene el requisito de la «presentación explícita y razonada»». A su juicio se ha silenciado una importante puntualización de la doctrina constitucional que desecha la mera apelación a fórmulas genéricas, estereotipadas o rituales de marcada abstracción y, por ello, de prácticamente imposible control constitucional, que habría resultado directamente aplicable y habría debido conducir a la estimación del recurso interpuesto. Tampoco comparte la conclusión alcanzada por la mayoría el magistrado Arnaldo Alcubilla para quien la justificación ofrecida por el Gobierno es sucinta pero no razonable, sin que hubiera logrado levantar la carga de proporcionar argumentación suficiente acerca de la concurrencia del presupuesto habilitante, en tanto tan solo cabría remitirse a dos sumarias y breves afirmaciones del preámbulo del Real Decreto-ley 1/2021, reiteradas en la memoria de impacto normativo, que «no pueden pasar por una presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno para la aprobación de la medida cuestionada». Tampoco cabe amparar el presupuesto habilitante del decreto-ley en la mención que realiza la sentencia del estado de alarma declarado como consecuencia de la pervivencia de la pandemia de Covid-19, que no ha sido invocado siquiera por el Gobierno. En suma, al admitir un mínimo razonamiento del Gobierno acerca de la trascendencia o importancia de la cuestión que trata de atender el magistrado discrepante colige que se está «confundiendo lo conveniente (según el Gobierno) con lo urgente. Lo único que queda justificado con la argumentación de la sentencia es que el Gobierno considera necesario o conveniente suspender los lanzamientos de personas que han incurrido en responsabilidades penales al ocupar una vivienda, pero no, pese a lo que la sentencia sostiene, que haya explicitado las razones por las que es urgente adoptar esa medida, que es precisamente lo que legitima el empleo de la norma extraordinaria de urgencia, de conformidad con el art. 86.1 CE.» Por todo ello concluye, asimismo, que la inobservancia del presupuesto habilitante debió conducir a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los incisos impugnados.

Aprecia también la STC 16/2023, de 7 de marzo, FJ 7, una argumentación en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 12/2021, en el

debate para su convalidación y en su memoria de análisis de impacto normativo, que aunque sucinta, cabe reputar de explícita y razonada de los motivos apreciados por el Gobierno para su aprobación. Así, afirma que «la razón que justifica la inclusión en el real decreto-ley de la disposición final tercera no es otra que la de preservar la especialidad del régimen económico y fiscal canario en lo relativo al límite absoluto aplicable a la deducción por inversiones en producciones cinematográficas que se realicen en Canarias, siguiendo los cambios que se han realizado en la ley reguladora del impuesto de sociedades, con el objetivo de mantener el diferencial previamente existente respecto al límite de deducción aplicable en el territorio peninsular; objetivo legítimo al que nada cabe objetar, desde la perspectiva del control externo que a este tribunal corresponde». La vocación de provisionalidad con que se aprueba la norma y la previsión de que tuviera efectos para el período impositivo de 2020 «justifica, además, la existencia de una conexión de sentido entre la urgencia definida y las medidas adoptadas en el precepto controvertido, por lo que este motivo de impugnación debe ser desestimado».

Desestima también la STC 17/2023, de 9 de marzo, FJ 2, el motivo de inconstitucionalidad aducido por los recurrentes acerca de la ausencia de presupuesto habilitador en el Real Decreto-ley 26/2021, en tanto la justificación gubernamental, explícita y razonada, para la adopción de las medidas aprobadas ofrecida por el preámbulo y la memoria del real decreto-ley impugnado, así como en su presentación durante el trámite parlamentario de convalidación, conecta con la STC 182/2021, de 26 de octubre. La declaración de nulidad e inconstitucionalidad de los arts. 107.1, segundo párrafo, 107.2 a) y 107.4 TRLHL, afecta a los recursos financieros de los entes locales debido a la pérdida recaudatoria derivada de la imposibilidad de exigir el IIVTNU; afectación que incide en la suficiencia financiera local, el incremento del déficit público y la estabilidad presupuestaria, y causa, a su vez, distorsiones en el mercado inmobiliario. Atendiendo al contenido del fallo de las SSTC 59/2017, de 11 de mayo, 126/2019, de 31 de octubre, y 182/2021, de 26 de octubre, aprecia el Tribunal que la única que produjo un vacío legislativo capaz de impedir la exigencia del IIVTNU fue la última de ellas, concluyendo que, «desde el plano del control externo que compete a este tribunal, una vez descrita de forma suficiente la situación de extraordinaria y urgente necesidad, como aquí hemos apreciado, resulta jurídicamente admisible la acción normativa inmediata, evitando con ello la demora que hubiera supuesto recurrir a la tramitación legislativa ordinaria». Constata, por lo demás, la relación de coherencia que guardan las medidas tributarias

adoptadas con una situación económica problemática explícita y razonada, en el mismo sentido que se apreció en otras ocasiones, citando de forma expresa al efecto los supuestos de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera que modificaban el tipo de gravamen del impuesto especial sobre determinados medios de transporte (STC 137/2003, de 3 de julio), o para incentivar las medidas de recuperación económica y social en el ámbito local de Castilla y León (STC 40/2021, de 18 de febrero). En aplicación de esta doctrina, la STC 35/2023, de 18 de abril, FJ 2, desestima el recurso interpuesto por idéntico motivo contra el mismo Real Decreto-ley 26/2021.

Presenta especial interés la STC 18/2023, de 21 de marzo, FFJJ 3-6, no solo por su extensa y prolija argumentación, sino por el voto particular suscrito por cuatro magistrados en sentido contrario, revelando serias discrepancias acerca de cómo aplicar al caso particular la doctrina constitucional existente sobre la concurrencia y la adecuada justificación y argumentación del presupuesto habilitante de extraordinaria y urgente necesidad, así como, en particular, de su conexión de sentido con las medidas adoptadas por la legislación de urgencia impugnada.

El recurso de inconstitucionalidad se interpone contra la totalidad 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, invocándose como único reproche de constitucionalidad la infracción del art. 86.1 CE por carencia de presupuesto habilitante. En aplicación de la doctrina constitucional que sintetiza en su FJ 2, la sentencia indaga en la explicitación por el Gobierno de la concurrencia del presupuesto habilitante de extraordinaria y urgente necesidad relacionando, en su FJ 3, los razonamientos y argumentación que ofrecen al respecto la exposición de motivos del real decreto-ley, la defensa del texto ofrecida por la vicepresidenta y ministra de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, en nombre del Gobierno, ante la diputación permanente del Congreso de los Diputados en el trámite para su convalidación y el expediente de elaboración de la norma impugnada, en particular, su memoria de análisis de impacto normativo.

A la vista de la motivación gubernamental expuesta para la aprobación de la norma impugnada el Tribunal emprende su labor de comprobación sobre la concurrencia del presupuesto habilitante en el supuesto concreto abordando, en primer lugar, si su presentación ha sido explícita y razonada para pasar, en segundo, a verificar la existencia de la necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella.

Por lo que hace a la primera cuestión, considera el Tribunal, FJ 5, que con el control externo que le corresponde puede considerarse que el Gobierno ha satisfecho la exigencia de explicitar y razonar de forma suficiente acerca de los motivos que le llevaron a dictar el real decreto-ley, «de modo que la carga de justificar la concurrencia del presupuesto habilitante exigido por el artículo 86.1 CE puede considerarse cumplida». Reconociéndose al Gobierno en la doctrina constitucional un amplio margen de apreciación política y «siendo la definición explícita y razonada de la situación de extraordinaria y urgente necesidad una exigencia mínima de transparencia y racionalidad que solo delimita externamente el núcleo de la referida capacidad de apreciación política», sostiene el Tribunal que «se exige un grado de concreción que permita ejercer, por un lado, el control político sobre la concurrencia del presupuesto habilitante que le corresponde al Congreso y, por otro lado, el control jurídico sobre esa concurrencia que le incumbe a este tribunal, en el caso de que así se le demande por quien esté legitimado para ello», sin que la jurisprudencia constitucional sobre el art. 86.1 CE haya exigido nunca, como requisito imprescindible, que la definición de la situación de extraordinaria y urgente necesidad «haya de venir justificada con, o apoyada en, datos concretos, reales o actuales, ni en información estadística de procedencia oficial o de otro tipo», que cabe encontrar, en todo caso, «con cierta prolijidad» en la memoria de análisis de impacto normativo, o que el Gobierno tenga que fundamentar «que la realidad social sobre la que pretende incidir presenta, con anterioridad a la adopción de un decreto-ley, una evolución determinada» o «esté inexcusablemente obligado a mostrar la imprevisibilidad de un determinado desarrollo social, económico o jurídico».

Afirma, por lo demás, que «en el presente caso no se ha procedido a una descripción mediante fórmulas estereotipadas o expresiones genéricas y rituales, vacías de contenido en relación con la definición explícita y razonada del presupuesto habilitante», en tanto «ha quedado suficientemente precisada y razonada en la exposición de motivos del real decreto-ley con una referencia expresa a la insuficiencia de la vigente regulación legal para alcanzar el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación». En tal sentido, la coincidencia prácticamente literal con una frase de la exposición de motivos de un real decreto-ley anterior no supone el empleo de una «expresión genérica y ritual», sino más bien la constatación de que nos encontramos ante situaciones de carácter estructural atendibles también por decreto-ley según la doctrina de este Tribunal.

Tras concluir que el Gobierno había satisfecho suficientemente la carga de explicitar y razonar la concurrencia de la situación de extraordinaria y urgente necesidad que le llevó a dictar el real decreto-ley, afronta el Tribunal la cuestión relativa a su conexión de sentido con las medidas adoptadas. Recuerda el doble criterio o perspectiva que establece la doctrina constitucional para valorar su existencia, atinente, de un lado, al contenido y, de otro, a la estructura de las disposiciones incluidas en la norma impugnada. Desde la primera, sobre la que nada alegan los recurrentes y atendiendo al control externo que corresponde al Tribunal Constitucional, considera la sentencia que no se ha vulnerado la citada conexión. Todas las modificaciones normativas incorporadas se ajustan al objetivo gubernamental reiterado en la exposición de motivos y en el trámite de convalidación, a saber, la insuficiencia de la vigente regulación legal para alcanzar el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación y la persistencia de desigualdades intolerables en las condiciones laborales de mujeres y hombres. En relación con la segunda pone de relieve que «una vez justificadas la necesidad y la urgencia de las medidas adoptadas, no es necesario realizar o aportar también un estudio o pronóstico de los riesgos que podrían derivarse de esperar a la tramitación de la modificación normativa pretendida por el procedimiento legislativo ordinario». La situación de necesidad a que se pretende dar respuesta es, en expresión del Tribunal, «una materia que, por su íntima conexión con la esfera individual de la persona y el libre desarrollo de la personalidad y sus profundos vínculos con disposiciones fundamentales de la Constitución (arts. 1, 9.2, 10.1, 14, 35.1 y 41 CE), es de la máxima relevancia». Reitera que, según se deriva de la exposición de motivos de la norma impugnada, «exige una acción normativa absolutamente inmediata, sin que la actuación pública orientada al logro de esos objetivos gubernamentales admita ningún retraso, ni siquiera la demora que conllevaría la tramitación legislativa», siendo suficiente este razonamiento para efectuar el control externo que incumbe al Tribunal, cuanto si más a la vista de la inminente finalización de la legislatura y consiguiente caducidad de todos los asuntos pendientes de examen y resolución por las cámaras, entre ellos hasta diez proposiciones de ley en tramitación en el Congreso de los Diputados con la misma temática, a raíz de la declaración institucional del presidente del Gobierno el día 15 de febrero de 2019 para anunciar de forma pública la próxima disolución anticipada de las Cortes Generales y la consiguiente convocatoria de elecciones generales para el día 28 de abril.

Tampoco obsta a la conexión de sentido que frente a la inmediatez de la acción normativa prevista por el instrumento normativo de urgencia, no todos sus efectos cuenten con idéntica inmediatez o claridad. Con cita de jurisprudencia anterior en supuestos próximos, señaladamente, las SSTC 139/2016, de 21 de julio, FJ 5, y 64/2017, de 25 de mayo, FJ 2, colige que la acción normativa perseguida con el real decreto-ley impugnado es inmediata y directa, pues entra en vigor el día siguiente al de su publicación, sin que el hecho de que algunos de sus efectos hayan de situarse en un momento posterior al de su entrada en vigor o el establecimiento de una *vacatio legis* de alcance temporal y material limitado alcancen a desvirtuar que «las medidas contenidas en el real decreto-ley impugnado modifican de manera inmediata la regulación existente y, también desde esta perspectiva, resultan coherentes con la situación de urgencia definida».

Por todo ello la sentencia concluye que, en el caso del real decreto-ley impugnado, el Gobierno ha aportado justificación suficiente que permita apreciar el presupuesto habilitante exigido por el art. 86.1 CE, desestimando, en consecuencia, el recurso de inconstitucionalidad. Formulan voto particular frente a la opinión de la mayoría los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla, Espejel Jorquera y Tolosa Tribiño, que sitúan el núcleo de su discrepancia en la distorsión del objeto del recurso que, a su juicio, sanciona la sentencia, al abdicar del control del presupuesto habilitante del decreto-ley para centrarse en el control de los argumentos del recurrente. Sostienen que la sentencia de la que disienten, «si bien sigue la estructura clásica de las sentencias que examinan la concurrencia del presupuesto habilitante del decreto-ley, omite la parte nuclear del control de constitucionalidad del mismo, esto es, la valoración conjunta de las razones dadas por el Gobierno, en la exposición de motivos de la norma, en el debate de convalidación y en la memoria de impacto normativo del proyecto, a fin de determinar si la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad aportada por el Gobierno supera el canon de control constitucional sobre la concurrencia del presupuesto habilitante», de tal manera que «no logra identificar cual era el presupuesto habilitante, esto es, la situación de extraordinaria y urgente necesidad que justificó el real decreto-ley impugnado, y que hubiera permitido apoyar solventemente la desestimación del recurso que se lleva al fallo». Se trata, a su modo de ver, de una permuta importante en el objeto del recurso por cuanto «el Tribunal adopta una posición de deferencia hacia el ejecutivo que no solo contraviene la propia jurisprudencia sentada en esta materia sino que comporta una dejación de la

función de control externo que al Tribunal corresponde, con la consecuencia de que a partir de esta sentencia es al Gobierno al que corresponde en exclusiva la determinación del presupuesto habilitante».

En consecuencia, procede el voto particular a examinar la motivación aducida por el Gobierno y que entienden omitida en la sentencia, para concluir que «las razones aportadas no pueden considerarse suficientes para acreditar la concurrencia de una situación caracterizada de la excepcionalidad, gravedad, relevancia e imprevisibilidad que determinen la necesidad de una acción normativa inmediata en un plazo más breve», sin que se acredite «que la inmediata entrada en vigor de las medidas propuestas constituya, a su vez, una necesidad extraordinaria y urgente». Sostienen que «no se ha concretado suficientemente elemento alguno que hubiera permitido inferir la urgencia en su adopción, en la medida en que lo que ahora importa no son las medidas adoptadas, sino que la concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, habilitante de la legislación de urgencia, haya sido efectivamente acreditada», por lo que entienden que debió estimarse el recurso de inconstitucionalidad promovido y, en consecuencia, declarar que el 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, era inconstitucional y nulo, por vulnerar el art. 86.1 CE en su vertiente formal de justificación de la extraordinaria y urgente necesidad.

Por último, la STC 45/2023, de 10 de mayo, FJ 2 b), da por reproducidos los fundamentos jurídicos que la STC 134/2021, de 24 de junio, dedica al examen de la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria urgencia y necesidad y de la conexión de sentido de las medidas adoptadas por el artículo único del Real Decreto-ley 14/2018 [FFJJ 3 A) y B) y 5]. Por remisión a su argumentación desestima el concreto motivo de impugnación en tanto «el Tribunal aprecia que las circunstancias aludidas en la exposición de motivos del decreto-ley impugnado y puestas de manifiesto durante la fase de convalidación reflejan respecto del artículo único, más allá de una mera conveniencia política, una situación de hecho que permite concluir, en el ámbito del control externo que compete realizar a este tribunal, que existen razones suficientes para apreciar la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad» (STC 134/2021, de 24 de junio, FJ 5).

B) Cláusula restrictiva del art. 86.1 CE y límites materiales al decreto-ley

Son varias las sentencias, muchas de ellas referidas ya en el epígrafe anterior, que en el período al que se refiere esta crónica enjuician la posible vulneración de los límites materiales de los decretos-leyes de acuerdo con el art. 86.1 CE por «afectar» los incisos recurridos a alguna de las materias enunciadas por el precepto. Todas ellas parten de la doctrina constitucional en relación con la interpretación de estos límites, tanto para determinar el alcance del término «afectar», en cuanto acción prohibida constitucionalmente, como para precisar cada una de las materias que allí se relacionan de forma expresa.

La STC 9/2023, de 22 de febrero, FJ 4, a la que se remite poco después la STC 15/2023, de 7 de marzo, FJ 6, sanciona, a tal efecto, la constitucionalidad de la norma recurrida, en tanto los incisos cuestionados extienden «a los procesos penales la suspensión de lanzamientos ya introducida en su momento, para determinados juicios verbales en el ámbito civil, por el Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes. Medida de suspensión que, por otra parte, no es extraña a nuestro ordenamiento jurídico, pues ya fue introducida, también por vía de urgencia, por el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, encuadrados en colectivos especialmente vulnerables.» Se trata, en síntesis, de «una medida limitada en cuanto a su ámbito de aplicación subjetivo, objetivo y temporal, que no tiene por objeto una regulación directa y general del derecho de propiedad de la vivienda, ni afecta a su contenido esencial. Una medida que responde a una finalidad de interés social —la protección de las personas en situación de vulnerabilidad como consecuencia de la crisis generada por el Covid-19—, que incide mínimamente y de forma temporal sobre la posesión o capacidad de disposición, incidencia que además podrá ser objeto de compensación económica, como se desprende de las disposiciones adicionales segunda y tercera del Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre».

Respecto a la posible afección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sostiene el FJ 5 que «la norma cuestionada se limita a otorgar un margen de apreciación al juzgador para conceder o denegar, ponderadas las circunstancias del caso, la suspensión del lanzamiento de la vivienda habitual; decisión que, en cada caso concreto, será suscepti-

ble de revisión jurisdiccional. En definitiva, la ejecutividad de las sentencias no se discute ni se cuestiona por la norma impugnada, que solamente introduce la posibilidad de dilatarla en el tiempo y por un breve lapso temporal. Con este alcance limitado, la medida prevista no tiene por objeto una regulación directa y general del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos.» Tampoco prevén ni establecen «regla alguna sobre la atribución competencial de los órganos jurisdiccionales, en cuanto se limitan a contemplar una medida de eventual suspensión adoptada por el juez competente atendiendo a las circunstancias que concurren en cada caso. No se altera, pues, la competencia fijada por ley, ni se aprecia afectación alguna al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley, susceptible de reproche constitucional.»

Por último, concluye el Tribunal que, de acuerdo con la STC 150/2017, FJ 9, y todas las allí citadas, «la regulación impugnada no afecta a elementos estructurales o esenciales del proceso judicial», limitándose «a regular una medida limitada y temporal de suspensión de determinados desahucios y lanzamientos para proteger a personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional como consecuencia de la emergencia sanitaria ocasionada por el Covid-19», por lo que tampoco afecta al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado.

La sentencia cuenta con los votos particulares discrepantes de los magistrados Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera. El primero entiende que el límite material encarnado en el término constitucional «afectar» debe proyectarse «no respecto de una posible regulación extensa y abstracta del derecho constitucional concernido», en este caso el régimen del derecho de propiedad en general, sino atendiendo al «específico contexto de la regulación de que se trate», teniendo en cuenta, por tanto, «su alcance y significado para los concretos titulares del derecho afectado». Recuerda que aunque los incisos que se impugnan no contienen una regulación general del derecho de propiedad, «condicionan necesariamente el poder de disposición sobre determinadas viviendas de sus legítimos propietarios para satisfacer una finalidad de interés social como es la protección de personas consideradas en situación de vulnerabilidad», por lo que «alteran de manera intensa las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad respecto al concreto conjunto de propietarios a los que va dirigida la medida». Siendo la disposición de facultad inherente al derecho de propiedad, su privación temporal, prorrogada sucesivamente en el tiempo, afecta sin duda significativamente al derecho de quienes se ven concernidos por la decisión del legisla-

dor de urgencia, ya que a la pérdida de la utilidad económica del bien debe sumarse, además, que siguen obligados a soportar cargas fiscales, así como las derivadas de la legislación de propiedad horizontal y demás que la titularidad del inmueble comporta. A su juicio la técnica de intervención se impone «para que determinadas personas se vean obligadas a la cobertura con sus propios bienes de problemas, como el de la dificultad de acceso a una vivienda digna, que deberían ser capaces de resolver los poderes públicos» mediante la adopción de políticas sociales, con cargo a los recursos públicos y en los términos del art. 31 CE, destinadas a promover y facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda, en el marco del mandato o principio rector del art. 47 CE y de otros preceptos constitucionales.

Se muestra en desacuerdo con la norma controvertida y la sentencia que ha venido a darla por válida, en tanto partirían, a su modo de ver, de un entendimiento erróneo del límite material que contiene al efecto el art. 86.1 CE al presuponer que el hecho de que el propietario no requiera de la vivienda para satisfacer sus propias necesidades en la materia es motivo suficiente para excluir la afectación a su derecho de propiedad y para justificar la ocupación de la vivienda por un tercero (usurpación). Más aún a la vista de la dudosa temporalidad de la medida y de la problemática que acompaña a la compensación económica que sería exigible y que dista de ser automática. El magistrado se remitirá a los argumentos expuestos en este voto particular para discrepar, también en este punto concreto, de la STC 15/2023, de 7 de marzo.

Comparte sus argumentos respecto al derecho del art. 33 CE, remitiéndose asimismo a ellos al discrepar en este punto de la STC 15/2023, de 7 de marzo, la magistrada Espejel Jorquera que entiende que el decreto-ley se ha excedido, además, al afectar también al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones firmes en sus propios términos. La regulación impugnada abre la vía a la suspensión singular de la ejecución, en sus propios términos, de sentencias penales firmes, con efecto de cosa juzgada material, lo que se traduce en la inejecución del pronunciamiento civil de la sentencia penal con la consiguiente desprotección de la víctima y perpetuación de los efectos de la acción constitutiva del delito. Incide también en que esta dilación se hace depender de la evolución de la pandemia, sin que sea posible afirmar de antemano que sea «por un breve lapso temporal» como hace la sentencia, denunciando la inseguridad jurídica que, a su entender, se causa, «susceptible de desencadenar desconfianza en el sistema penal, con el riesgo de que la sensa-

ción de desprotección por parte del Estado provoque indeseadas respuestas de autotutela».

También la STC 17/2023, de 9 de marzo, FJ 3, desestima la tacha que se imputaba a la legislación de urgencia impugnada por entender que afectaba al deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE). Tras sintetizar asimismo la consolidada doctrina constitucional sobre este extremo, la sentencia analiza el alcance y contenido de la reforma operada por el Real Decreto-ley 26/2021, centrándose, en particular, en los elementos del IIVTNU modificados, para profundizar, específicamente, en la naturaleza y estructura del impuesto, así como en la función que cumple dentro del contexto del sistema tributario. Todo ello lleva al Tribunal a concluir que atendiendo a su posición en el sistema tributario español, aunque la regulación impugnada modifique la base imponible de este impuesto local, «no ha alterado sustancialmente la posición de los obligados a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario, de manera que no ha afectado a la esencia del deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que enuncia el art. 31.1 CE».

Tampoco aprecia la afección de los derechos fundamentales invocada por los recurrentes la STC 36/2023, de 19 de abril, FJ 3 A) b). Insiste, con cita expresa de la STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 8, en que conforme a la doctrina constitucional la cláusula restrictiva «no podrán afectar» del art. 86.1 CE «debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual, ni permita que por decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I, ni dé pie para que por decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos». En su aplicación a la norma recurrida concluye que no lleva a cabo una regulación general de los derechos fundamentales supuestamente afectados, sino que se limita a establecer la facultad de carácter excepcional y transitoria del Gobierno de acordar que se asuma por la Administración General del Estado la gestión directa o la intervención de las redes y servicios, pudiendo afectar para ello a cualquier infraestructura, recurso asociado o elemento o nivel de la red o del servicio. La asunción de esta gestión e incluso la intervención por la Administración General del Estado se acuerdan con la finalidad de restablecer, en la medida en que pudieran verse afectados, el orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional, sin que puedan incidir, en todo caso, en el contenido de las comunicaciones,

expresiones o informaciones que se viertan, por lo que el precepto impugnado no constituye *stricto sensu* un límite ni puede considerarse que afecte al ejercicio de los derechos fundamentales a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante cualquier medio, y a comunicar y recibir libremente información [art. 20.1 a) y d) CE], o al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

Por último, la STC 45/2023, de 10 de mayo, FJ 2 c), se remite a la STC 134/2021, de 24 de junio, FJ 4, para desestimar que, una vez expulsado del ordenamiento el apartado tercero del artículo único del Real Decreto-ley 4/2018 por la citada sentencia, sus apartados primero y sexto pudieran vulnerar, asimismo, los límites materiales del decreto-ley por afectar también al art. 20.3 CE, relativo al control parlamentario de los medios de comunicación públicos. Se denuncia el desplazamiento que ambos sancionan de la posición institucional del Senado, tanto en la designación del administrador provisional único de RTVE, como al nombrar al presidente de la Corporación RTVE y del consejo. Pues bien, sostiene el Tribunal, con remisión al FJ 4) de la STC 134/2021, que conforme al art. 11.4 de la Ley 17/2006, de 5 de junio, en redacción dada por Ley 5/2017, de 29 de septiembre, corresponde al Congreso de Los Diputados la elección parlamentaria del presidente de RTVE, en la que el Senado carece de intervención directa, tratándose este de un aspecto que los recurrentes no han cuestionado y que permite desestimar el motivo de inconstitucionalidad.

Formula voto particular a esta sentencia la magistrada Balaguer Callejón, que se remite a los argumentos que expresó, en su día, en el voto particular a la ya citada STC 134/2021, al que se adhirió el magistrado Xiol Ríos, así como a los formulados en su momento a las SSTC 103/2017, de 6 de septiembre, y 150/2017, de 21 de diciembre, donde expuso de manera extensa su posición sobre los límites materiales a la regulación por decreto-ley de las radiotelevisiones de titularidad pública, tanto autonómica como estatal, refiriéndose al cambio de criterio sancionado por la sentencia 134/2021 respecto a las dos últimas que «no se explica en el texto de la sentencia del Pleno, ni encuentra tampoco justificación razonable en la referencia a la STC 20/2018, de 5 de marzo, que parece, implícitamente, querer justificar el cambio de jurisprudencia».

4.2. Contenido y límites de la ley de presupuestos

Sobre los límites materiales al contenido de las leyes de presupuestos generales cabe traer a colación la STC 145/2022, de 15 de noviem-

bre[49], FFJJ 2 y 3, por la que se resuelve cuestión de inconstitucionalidad promovida respecto de la disposición final vigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2022, por su posible contradicción con lo previsto en el art. 134.2, en relación con el art. 66.2, de la Constitución, y por la posible infracción del principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE.

Tras destacar la consolidada doctrina del Tribunal sobre este asunto y reiterar los criterios aplicables para delimitar el ámbito propio de este tipo de leyes, en particular, cómo la ley de presupuestos generales no puede acoger cualquier clase de normas y el tipo de contenido, propio o eventual, que puede incorporar a su articulado, examina la modificación operada por la citada disposición final a efectos de determinar si la atribución al orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los «actos administrativos dictados en las fases preparatorias, previas a la contratación de personal laboral para el ingreso por acceso libre», objeto de la cuestión planteada, puede incluirse en el ámbito material específico de las leyes de presupuestos generales o, por el contrario, su contenido sobrepasa este ámbito y, en consecuencia, vulnera el art. 134.2 CE.

Para el Tribunal resulta «indudable que la norma cuestionada no forma parte del contenido propio o «núcleo esencial» de las leyes presupuestarias, integrado por la previsión de ingresos y la habilitación de gastos para un ejercicio económico, así como por las normas que directamente desarrollan y aclaran los estados cifrados, esto es, las partidas presupuestarias propiamente dichas». Tampoco entiende que quepa integrarlo en el contenido eventual de la ley de presupuestos generales. De un lado, porque la determinación de cuál sea el orden jurisdiccional competente para resolver los eventuales conflictos en la ejecución de la oferta de empleo público de personal laboral no incide necesariamente en el gasto o los ingresos públicos, «no tiene que llevar aparejado un incremento de gasto público o la dotación de una nueva partida, ni, al contrario, una reducción del gasto o un incremento de los ingresos»; de otro, porque tampoco tiene relación con la ejecución presupuestaria de la oferta de empleo público ni cabe considerar que se trate de una medida vinculada a la política económica salvo que, con cita de la STC 195/1994, de 23 de junio, FJ 3, «se adopte un concepto desmesurado y

[49] Con ponencia del presidente Conde-Pumpido Tourón, en cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, respecto de la disposición final vigésima de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2022.

por tanto inoperante de los instrumentos directamente relacionados con los criterios que definen la política económica del Gobierno».

A resultas de todo ello colige que la disposición final impugnada objeto de la cuestión de inconstitucionalidad desborda la función constitucionalmente reservada a este tipo de leyes y vulnera el art. 134.2 CE, declarando su inconstitucionalidad y consiguiente nulidad.

4.3. Garantía procedimental del régimen económico y fiscal canario

La STC 16/2023, de 7 de marzo, FFJJ 3 y 4, resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento de Canarias en relación con la disposición final tercera del Real Decreto-ley 12/2021, de 24 de junio, por la que se reforma la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del régimen económico y fiscal de Canarias. A tenor de la disposición adicional tercera de la Constitución, «la modificación del régimen económico y fiscal del archipiélago canario requerirá informe previo de la Comunidad Autónoma o, en su caso, del órgano provisional autonómico». Completa esta previsión el art. 167 de la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, que dispone, en su apartado primero, que el régimen económico y fiscal de Canarias solo podrá ser modificado de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional tercera de la Constitución, previo informe del Parlamento Canario que, para ser favorable, debe ser adoptado por las dos terceras partes de sus miembros y regula, en el segundo, el procedimiento que habrá de seguirse en el supuesto de que el informe resultare desfavorable.

Pues bien, constata el Tribunal que la explícita previsión constitucional sobre la exigencia de este informe previo «convierte dicha garantía procedimental en un *prius* que condiciona *ab initio* la propia legitimidad constitucional de cualesquiera modificaciones de dicho régimen [económico y fiscal de Canarias] que se aborden por la normativa estatal», por lo que su cumplimiento debe ser objeto de examen por el Tribunal con carácter preliminar al análisis del resto de las cuestiones suscitadas en el proceso constitucional.

Aplicando al caso sus pronunciamientos sobre el particular, con cita especial de la STC 164/2014, de 7 de octubre, FJ 2, comienza por desechar la noción defendida por el abogado del Estado de que la citada garantía procedimental resulta incompatible con la celeridad y urgencia

inherente al empleo del decreto-ley, haciendo hincapié en que «la sumisión a la Constitución, que con carácter general se predica para todos los ciudadanos y los poderes públicos en el art. 9.1 CE, y el carácter normativo de la misma, determina que no puedan reconocerse ámbitos exentos o excluirse, en determinados supuestos, la aplicación de alguno de sus preceptos, so capa de una presunta colisión con otros también incluidos en el propio texto constitucional». Tampoco acoge la pretensión de extemporaneidad deducida por el Parlamento autonómico a la vista de lo señalado en la propia doctrina constitucional, que ha precisado que en caso de real decreto-ley la emisión del preceptivo informe del Parlamento de Canarias habrá de producirse antes de la convalidación.

Pues bien, a la vista de las circunstancias acreditadas en el caso, resulta dudoso para el Tribunal «que el procedimiento seguido se haya ajustado al óptimo constitucional que sería deseable en cuanto a las exigencias derivadas de los principios de lealtad y colaboración que han de regir las relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas, por cuanto ni el informe fue directamente solicitado por la ministra de Hacienda a quien debía emitirlo, el Parlamento de Canarias (art. 167 del Estatuto de Autonomía de Canarias), ni dicha Cámara lo emitió, pese a haber recibido la solicitud al respecto». Pese a ello, constata que «el informe fue solicitado y tuvo entrada en el órgano legislativo con anterioridad al trámite de convalidación del decreto-ley, por lo que, de conformidad con la citada doctrina constitucional, no se produjo la aducida extemporaneidad y, en consecuencia, debe rechazarse la infracción constitucional alegada», debiendo apreciarse que el desarrollo del procedimiento legislativo respetó la garantía procedimental exigida sobre el particular.

4.4. Reserva de ley orgánica

La STC 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 6, enjuicia la alegación de los recurrentes por la que «el párrafo cuarto del art. 94 CC, al atribuir a la jurisdicción civil el pronunciamiento acerca de la existencia de indicios de delito en lugar de a la jurisdicción penal, que es a la que —a su juicio— le corresponde de modo «ordinario» por su vinculación «natural» con el objeto del litigio, ha vulnerado el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), y al hacerlo mediante ley ordinaria, ha menoscabado el principio de reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122 CE) modificando sin rango suficiente lo previsto por la Ley Orgánica del

Poder Judicial (arts. 9.2 y 3, y 89 *bis*.2 LOPJ)». Pues bien, el Tribunal descarta tanto la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) como, con cita de la jurisprudencia constitucional consolidada, la de la reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122 CE), «no solo porque el precepto recurrido no efectúa una atribución del conocimiento de asuntos al juez de primera instancia distinta a la que ya tenía, sino porque además la reserva de ley orgánica (art. 122.1 CE), no se proyecta a la fijación de las reglas fundamentales de la competencia, material y territorial, al bastar que tales reglas vengan establecidas por una ley en sentido estricto (STC 93/1988, FJ 4), y que no se excepcione frontalmente o contradiga «el diseño que de los distintos órdenes jurisdiccionales haya establecido la ley orgánica» (STC 128/2018, FJ 3)».

Resulta más llamativa, en todo caso, la impugnación resuelta por la STC 34/2023, de 18 de abril, FJ 2, en relación con la tramitación y aprobación de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Aunque los recurrentes alegan diversas deficiencias procedimentales en su tramitación, entre otras, la omisión de informes y de trámites esenciales, el Tribunal sistematiza y da respuesta a las diversas alegaciones agrupándolas en dos categorías: i) Observaciones generales sobre la rapidez de la tramitación parlamentaria, la ausencia de informes preceptivos o la falta de audiencia de agentes sociales y educativos interesados o de colectivos afectados, que se hacen sin indicar qué concretos preceptos de la Constitución o del bloque de la constitucionalidad imponen dichos trámites y qué órganos o colectivos debían ser consultados, que no se toman en consideración por no levantar los recurrentes la carga procesal de alegar y probar que les corresponde en su labor de colaboración con la justicia constitucional; ii) la denunciada vulneración del art. 169 CE, en relación con el art. 116 CE, en tanto durante parte de la tramitación parlamentaria del proyecto de ley que luego se convirtió en la ley orgánica objeto de recurso, estuvo vigente el estado de alarma, por lo que sostienen los recurrentes que «les parece que una reforma esencial y fundamental para España, como la que efectúa la ley recurrida, se ha aprobado «motorizadamente», con el «Parlamento semicerrado» y sin un auténtico proceso deliberativo, siendo todo ello constitutivo de una «burla constitucional»». Frente a esta pretensión expresa el Tribunal que «no cabe dar al artículo 169 de la Constitución la interpretación extensiva que pretenden los recurrentes en contra de su claro tenor literal y de la finalidad a que responde. Por muy relevante que sea o les parezca a los recurrentes la Ley Orgánica 3/2020, no se trata de una «reforma consti-

tucional», y por tanto no le resulta de aplicación la disposición constitucional citada».

4.5. Defectuosa tramitación del procedimiento legislativo

La STC 19/2023, de 22 de marzo, desestima la censura de inconstitucionalidad atinente a la supuesta existencia de vicios en el procedimiento legislativo de aprobación de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, que determinarían, a su vez, la infracción del art. 23 CE. Los recurrentes alegan, de un lado, la tramitación «acelerada» de la norma durante la vigencia del estado de alarma, declarando el Tribunal que carece de relieve jurídico-constitucional en tanto ni la proposición de ley que está en el origen de la ley orgánica fue tramitada por el procedimiento de urgencia, ni «se alcanza a ver, ni la demanda sugiere cosa alguna al respecto, cómo la vigencia del estado de alarma hubiera producido un menoscabo efectivo de los derechos de los parlamentarios a participar en este concreto procedimiento legislativo, denuncia absolutamente indeterminada».

La misma irrelevancia se observa en su protesta, de otro, por no haberse solicitado informe al Comité de Bioética de España en el curso de la tramitación parlamentaria. Recuerda la sentencia que las proposiciones de ley de origen parlamentario no requieren, ni en su presentación ni en su tramitación ulterior, de la emisión de informes previos de tipo alguno, sin que el legislador esté obligado a recabar o seguir las determinaciones o valoraciones técnicas que puedan ofrecer expertos o peritos en la materia sobre la que pretende legislar, correspondiendo el ejercicio de la potestad legislativa del Estado en exclusiva a las Cortes Generales (art. 66.2 CE).

Tampoco se acoge, por último, el reproche por no haber recabado en la referida tramitación parlamentaria el informe del Consejo General del Poder Judicial contemplado en el art. 561.1 LOPJ. Subraya el Tribunal que la ley orgánica impugnada no tuvo su origen en un proyecto de ley gubernamental, sino en una proposición de ley del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados, rigiéndose su tramitación, en exclusiva, por los reglamentos respectivos (art. 89.1 CE), en los que no se prevé informe preceptivo alguno a cargo de otros órganos. Sostiene, a tal efecto, que «lo que la demanda llama, con lenguaje ajeno a la Constitución, «identidad funcional» entre Gobierno y mayoría en las Cámaras es expresión de una apreciación política, no jurídica, que en absoluto se

compadece con la propia racionalidad de la democracia parlamentaria [STC 123/2017, de 2 de noviembre, FJ 3 b)]. Tampoco autoriza, por lo mismo, a calificar de fraude de ley la utilización de una proposición de ley, no de un proyecto del Ejecutivo, en orden a incoar el procedimiento legislativo ni a reclamar, parangonando lo incomparable, la imposición en el primero de estos cauces de exigencias que solo pueden llegar a pesar sobre el segundo [ante controversia análoga véase STC 153/2016, de 22 de septiembre, FJ 3 a) y b)].»

La STC 49/2023, de 10 de mayo[50], dedica, a su vez, dos fundamentos jurídicos a varios reproches de inconstitucionalidad formulados contra la tramitación normativa de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación. De un lado, se analiza en su FJ 11 el alegado ejercicio abusivo del derecho de enmienda y la posible infracción consiguiente por los apartados 55 *bis*, 56 y 83 del artículo único de la ley orgánica, de los arts. 23, 66.2, 88 y 90.2 CE. Sostiene el Tribunal, tras recordar la doctrina constitucional sobre el derecho de enmienda, con cita expresa, entre otras, de las SSTC 119/2011, de 5 de julio, y 136/2011, de 13 de septiembre, que la impugnación no puede prosperar. De un lado, porque el derecho de enmienda, que integra el núcleo de la función representativa parlamentaria, corresponde a todos los diputados y grupos sin distinción y con el mismo contenido, sin que pueda acogerse la consideración de los demandantes de que tiene alcance más limitado cuando lo ejercen los grupos parlamentarios que sustentan el Gobierno. De otro, porque la propia demanda admite la conexión entre las enmiendas presentadas y el contenido del proyecto enmendado, sin que de la doctrina constitucional pueda inferirse un límite a las enmiendas por su mayor o menor trascendencia, siempre que tengan relación con el texto enmendado.

Por otro lado, el FJ 12 aborda la alegación por los recurrentes de tres vicios procedimentales en la tramitación de la ley orgánica que afectarían a todos los preceptos impugnados, en concreto, la ausencia del preceptivo dictamen del Consejo de Estado, en tanto consideran que la norma ejecuta un tratado internacional como es el Acuerdo con la Santa Sede en materia de enseñanza de la religión; el rechazo por la mayoría de la mesa de la solicitud de comparecencia de expertos en la Comisión

[50] Con ponencia de la magistrada Díez Bueso, en recurso de inconstitucionalidad interpuesto por ochenta y ocho diputados del Grupo Parlamentario Popular contra los siguientes apartados del artículo único de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación: 1, 8 bis, 10, 12, 16, 17, 27, 28, 29, 50, 55 bis, 56, 78, 81 bis, 83 y 89 y las disposiciones adicionales tercera y cuarta.

de Educación presentada por el Grupo Parlamentario Popular, cuando ante la falta de unanimidad esta decisión hubiera debido adoptarse por el pleno de la Comisión, teniendo, en todo caso, consecuencias negativas en la tramitación la denegación de la solicitud; y, por último, que no se hubiera escuchado a la Conferencia Sectorial de Educación, cuya intervención entendían obligada en un asunto tan trascendental.

Aplicando la doctrina de este Tribunal por la que se debe «examinar, ante todo, si se ha producido o no vulneración de la normativa reguladora de la elaboración de las leyes para, solo después, y en su caso, valorar si aquella vulneración pudo tener relevancia para la formación de la voluntad legisladora» [por todas, STC 238/2012, de 13 de diciembre, FJ 2 a)], razona la sentencia que ninguno de los incumplimientos denunciados tuvo lugar, por lo que no procedía entrar a valorar el segundo requisito sobre el que la demanda, por lo demás, no argumentó nada.

5. Derechos, deberes y principios constitucionales

5.1. Régimen lingüístico (art. 3.2)

Dos han sido las sentencias que han abordado durante este período el régimen lingüístico resultante del art. 3.2 CE cuando dispone que, además del castellano, «las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos». La STC 117/2022, de 29 de septiembre[51], FJ 6, resuelve un recurso de inconstitucionalidad, mientras que la STC 85/2023, de 5 de julio, FJ 3-5, despeja duda de constitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Así, la primera da respuesta a la impugnación del art. 8.3 *in fine* y, por extensión, del art. 72.1 b), de la Ley del Parlamento de Cataluña 18/2017, de 1 de agosto, de comercio, servicios y ferias, que establece como infracción leve el incumplimiento de la previsión de aquel relativa a que quienes accedan a la actividad comercial y a la prestación de servicios, aunque lo hagan en calidad de trabajadores asalariados, «deben estar en condiciones de poder atender a los consumidores cuando se expresen en cualquiera de las lenguas oficiales en Cataluña». Para el

[51] Con ponencia de la magistrada Balaguer Callejón, en recurso de inconstitucionalidad en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 18/2017, de 1 de agosto, de comercio, servicios y ferias.

abogado del Estado la norma incumple la doctrina establecida en el FJ 22 de la STC 31/2010, de 28 de junio, respecto a que el deber de disponibilidad lingüística solo es exigible en las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos, y no en las entidades privadas, empresas o establecimientos abiertos al público. La letrada autonómica afirma, por el contrario, que dichos preceptos encuentran cobertura en las competencias autonómicas en materia de lengua, invocando el FJ 14 de la misma sentencia constitucional y defendiendo que se trata de garantizar que los consumidores puedan ser atendidos en cualquiera de las lenguas oficiales en pie de igualdad. Para la abogada de la Generalitat los preceptos impugnados conectan con las competencias a cargo de la comunidad autónoma en materia lingüística y de defensa de los derechos de los consumidores, amparándose en diversos preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en especial, en la previsión del deber de disponibilidad lingüística de su art. 34, sobre el que ya se pronunció la STC 31/2010 para excluir la imposición de obligaciones directas, que no se incluyen, en todo caso, en el precepto cuestionado que tan solo establece un deber genérico de «atender a los consumidores» que empleen la lengua catalana.

Recuerda el Tribunal que conforme a su propia doctrina, en particular, la STC 88/2017, de 4 de julio, FJ 3, la extensión del derecho de opción lingüística al ámbito de las relaciones privadas no puede ser realizada de manera indiscriminada y habrá en cada caso que analizar la concreta normativa para determinar si la misma se encuentra suficientemente justificada. Concluye respecto del precepto examinado que el deber que prevé de «estar en condiciones de poder atender a los consumidores» no resulta equiparable a un «deber de conocimiento» que recaiga de forma directa sobre unos sujetos directos, ya sea el titular de la actividad o el empleado del establecimiento. Se ajustaría, por ello, a la doctrina establecida en la citada STC 88/2017, FJ 4, de modo que no ha de verse el precepto «como una imposición de uso de una determinada lengua oficial, sino como una garantía de respeto a la opción lingüística ejercida por el ciudadano, una previsión de defensa de los consumidores y usuarios que tiene como fin garantizar un trato respetuoso y no discriminatorio del cliente que usa libremente cualquiera de las lenguas oficiales, pero sin imponer el necesario conocimiento de una de ellas».

Sostiene que, entendido en estos términos, interpretación que se lleva al fallo, ha de considerarse constitucional el art. 8.3 de la ley, extendiéndose la conclusión a la previsión sancionadora del art. 72.1 b), «que se limita a tipificar como infracción leve, en general, el incumplimiento

de «las condiciones y los requisitos establecidos en el artículo 8 para el ejercicio de cualquier actividad comercial o de prestación de servicios en el ámbito territorial de Cataluña», sin identificar expresamente ninguna conducta relativa al incumplimiento de un deber de conocimiento lingüístico».

La STC 85/2023, de 5 de julio, FFJJ 3-5, estima parcialmente, por su parte, la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en relación con el art. 6.2 de la Ley del Parlamento Vasco 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi, por posible vulneración de los arts. 3, 9.3, 14 y 23 de la Constitución. Conforme a su tenor literal, «las convocatorias, órdenes del día, mociones, votos particulares, propuestas de acuerdo, dictámenes de las comisiones informativas, acuerdos y actas de los órganos de las entidades locales podrán ser redactados en euskera. Esta facultad podrá ejercerse, en los supuestos anteriormente mencionados, *siempre que no se lesionen los derechos de ningún miembro de la entidad local que pueda alegar válidamente el desconocimiento del euskera*, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización y uso del euskera. Cuando las resoluciones, actas y acuerdos se redacten en euskera, se remitirán en esta lengua las copias o extractos a la administración autonómica y a la administración estatal, en cumplimiento de lo dispuesto en la legislación básica de régimen local.» La cuestión de inconstitucionalidad se limita, en particular, al inciso reseñado en cursiva, fundamentando el órgano judicial su inconstitucionalidad por contradicción con el art. 3.1 CE en que quiebra la igualdad de ambas lenguas al desaparecer la libertad de opción por la lengua castellana de los representantes de los entes locales en relación con todo lo allí relacionado, en primer lugar porque para que tales documentos se redacten en castellano se exige el desconocimiento de la lengua autonómica y en segundo porque se requiere además que ese desconocimiento se alegue «válidamente».

Comienza el Tribunal por analizar, FJ 3, si el inciso cuestionado vulnera el régimen de cooficialidad lingüística constitucionalmente establecido (art. 3 CE), partiendo para ello de la doctrina constitucional sobre el particular. Su aplicación al caso concreto, FJ 4, le lleva a estimar la cuestión planteada en tanto el precepto impugnado condiciona la traducción o eventual redacción en forma bilingüe de los documentos que enuncia a que se alegue válidamente el desconocimiento del euskera por algún miembro de la entidad local. Sostiene la sentencia que con ello «se

quiebra el equilibrio lingüístico entre las dos lenguas cooficiales al condicionarse el uso del castellano al desconocimiento del euskera, de modo que los derechos de libre opción en materia lingüística de quien representa a los ciudadanos en las entidades locales se restringen de forma injustificada».

Subraya, por lo demás, la indudable paradoja que podría plantearse en la práctica al amparo del tenor literal del inciso cuestionado en tanto «al existir el deber de conocer el castellano por todos los españoles (art. 3.1 CE), en el supuesto de que el ente local hubiera optado porque los documentos redactaran en castellano, difícilmente podría ejercitarse el derecho a la opción lingüística del euskera por quien lo pretendiera, al no poder alegar desconocimiento del castellano (art. 3.1 CE), menoscabándose con ello además del régimen de cooficialidad lingüística (arts. 3 CE y 6 EAPV), la obligación de fomento del euskera como lengua minoritaria, salvo que se tratase de un representante municipal nacional de otro estado de la Unión Europea que haya adquirido la condición de representante en las elecciones municipales».

Por lo demás, sostiene, en reiteración de su propia doctrina, que en nada obsta a su razonamiento y conclusión el acuerdo alcanzado en la Comisión Bilateral de Cooperación entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco. En primer lugar, porque su existencia no alcanza a impedir el pronunciamiento del Tribunal acerca de la vulneración de un precepto constitucional; en segundo, porque «nada dice dicho acuerdo sobre la injustificada condición de alegar el desconocimiento de la lengua para el ejercicio del derecho de opción», limitándose tan solo a interpretar la expresión «alegar válidamente» para eximir de cualquier carga u obligación al respecto. Tampoco queda enervada por la remisión expresa del precepto a lo previsto en la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización y uso del euskera, en la medida en que se ciñe únicamente a asegurar que toda disposición normativa o resolución oficial con eficacia *ad extra* que emane de los poderes públicos sitos en la Comunidad Autónoma del País Vasco esté redactada en las dos lenguas oficiales, sin referirse, no obstante, a los derechos lingüísticos de los miembros de las entidades locales. Del mismo modo, refuta que la Carta europea de las lenguas regionales o minoritarias, hecha en Estrasburgo el 5 de noviembre de 1992 y en vigor en nuestro ordenamiento desde su ratificación el 2 de febrero de 2001, pueda aportar a la constitucionalidad del precepto, «pues como se ha indicado el condicionamiento impuesto para que se traduzcan los documentos a la lengua castellana o para que se pueda utilizar la redacción bilingüe de los mismos, en nada

contribuye a los objetivos y principios que se mencionan en el art. 7.2 de la Carta».

En todo caso, en aplicación del principio de conservación de la norma y de la consolidada jurisprudencia constitucional habida al efecto, los efectos del pronunciamiento se limitan a excluir, FJ 5, tan solo aquella parte del precepto cuya incompatibilidad con la Constitución determina la imposibilidad de efectuar una interpretación conforme a la misma, declarando únicamente la inconstitucionalidad del fragmento «que pueda alegar válidamente el desconocimiento del euskera» del artículo impugnado.

5.2. Seguridad jurídica (art. 9.3 CE)

Tres son las sentencias de este período que examinan la posible infracción del principio de seguridad jurídica que establece el art. 9.3 CE. Son las SSTC 106/2022, de 13 de septiembre; 16/2023, de 7 de marzo; y, 62/2023, de 24 de mayo.

La primera de las resoluciones citadas se dicta en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra los apartados décimo y decimonoveno del artículo 2 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, y se da una nueva redacción a los arts. 94 párrafo cuarto y 156 párrafo segundo CC. No aprecia vulneración del principio constitucional de seguridad jurídica por la expresión «incurso en un procedimiento penal iniciado» que incorpora la nueva redacción del art. 94 CC. Frente a la estimación de los recurrentes acerca de que no existe un concepto legal que describa la situación de «estar incurso en un proceso penal», sostiene el Tribunal, FJ 5 c), que el reproche se centra en un defecto de técnica legislativa frente al que ha de detenerse el control de constitucionalidad, pues conforme a doctrina constitucional consolidada el principio de conservación de la ley opera de freno en este ámbito.

Subraya además la sentencia que «los propios recurrentes, pese a afirmar de modo genérico que la indicada expresión «aboca a una incertidumbre insuperable», sostienen que «incurso en un proceso penal iniciado», puede tratar de excluir los supuestos en los que no se haya resuelto sobre la denuncia o querella», de donde cabe concluir que «al margen de las dudas interpretativas que los recurrentes atribuyen al precepto, no está en entredicho la previsibilidad y certeza de la norma».

Destaca el Tribunal, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la interpretación judicial derivada del empleo de fórmulas más o menos imprecisas en las leyes, que «en todo caso, la naturaleza de las medidas restrictivas de derechos contenidas en la norma cuestionada y su interpretación sistemática, permite afirmar que si la autoridad judicial decidiera la suspensión del régimen de visitas, respecto del progenitor denunciado o querellado que hubiera sido imputado por cualquiera de los delitos que el párrafo cuarto del art. 94 CC señala, habrá de hacerlo mediante una resolución motivada, en la que valore la relación indiciaria del progenitor con los hechos delictivos que han dado lugar a la formación del proceso penal». Por todo ello descarta la vulneración denunciada del principio de seguridad jurídica *ex* art. 9.3 CE.

Las otras dos sentencias constitucionales habidas al respecto durante este período se centran en el principio de seguridad jurídica tributaria. De un lado, la STC 16/2023, de 7 de marzo, FJ 8, resuelve la alegada infracción del principio por la simultánea entrada en vigor de dos reformas que afectaron a la disposición adicional decimocuarta de la Ley 19/1994, de 6 de julio (efectuada una por el Real Decreto-ley 12/2021, de 24 de junio, y la otra por Ley 11/2021, de 9 de julio), ambas de contenido idéntico pero distinta eficacia retroactiva en cuanto a sus efectos jurídicos. Proyectando la asentada doctrina constitucional sobre el precepto impugnado concluye el Tribunal que no cabe apreciar contradicción con el principio de seguridad jurídica, entendido como claridad y certeza del Derecho. Si la modificación operada por el real decreto-ley se refiere de forma expresa a los períodos impositivos que se inicien durante 2020, la sancionada por la ley se produce, en cambio, en relación con el ejercicio fiscal de 2021. Son, pues, «dos normas de idéntico tenor pero con distinto ámbito temporal para la aplicación de la deducción fiscal correspondiente, por lo que no se produce incertidumbre sobre la previsibilidad de sus efectos y, en consecuencia, no cabe considerar producida una vulneración del art. 9.3 CE».

La STC 62/2023, de 24 de mayo, resuelve, de otro, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Xunta de Galicia contra el apartado tercero del art. 3 y el apartado cuarto de la disposición transitoria primera de la Ley 11/2021, de 9 de julio, en el marco de la controversia planteada en relación con los pactos sucesorios y, en concreto, con la apartación o apartamiento como institución propia de los usos y costumbres de Galicia. Conforme al régimen transitorio que impugnan los recurrentes, la nueva redacción del párrafo segundo del artículo 36 de la Ley

35/2006, de 28 de noviembre, relativo a las adquisiciones lucrativas por causa de muerte derivadas de contratos o pactos sucesorios con efectos de presente, será de aplicación a las transmisiones de bienes adquiridos por esta vía siempre que se efectúen con posterioridad a la entrada en vigor de la modificación legislativa.

Sostiene la recurrente que con ello se vulnera el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE al obligar al causahabiente a tributar en el IRPF por una transmisión cuya fiscalidad estaba ya «cerrada» desde el ejercicio en que se hubiera formalizado el pacto sucesorio. Para el abogado del Estado, en cambio, no existe efecto retroactivo alguno al resultar aplicable la ley tan solo a las transmisiones efectuadas a partir de su entrada en vigor.

Tras recordar que conforme a la doctrina constitucional al respecto, sintetizada, entre otras, en la STC 121/2016, de 23 de junio, FJ 4, no existe prohibición constitucional de legislación tributaria retroactiva por carecer las normas tributarias de carácter sancionador, colige el Tribunal la ausencia de cualquier carácter retroactivo en la modificación enjuiciada, en tanto «si la transmisión es anterior al 11 de julio de 2021, momento de entrada en vigor de la Ley 11/2021, no quedará sujeta a la nueva regla». La pretensión de la recurrente de aplicar el régimen vigente cuando se otorgó el pacto o contrato sucesorio no puede acogerse, en cuanto «sería tanto como propugnar que los incrementos de patrimonio (ya sea en el IRPF o en otros tributos que recaen sobre ellos, como el impuesto sobre sociedades o el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana) tributen conforme a las reglas en vigor cuando se adquirieron los bienes y no cuando se enajenan, que es cuando se genera la renta». Se desestima, en consecuencia, el motivo de impugnación, descartando que el apartado impugnado sea contrario al art. 9.3 CE, entre cuyas exigencias no se incluye, conforme a la doctrina constitucional, derecho alguno a la inalterabilidad del régimen fiscal o a la congelación del ordenamiento existente.

5.3. Derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE)

Las SSTC 19/2023, de 22 de marzo, y 44/2023, de 9 de mayo, son objeto de tratamiento específico a continuación en sendos epígrafes de esta crónica. La primera resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia y, subsidiariamente, contra varios de sus preceptos; la

segunda enjuicia la constitucionalidad de diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Ambas resultan especialmente significativas, no solo por abordar el contenido nuclear del derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15) en conexión con el reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), invocando para ello de forma expresa la doctrina de la interpretación constitucional evolutiva, sino por la extensión de su pormenorizado análisis y la controversia en torno de la decisión mayoritaria, especialmente dilatada en el tiempo en relación con la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo[52], y que se ha manifestado en diversos votos particulares en cada caso[53]. Todo ello las hace merecedoras de un tratamiento monográfico propio.

A) *STC 19/2023, de 22 de marzo, y el control de constitucionalidad en relación con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE)*

La STC 19/2023 resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta diputados del Grupo parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (LORE) y, subsidiariamente, contra los siguientes preceptos: arts. 1; 3, apartados b), c), d), e) y h); 4.1; 5, apartados 1 c) y 2; 6.4; 7.2; 8.4; 9; 12 a) apartado cuarto; 16; 17; 18 a) párrafo cuarto; disposiciones adicionales primera y sexta; y disposición final tercera (en relación con el art. 16.1 y con la disposición adicional sexta). Tras descartar la impugnación de vicios formales en su tramitación legal[54] y a partir de la facultad del Tribunal para ordenar el discurso de la resolución según su mejor criterio, examina, en primer lugar, si la configuración, en general, de un derecho legal de prestación de ayuda a morir

[52] El recurso de inconstitucionalidad había sido interpuesto, en este segundo caso, mediante escrito que tuvo entrada en el registro general de este Tribunal el 1 de junio de 2010.

[53] La STC 19/2023, de 22 de marzo, cuenta con voto concurrente de la magistrada Balaguer Callejón. Formulan votos discrepantes, a su vez, los magistrados Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera. La STC 44/2023, de 9 de mayo, cuenta, por su parte, con voto particular conjunto de sentido discrepante formulado por los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla y Tolosa Tribiño, con voto concurrente formulado por la magistrada Balaguer Callejón y con voto discrepante que formula, finalmente, la magistrada Espejel Jorquera.

[54] *Vid*. el epígrafe 3.5.

en contexto eutanásico es conforme con la Constitución; para valorar después, en segundo, si la regulación que alumbra la LORE cumple en su conjunto con las garantías constitucionales que cabe exigir; y analizar, por último, las pretensiones subsidiarias que tienen por objeto preceptos concretos de la Ley impugnados por los recurrentes.

En todo caso, antes de entrar en el examen de las impugnaciones de los recurrentes, cabe destacar que se identifican en la sentencia los cuatro criterios interpretativos a emplear para acotar el alcance del enjuiciamiento constitucional realizado por el Tribunal. En primer lugar, recuerda que su misión, y mucho más en este ámbito tan «extremadamente delicado», FJ 2 a), no es proponer mejores alternativas de la regulación legal en examen, ni valorar su calidad u oportunidad, sino, tan solo, determinar si el legislador ha sobrepasado los límites de la constitucionalidad.

En segundo, incide en el empleo del canon hermenéutico evolutivo, esto es, conforme al FJ 4, en la interpretación constitucional a partir de la «evolución cultural, moral y jurídica» de la sociedad que ha afectado a «los valores asociados a la persona» (su capacidad de decidir en libertad sobre su vida, salud y el final de su existencia) y «ha propiciado una ampliación de los contenidos del derecho fundamental a la integridad física y moral» (art. 15 CE). Sostiene que en un control como este «se debe comprobar si la Constitución […] responde y ofrece cobertura a nuevos derechos». Aludiendo a la necesidad de atender al concreto contexto histórico en que se realiza la interpretación de la Constitución, FJ 6 B) c), invoca, al igual que hará después en la STC 44/2023, la doctrina del Tribunal Supremo de Canadá del *living tree* o árbol vivo con la que se pretende acomodar el texto constitucional, según cita expresa de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9, a «las realidades de la vida moderna», para facilitar su lectura «a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta». Discrepa de ello en su voto particular el magistrado Arnaldo Alcubilla, para quien si bien la realidad social puede conducir a que se manifieste la conveniencia de reconocer nuevos derechos fundamentales, se encuentra prevista para ello la reforma constitucional. Critica la utilización del criterio evolutivo porque la Constitución no es una hoja en blanco que pueda reescribirse sin límites y sostiene que «ni el legislador ni el Tribunal Constitucional pueden sustituir al poder constituyente, erigiéndose en una especie de poderes constituyentes».

Tercero, el Tribunal reitera la necesidad, FJ 6 B) c), de interpretar los diversos preceptos de la Constitución como un todo armónico de acuerdo con el principio de unidad de la Constitución. Acude, por último, como parámetro «especialmente cualificado», FJ 6 B) b), al previsto en el art. 10.2 CE, conforme al cual los derechos constitucionales españoles han de interpretarse de acuerdo con el Derecho internacional de los derechos humanos. Se muestra en desacuerdo con ello en su voto particular la magistrada Espejel Jorquera, para quien ni el Derecho comparado ni el Derecho internacional sustentan el nuevo derecho creado en esta resolución por el Tribunal Constitucional.

La sentencia desarrolla a continuación, en su FJ 4, el contexto normativo y jurisprudencial que ha desembocado en la aprobación de la impugnada Ley Orgánica 3/2021. Aunque reconoce que no hay precedentes en España de control de la constitucionalidad de la eutanasia, subraya la autonomía del paciente y el consentimiento informado como ideas clave de esta evolución. Señala, en particular, como hitos legislativos destacados al respecto, el castigo atenuado de la eutanasia activa directa por el art. 143.4 del Código Penal de 1995 (y la despenalización implícita de la pasiva y la activa indirecta), 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, y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 y ratificado por España en 1999. Hace hincapié, asimismo, en la legislación de varias Comunidades Autónomas que reconocen el derecho a vivir con dignidad el proceso de la propia muerte (cuidados paliativos, documentos de testamento vital —con ese u otro nombre— etc.). Profundiza también, de otro lado, en la evolución de su propia doctrina, con cita del reconocimiento constitucional de un «derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal» dentro del derecho de integridad personal del art. 15 CE (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9), que ha permitido al Tribunal amparar como ejercicio de la integridad personal del paciente su rechazo de tratamientos médicos aunque pueda incluso conducir a un resultado fatal (STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5); y de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recordando, entre otras, las SSTEDH *Pretty v. Reino Unido* (2002), *Hass v. Suiza* (2012), *Koch v. Alemania* (2013 y 2014), *Gross v. Suiza* (2014) y *Mortier v. Bélgica* (2022), cuya doctrina sintetiza en torno a cuatro puntos esenciales: i) el

derecho a la vida no incluye el derecho a morir; ii) el derecho al respeto de la vida privada (art. 8 del Convenio) comprende el derecho a decidir cómo y cuándo poner fin a la propia vida, siempre que la persona sea capaz de decidir libremente; iii) este derecho no es absoluto y debe sopesarse con los intereses concurrentes, sobre todo con las obligaciones positivas de protección del Estado derivadas del derecho a la vida, en particular de las personas más vulnerables; y, iv) los Estados disponen de un amplio margen de apreciación sobre la manera de lograr el equilibrio entre ambos derechos.

A) *Impugnación del conjunto de la Ley Orgánica 3/2021 por motivos sustantivos.* Tras repasar en su FJ 5 el objeto, la justificación y los principales contenidos de la LORE, la sentencia aborda en el FJ 6 la impugnación del conjunto de la ley orgánica por motivos sustantivos y, en concreto, la cuestión fundamental de determinar si la Constitución ampara o no la configuración de un derecho legal a una prestación de ayuda a morir en contexto eutanásico. Pues bien, sostiene el Tribunal que, aunque la vida humana sea no solo el objeto del derecho fundamental enunciado en el art. 15 CE, sino condición de posibilidad del resto de derechos, lo que la sitúa como *prius* de la persona y de todas sus manifestaciones, no cabe sustentar una interpretación del art. 15 CE que le atribuya carácter absoluto e imponga a los poderes públicos un deber de protección incondicional que implique un paradójico deber de vivir, impidiendo, en tal medida, el reconocimiento constitucional de decisiones autónomas sobre la propia muerte en situaciones de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable médicamente constatable y que la persona experimenta como inaceptable. Extrae esta conclusión no solo de su jurisprudencia sobre el derecho a la vida (SSTC 53/1985, 120/1990, FJ 7, y 137/1990, FJ 5), sino también del derecho fundamental a la integridad personal proclamado en el propio art. 15 CE y del respaldo por la jurisprudencia constitucional, sobre su base, de «una cierta disponibilidad de la vida vinculada a la autonomía de la persona» al haberse admitido el rechazo libre e informado de tratamientos médicos al margen de su eventual resultado para el paciente (STC 37/2011, FJ 5).

En este punto, el Tribunal da un paso más allá. En línea con la doctrina de la STEDH *Mortier v. Bélgica* y conforme a una interpretación «sistemática y evolutiva», inserta el derecho a la vida del art. 15 CE en el marco de «una axiología constitucional» que tiene a la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE) y a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de

la paz social (art. 10.1 CE). Y, por eso, afirma, «frente a lo defendido en el recurso, la Constitución no acoge una concepción del derecho a la vida y de la protección del bien vida desconectada de la voluntad de su titular y, por ende, indiferente a sus decisiones sobre cómo y cuándo morir».

En suma, el Tribunal concluye que «la libertad individual para la adopción y puesta en práctica autónoma de decisiones personales privadas e íntimas de profunda relevancia vital goza *prima facie* de protección» a través del reconocimiento constitucional del valor superior libertad[55], de los principios de dignidad[56] y libre desarrollo de la personalidad[57], en tanto fundamentos del orden político y de la paz social, y de los derechos fundamentales íntimamente vinculados a dichos principios, entre los que cobra particular relevancia el derecho a la integridad física y moral en tanto «la facultad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida cristaliza principalmente en el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE)».

Los recurrentes alegaban, en este mismo sentido, que la LORE lesiona los principios rectores de protección de la salud (art. 43 CE), atención a las personas con discapacidad (art. 49 CE) y de la tercera edad (art. 50 CE), como previsiones que, adicionalmente al art. 15 CE, obligan a preservar la vida y la salud y excluyen toda finalidad legítima de la eutanasia, si bien el Tribunal rechaza esta tesis, FJ 6 c), al considerar que la ley orgánica es aplicable a todas las personas que reúnan los requisitos establecidos por el art. 5 de la ley orgánica e introduce la prestación de ayuda para morir «ante lo que bien puede llamarse el fracaso —al cabo ineluctable— de la ciencia médica en sanar al enfermo o aliviar su sufrimiento». Afirma a tal efecto el Tribunal que «mal puede contrastarse esta ordenación legal con un derecho a la protección de la salud del

---

[55] Con cita de su doctrina recuerda el Tribunal que implica «la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias» (STC 132/1989, FJ 6, por todas).

[56] Que recuerda el Tribunal que «se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás» (STC 53/1985, FJ 8; cita en sentido similar, por todas, STC 192/20023, de 27 de octubre, FJ 7).

[57] Que «protege la configuración autónoma del propio plan de vida» (STC 60/2010, de 7 de octubre), radicando su «sentido principal» conforme a la STC 19/2023 «en excluir determinadas trabas o interferencias públicas —acaso también, en algunos supuestos, intervenciones de las llamadas a veces «paternalistas»— que limiten o entorpezcan sin fundamento suficiente un desarrollo personal que la Constitución quiere «libre»: libre, ante todo, de la intervención del Estado».

que no derivan obligaciones para el paciente […] y que tampoco hace buena, o conforme a la ciencia médica, la obstinación terapéutica».

Desde estos cimientos, el Tribunal Constitucional eleva el derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos desde su estatuto de mero derecho legal (LORE) a otro de naturaleza constitucional o fundamental, en la penumbra de los arts 1.1, 10.1 y 15 CE. Lejos de ser interpretado como un límite del derecho fundamental de protección de la vida (art. 15 CE), como solicitaban los recurrentes, se convierte ahora en una facultad exigible al amparo de ese mismo precepto, si bien *ex* apartado relativo a la integridad personal, a fin de «evitar transformar un derecho de protección frente a la conducta de terceros (como es el de la protección de la vida), en una invasión del espacio de libertad y autonomía del sujeto y la imposición de una existencia ajena a la persona y contrapuesta al libre desarrollo de su personalidad carente de justificación constitucional».

Para la STC 19/2023 tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el particular como la previa del Tribunal Constitucional sobre el derecho de autodeterminación corporal de los pacientes avalarían este innovador enfoque. Los votos particulares discrepantes realizan, en cambio, una interpretación diferente, tanto de la constitucional, como de la de Estrasburgo. Ni la doctrina de la STC 37/2011 sobre consentimiento informado resulta aplicable al supuesto de la ayuda a morir, ni de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se deduce, a su juicio, lo que la mayoría del Tribunal sostiene que se infiere. De la doctrina *Mortier v. Bélgica* solo se colige que la despenalización belga resulta conforme al sistema del Convenio de Roma, pero no que de este derive un nuevo derecho fundamental. «No existe un deber jurídico de vivir derivado de ese precepto constitucional [art. 15 CE] (o de cualquier otro), como tampoco un derecho a morir», sostiene en su voto particular el magistrado Arnaldo Alcubilla. La magistrada Espejel Jorquera obvia, a su vez, la doctrina *Mortier v. Bélgica* (2022), considerando que no existe en nuestra Constitución un derecho fundamental equiparable al del respeto a la vida privada del art. 8 del Convenio de Roma, que es al que ha conectado o del que ha derivado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el derecho de autodeterminación corporal en contexto eutanásico. Sostiene, por lo demás, que en tanto el enjuiciamiento de este Tribunal Europeo «no analiza en abstracto las legislaciones de los Estados», sino que se ciñe siempre «a las circunstancias concretas de un caso y a las obligaciones de los Estados en relación al derecho afectado del Convenio», cualquier traslación de su

jurisprudencia «debe ser cuidadosamente matizado para aplicarlo al control abstracto de constitucionalidad de una ley».

En su voto particular concurrente, la magistrada Balaguer Callejón muestra, por su parte, su preferencia por centrar el debate no tanto en torno al contenido y alcance del art. 15 CE y, en particular, el derecho de integridad personal que consagra, sino en relación con el contenido que debe atribuirse «en el momento constitucional presente» a la idea de dignidad humana (art. 10.1 CE), plenamente secularizada, que reclamaría la validez de la ayuda a morir no solo en contexto eutanásico sino también en otras situaciones «donde la autodeterminación de la voluntad se produzca y exprese en condiciones de pleno reconocimiento de la autonomía y libertad personales»[58].

Discrepando de la sentencia de la mayoría, los magistrados Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera opinan en sus respectivos votos particulares que no era necesario crear, en todo caso, un nuevo derecho fundamental, incluso para sostener la validez de la LORE, en tanto de este modo se limitan las opciones políticas futuras de distinto signo político, reduciendo el pluralismo e imponiendo la opción y el modelo de la LORE como el único constitucional posible. El primero denuncia, a tal efecto, la «univocidad a la que conduce la sentencia» y cómo comporta una «concepción excluyente de otra basada en una reinterpretación constructivista de la Constitución de la que se cuelga un derecho fundamental inexistente».

La sentencia concreta rasgos esenciales de este «nuevo» derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos. De un lado, distingue el derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte de la cuestión del suicidio en general, que sigue siendo considerada una mera libertad fáctica, esto es, una «suerte de ámbito libre de Derecho» y no parte del derecho fundamental que «garantiza a la persona inmersa en un contexto de sufrimiento extremo como el aquí considerado 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 concepciones y valoraciones acerca del sentido de su existencia». Es el contexto eutanásico el que permite trazar la radical diferencia.

[58] Alude a la sentencia de la mayoría como marcada por una «secularización interpretativa inacabada», afirmando que la decisión «no consigue desprenderse de una cierta moral». Con cita del concepto de «biopoder» de Michel Foucault, se refiere al control estatal de los cuerpos individuales utilizando sesgos morales y religiosos.

De otro, incluye el deber estatal de no «eludir su responsabilidad en esta materia», como sucedería si se prohibiera la eutanasia, si no hubiera regulación o si, finalmente, no se prestara ayuda a quien quisiera poner fin a su vida en contexto eutanásico. Aunque la sentencia afirma que de ello no deriva «necesariamente un deber prestacional del Estado», sostiene simultáneamente que si este pretendiese permanecer ajeno «a la específica problemática de quien precisa la ayuda de terceros para ejercer de modo efectivo su derecho en este tipo de situaciones», se podría «abocar a la persona a una muerte degradante, y en todo caso haría depender a cada sujeto, a la hora de decidir sobre su propia muerte y llevarla a cabo, de sus específicos y personales condicionantes físicos, sociales, económicos y familiares, resultados ambos incompatibles con los arts. 10.1 y 15 CE». Concluye, en cualquier caso, que el deber público de dotar de eficacia a este «nuevo» derecho de autodeterminación no conlleva, sin embargo, «una exigencia constitucional de permisión total e indiscriminada de la ayuda de terceros a la muerte libre y conscientemente decidida por persona capaz inmersa en un contexto eutanásico». La sentencia parece incurrir en cierta contradicción en este punto, sobre todo al tratar acerca de la relación entre la prestación de ayuda para morir que configura la LORE y el acceso a cuidados paliativos, en cuanto afirma expresamente, FJ 6 D) c) iii), que «circunscribir a los cuidados paliativos las posibilidades médicas de la persona inmersa en una situación extrema de sufrimiento supondría una limitación tal del derecho de autodeterminación que no resulta compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) ni con el derecho a la integridad personal (art. 15 CE)», por lo que «cuidados paliativos integrales y eutanasia activa directa son, en definitiva, mecanismos que desde una perspectiva constitucional y en contextos eutanásicos presentan entre sí una relación no de subsidiariedad, sino de complementariedad o alternatividad».

Por último, el derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contexto eutanásico no es ilimitado, debiendo el legislador, en consecuencia, establecer «medidas de protección suficientes de los derechos, principios y bienes constitucionales que puedan verse afectados por el ejercicio de tal derecho». Es, en definitiva, un derecho fuertemente condicionado, que se somete al cumplimiento de ciertas salvaguardias examinadas por el Tribunal al hilo de las impugnaciones específicas relativas al régimen de garantías administrativas y judiciales.

B) *Impugnaciones específicas relativas al régimen de garantías administrativas y judiciales.* Los recurrentes sostenían que, incluso ad-

mitiendo la validez de la eutanasia en algunos casos, el Tribunal debería utilizar en su actividad de control un estándar exigente de interpretación, el principio de proporcionalidad, porque la eutanasia supone un límite del derecho a la vida. La sentencia no acepta este planteamiento. Su argumentación rechaza, por una parte, el uso de este principio en la medida en que la regulación legal de la eutanasia es una medida para garantizar, precisamente, el ejercicio del citado derecho de autodeterminación corporal respecto de la propia muerte, por lo que no implicaría, en principio, «una injerencia en la vida ni como derecho fundamental ni como bien constitucional objetivo», si bien admite, simultáneamente, por otra, que «la vida podría resultar lesionada en defecto de medidas de protección suficientes para evitar la indebida influencia o el abuso por parte de terceros, sea en la adopción de la decisión relativa a la muerte o en su puesta en práctica».

Utilizando categorías específicamente penales, más que generales en materia de derechos fundamentales, la sentencia afirma que «la situación de sufrimiento extremo y la vulnerabilidad especial de los sujetos afectados exige un alto nivel de protección de la vida, cuya lesión es irreparable», rechazando un juicio de proporcionalidad «por prohibición de exceso», para admitir, en cambio, uno por «prohibición de defecto», de modo que se propone enjuiciar y valorar si el legislador no ha adoptado medidas de protección o si fueran inadecuadas o insuficientes para asegurar el nivel de protección exigido por la Constitución, pero no si pudieran existir otros sistemas más eficaces de protección de la vida. El magistrado Arnaldo Alcubilla se hace eco en su voto discrepante de la contradicción apreciable, a su juicio, entre el anuncio de un estándar de control judicial exigente y la realidad de una interpretación laxa o deferente por parte del Tribunal.

La sentencia fija, por lo demás, los deberes de protección del Estado en este contexto o, dicho de otra manera, los límites del «nuevo» derecho a la eutanasia y el suicidio asistido. Cualquier regulación legal al respecto tiene que partir de la voluntad libre y consciente de una persona capaz, «lo que exige la articulación de mecanismos suficientes para garantizar el carácter informado, reflexivo, estable y ajeno a coacciones de una decisión tan trascendental», FJ 6 D) b) i), en claro paralelismo, por lo demás, con la jurisprudencia del propio Tribunal sobre el derecho al consentimiento informado como presupuesto y garantía del derecho de integridad personal (art. 15 CE) y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asunto *Mortier v. Bélgica*).

En todo caso, la sentencia marca distancia al advertir de que la doctrina *Mortier* solo se emplea «a efectos orientadores». La jurisprudencia de dicho Tribunal «no es parámetro directo de constitucionalidad», siendo diferentes las circunstancias del asunto *Mortier v. Bélgica* (se trataba de una paciente con una enfermedad mental, una depresión grave), así como las regulaciones belga y española (en España hay verificación previa y en Bélgica no). Pese a ello, resulta indudable el peso de la doctrina *Mortier* en la decisión del Tribunal español, que requiere un marco normativo garantista que garantice la plena libertad de la decisión del paciente, una práctica que respete el marco legal y un control posterior (que será penal solo en los casos con circunstancias sospechosas, no siempre). Aplicando esta metodología al caso concreto, el Tribunal Constitucional considera, FJ 6 D) c) i), que la opción legislativa por la configuración en nuestro ordenamiento de la prestación de la ayuda a morir como un derecho público subjetivo más que como una mera despenalización supone una valoración del legislador «que no puede tacharse de infundada, ni en abstracto ni, en particular, a la luz del concreto sistema de medidas de protección de la vida que establece la LORE».

Dicho sistema, que el Tribunal estima que satisface el deber estatal de protección de la vida, está articulado en torno a cuatro ejes fundamentales: i) La prestación de ayuda a morir solo puede dispensarse con carácter general con el consentimiento informado de una persona capaz de modo libre, voluntario y consciente, dejando a salvo el caso concreto de la incapacidad de hecho que se aborda de forma singular en el FJ 8 de la sentencia; ii) El contexto eutanásico está delimitado con precisión, reduciéndose tan solo a supuestos caracterizados por «una situación de sufrimiento personal extremo por causas médicas graves, irreversibles y objetivamente contrastables»; iii) Se contemplan cautelas de naturaleza procedimental y organizativa, a destacar, el procedimiento administrativo previo y obligatorio para comprobar *ex ante* la concurrencia de los requisitos de acceso a la prestación, la regulación de dos modalidades entre las que cabe optar para su materialización y el hecho de que la LORE haya diseñado también un sistema de control administrativo posterior que habrá de sustanciarse de oficio ante la comisión de garantía y evaluación; y, por último, iv) Se prevé también un régimen de garantías de reclamación administrativa y judicial, así como las eventuales responsabilidades civil, penal y profesional o estatutaria que puedan corresponder por las infracciones de lo previsto en la propia LORE y el mantenimiento de la penalización de la eutanasia cuando se

realice sin cumplir estrictamente los requisitos dispuestos al efecto por la ley orgánica[59].

Tras abordar las cuestiones más generales de la regulación impugnada, la STC 19/2023 pasa a enjuiciar la impugnación concreta de ciertas previsiones específicas de la LORE:

1 *La definición legal de la situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante* [art. 5.1.d) LORE], FJ 6 D) c) ii). La demanda aduce un vicio de falta de calidad y precisión, en tanto la situación definida legalmente sería tan amplia que podría predicarse de cualquier anciano o persona con discapacidad o con algún trastorno mental. El Tribunal desestima este argumento porque la definición legal exige un sufrimiento «constante e intolerable», rasgos que permiten una identificación clínica objetiva. El Tribunal aclara que el «padecimiento» a que se refiere el art. 3 b) es sinónimo de «enfermedad» (según el Diccionario de términos médicos de la Real Academia Nacional de Medicina) y que, por tanto, ha de presentarse siempre como una dolencia o enfermedad somática en su origen, aunque los sufrimientos puedan ser de orden psíquico. El Preámbulo de la LORE es concluyente al referirse al «contexto eutanásico» y aclarar que «debe delimitarse con arreglo a determinadas condiciones que afectan a la situación física de la persona con el consiguiente sufrimiento físico o mental». Se «excluye de raíz», en expresión del Tribunal, «que la LORE, frente a lo que los recurrentes dicen, pretenda o permita incluir entre tales «padecimientos» la «enfermedad psicológica» o, incluso, la «depresión»». Por todo ello colige, en definitiva, que la referencia legal al «padecimiento» resulta de asequible identificación por la ciencia médica y compatible con la seguridad jurídica, aunque contenga un cierto margen de apreciación, respecto al que, en todo caso, la LORE prevé sólidas garantías para evitar eventuales abusos.

2 *Los cuidados paliativos*, FJ 6 D) c) iii). Los demandantes consideran que los términos en que la LORE alude a los cuidados paliativos suponen que el legislador tan solo concede un puro requisito de información sobre ellos a los demandantes de ayuda a morir, sin garantizar, no

[59] La magistrada Espejel Jorquera se pronuncia en su voto discrepante sobre las múltiples omisiones e imprecisiones que cabe apreciar, en su opinión, en la regulación legal, refiriéndose, en particular, al déficit de otras garantías, como, por ejemplo, la necesidad de que participe un psiquiatra o psicólogo clínico en el procedimiento de ayuda a morir.

obstante, su plena accesibilidad y universalización pese a que «pudieran acaso mitigar, de aceptarse por el afectado, los sufrimientos lancinantes y continuos que padece». El Tribunal afirma, a este respecto, que los cuidados paliativos no son una «alternativa» en todos los casos de sufrimiento eutanásico; no lo son, por ejemplo, en el supuesto de los padecimientos graves, crónicos e imposibilitantes en los que no cabe esperar un fallecimiento próximo. Por otro lado, incide en que la eliminación o mitigación del sufrimiento físico no basta para reducir en todo caso el psicológico. La persona puede preferir la ayuda a morir y no los cuidados paliativos. Así pues, aquella no es subsidiaria de estos, sino complementaria o alternativa.

Otra cosa es, añade la sentencia, que el paciente, por carecer de acceso a los cuidados paliativos, se viera incentivado a solicitar una prestación de ayuda a morir. De ahí que la LORE establezca una prestación de necesaria disponibilidad de cuidados paliativos para los que soliciten dicha ayuda. La magistrada Espejel Jorquera, discrepando de la sentencia en este punto, observa que esta no contempla al mismo nivel que la prestación de ayuda a morir un derecho fundamental a los cuidados paliativos e insiste en el «efecto desaliento» que «la presión sobre el paciente terminal» puede producir en el ejercicio de su derecho a la vida a causa, entre otros factores, de la carencia en nuestro país de cuidados paliativos de calidad y universales.

3. *Impugnaciones singulares relativas al régimen de garantías administrativas y judiciales*, FJ 7, tales como que la comunicación médica favorable a la prestación de ayuda a morir no requiere motivación y no se prevé reclamación frente a ella (el Tribunal afirma, en cambio, que esta posibilidad existe, tanto por parte de la comisión de garantía y evaluación como de los tribunales); que el control judicial se prevé expresamente solo frente a las decisiones de la comisión que deniegan la prestación, pero no respecto de las que la reconocen (la sentencia observa que esto no excluye, en todo caso, su control judicial); que el plazo entre la autorización por la comisión de garantía y evaluación de la prestación de la ayuda a morir y su puesta en práctica es demasiado breve, siete días naturales, y no se prevé la suspensión cautelar de sus efectos, lo que impediría de hecho una posible impugnación judicial (tampoco el Tribual estima este argumento porque el plazo de siete días no es para la «realización» de la eutanasia, sino para su «facilitación» por parte del director del centro médico respectivo y, además, la eventual impugnación sí podría tener efectos suspensivos, aplicando la normativa procesal

general) [60]. Se recurre también, en fin, la calificación legal de la muerte en estos casos como muerte «natural». El Tribunal no aprecia tacha de constitucionalidad alguna porque, afirma, se trata de una ficción legal, de una presunción *iuris tantum*, según la que toda prestación de ayuda a morir se desarrolla, en principio, con plena conformidad a la LORE, de modo que la muerte por este medio no dará lugar siempre a una investigación penal, sino, al revés, solo cuando concurran fundadas sospechas de criminalidad.

4 *Régimen aplicable a personas con incapacidad de hecho*, FJ 8. La sentencia sostiene que en este caso particular las garantías legales que aseguran la capacidad, consentimiento y libertad del paciente no se «relajan» a criterio del médico responsable, como aducen los recurrentes, sino que se restringen, porque solo podrá reconocerse el derecho a la prestación y practicarse la ayuda a morir si aquel ha prestado antes su consentimiento a través de un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, en ese sentido, según la respectiva legislación autonómica. El Tribunal observa, en apoyo de su tesis, que esta situación también se conocía ya para casos de limitación de esfuerzo terapéutico (o eutanasia pasiva), de modo que no concederlo ahora para los pacientes que no reúnan las condiciones para esta sería discriminatorio hacia ellos, incidiendo en que tampoco son válidas ponderaciones cautelares por su parte sobre posibles abusos en la aplicación de la LORE. Afirma, por lo demás, que la definición legal de la incapacidad de hecho es suficientemente precisa y se hace, además, a partir de un protocolo de actuación aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, de cuya constitucionalidad no es lícito dudar.

La sentencia considera que la prestación de consentimiento a través del documento de testamento vital, u otro de nombre, contenido y función similar, no es susceptible de tacha de inconstitucionalidad porque no se permite el consentimiento por representación, sino que es el propio interesado quien consiente; porque no es un documento indeterminado; porque ha de prestarse de forma libre, voluntaria y consciente por persona capaz; y, finalmente, porque la idea de que tal documento podría con-

[60] El magistrado Arnaldo Alcubilla sostiene en su voto particular discrepante que tanto el posible control judicial de las decisiones de la comisión que reconocen la prestación como la argumentación del Tribunal sobre el plazo breve de siete días naturales son, en realidad, interpretaciones conformes que deberían haber sido llevadas al fallo.

trariar la voluntad actual del paciente incurso en la situación de incapacidad de hecho «es inconsistente» en tanto ya no está en pleno uso de sus facultades y ha podido revocar el documento en cualquier momento anterior.

Por último, el Tribunal analiza si la previsión legal de que la prestación de ayuda a morir sea presentada en este supuesto por el médico que trata al paciente (que, se aclara, no es el «médico responsable», sino el médico que lo asiste), accediendo, por tanto, al registro de su testamento vital, lesiona su intimidad personal o el derecho a la protección de sus datos de carácter personal, concluyendo que no porque fue el paciente y no el médico quien en su día otorgó tal documento habilitando a un tercero para trasladar la voluntad previamente manifestada por él, no la de quien presenta propiamente la citada solicitud, que es personalísima.

En su voto particular discrepante, el magistrado Arnaldo Alcubilla observa que las regulaciones autonómicas sobre testamento vital, o nombre similar, no establecen, a su entender, garantías suficientes de capacidad, información previa y precisa de los cuidados paliativos alternativos y que cuando transcurre mucho tiempo entre el otorgamiento del documento y la realización de la eutanasia, tampoco existen garantías del mantenimiento en firme de la decisión de ser ayudado a morir, ni se sostiene el consentimiento informado porque la ciencia médica ha podido variar mucho. Sugiere, en este sentido, la introducción legal de algún mecanismo de reafirmación periódica del consentimiento. En cualquier caso, propone dotar de mayor seguridad jurídica a la prestación de ayuda a morir en el supuesto de la incapacidad de hecho.

5. *Impugnaciones específicas de determinadas remisiones de la LORE en orden a su aplicación*, FJ 9. Examina el Tribunal si la ley orgánica ha incurrido en ciertas deslegalizaciones reprochables al remitir la concreción de algunos criterios, en concreto, sobre la situación de incapacidad de hecho, a protocolos aprobados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, y sobre la homogeneización de criterios y el intercambio de buenas prácticas en el desarrollo de la prestación de eutanasia en el Sistema Nacional de Salud, a reuniones anuales celebradas por el Ministerio de Sanidad y los presidentes de las comisiones de garantía y evaluación, concluyendo que no se trata de materias reservadas a la ley orgánica u ordinaria, sino de colaboración reglamentaria, sin que quepa apreciar insuficiente determinación legislativa que pudiera llevar a constatar un vicio de falta de calidad de la ley, ni remisión en

blanco alguna a la administración para regular elementos centrales de la prestación eutanásica.

6. *Régimen de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios*, FJ 10. La sentencia recuerda su doctrina general sobre el particular, incidiendo en que no existe un derecho fundamental, bajo la libertad ideológica del art. 16.1 CE, a sustraerse, por imperativos de conciencia, de cualesquiera deberes jurídicos, lo que «constituiría un inconcebible, por absurdo, poder de veto individual frente a la legislación y «la negación misma de la idea de Estado» (STC 161/1987, de 27 de octubre, FJ 3)». Cuestión distinta es que «el legislador pueda o, incluso en algunos casos deba, reconocer el carácter moralmente controvertido de ciertas decisiones normativas sobre asuntos vitales» y, en consecuencia, prevea la objeción de conciencia frente a ellas.

Sobre la regulación de la objeción de conciencia en la LORE, el Tribunal examina dos puntos. Primero, si hay contradicción en el hecho de que la definición legal de la objeción sanitaria tenga rango de ley orgánica [art. 3 f)] y su regulación, en la Disposición final tercera, no. Asegura que la regulación de la objeción de conciencia, en la medida en que no es un derecho fundamental, no requiere regulación mediante ley orgánica y esto se demuestra también en el hecho de que la única objeción expresamente citada en el texto constitucional, frente al servicio militar (art. 30.2 CE), no es materia de ley orgánica. Sostiene, en consecuencia, que no hay contradicción alguna. Sí la aprecian, en cambio, los dos votos particulares discrepantes de los magistrados Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera. Para el primero, si la objeción de conciencia no se considera derecho fundamental, su regulación debiera ser de ley ordinaria en los dos casos; y si se califica de fundamental, de ley orgánica.

Segundo, si la necesidad de inscribirse en un registro *ad hoc* puede vulnerar la objeción de conciencia y otros derechos. Concluye que no, porque «no carece de sentido, a estos efectos, el que las administraciones sanitarias deban conocer con qué profesionales no se cuenta, de principio, para implicarse directamente en la realización de la prestación (art. 16.1, párrafo primero)». La previsión de estos registros, sostiene, «tiene una finalidad objetiva en absoluto reprobable en derecho, como es la de «facilitar la necesaria información a la administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir» (art. 16.2)». En todo caso, la inscripción no supone declarar sobre las propias creencias (prohibido por el art. 16.2 CE), ya que el ejercicio de la objeción no puede, por su naturaleza, permanecer en la

esfera íntima del objetor en tanto se trata de la exención de un deber legal. Por último, afirma el Tribunal que presumir que de la inscripción pudiera derivarse algún tipo de discriminación para los objetores, es una afirmación sin base jurídica alguna, en la que no cabe fundar queja de inconstitucionalidad.

B) *STC 44/2023, de 9 de mayo, y el control de constitucionalidad en relación con la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*

Por STC 44/2023 se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por setenta y un diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso, contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en concreto, los arts. 5.1 e), 8 *in limine* y letras a) y b), 12, 13.4, 14, 15 a), b) y c), 17.2 y 5, 19.2 y la disposición final segunda, por la que se modifica, a su vez, 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[61].

La sentencia identifica cuestiones constitucionales comunes a varios motivos, susceptibles de ser calificadas como «nucleares o sustanciales» para la resolución del recurso de inconstitucionalidad: «En primer lugar, la compatibilidad con la Constitución de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en su conjunto plasmada en la Ley Orgánica 2/2010, a través del denominado sistema de plazos […] y, en segundo lugar, de manera más específica, la compatibilidad con la Constitución de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras catorce semanas de gestación en los términos previstos en el art. 14 de la ley […] que los recurrentes tachan de inconstitucional por considerar que el Estado renuncia a proteger la vida prenatal y otorga prevalencia a la nuda voluntad o el mero deseo de la madre, prescindiendo de la existencia de una situación de conflicto y de la debida ponderación de los valores en conflicto, exigida por la jurisprudencia de este tribunal.»

[61] En su voto particular la magistrada Espejel Jorquera discrepa de la composición del Tribunal que ha resuelto este recurso de inconstitucionalidad en tanto cuatro de sus miembros, ella incluida, desempeñaron cargo público en ejercicio del cual formaron criterio previo, con conocimiento del objeto del proceso, con posible detrimento de la debida imparcialidad.

Fijadas las cuestiones constitucionales nucleares a resolver, la sentencia desarrolla, FJ 2, unas consideraciones previas acerca del alcance del control de constitucionalidad de las leyes que corresponde al Tribunal, las pautas interpretativas aplicables y diferencias del presente recurso con el que fue objeto de control constitucional por la STC 53/1985, de 11 de abril. Recuerda la sentencia que la Constitución es un texto abierto de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo, de acuerdo, por otra parte, con la consagración del pluralismo político como uno de los valores superiores del ordenamiento constitucional (art. 1.1 CE), correspondiendo al Tribunal tan solo fijar los límites dentro de los cuales puede el legislador democrático libremente convertir en ley sus opciones políticas e ideológicas. Por lo demás, destaca la sentencia, como pautas interpretativas aplicables, la necesidad de interpretar la Constitución atendiendo al concreto contexto histórico y a través de una interpretación evolutiva, en tanto «árbol vivo», acomodándose a las realidades de la vida moderna puesto que el texto constitucional no contempla todos los supuestos y el legislador va actualizando los principios paulatinamente, lo que supone que el control de constitucionalidad de esos ajustes dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual[62]. Y ello tomando siempre en consideración el principio de unidad de la Constitución, es decir, «la relación e interdependencia de los distintos

[62] En su voto particular discrepante los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla y Tolosa Tribiño insisten en que el control de constitucionalidad no se proyecta sobre «modelos» legales, entendidos como opciones políticas que cada legislador plasma en leyes, sino sobre concretos textos legislativos, insistiendo en que la Constitución no solo impone límites al legislador sino también al Tribunal Constitucional, ni uno ni otro pueden erigirse en poderes constituyentes alternativos, debiendo respetar la rigidez de las normas constitucionales. También la magistrada Espejel Jorquera denuncia el desbordamiento que se produce, a su juicio, de la función de control que corresponde al Tribunal, mostrándose en desacuerdo con la «creación de un supuesto derecho fundamental a la autodeterminación de la interrupción voluntaria del embarazo, [que] no sería posible en cuanto contradice, lesiona o atenta contra un bien constitucionalmente protegido, como es la vida del *nasciturus*». La magistrada considera, «que sobre la base de la pretendida evolución de la realidad social aludida en la sentencia que, como he expuesto, se contempla de un modo fragmentario que excluye otras posiciones jurídicas, con apoyo en textos que no tienen fuerza vinculante y en jurisprudencia europea, que se analiza de forma incompleta y parcial, y se ignora que el cauce para acomodar las previsiones de la Constitución a la realidad social en esta materia no puede ser otro que el de la reforma constitucional, ya que el supremo intérprete de la Constitución española no puede en modo alguno modificarla creando derechos inexistentes, con suplantación del poder constituyente».

elementos del texto constitucional, que habrán de interpretarse como un todo armónico».

Hace hincapié, asimismo, en las diferencias entre el objeto del presente recurso de inconstitucionalidad y el resuelto por la STC 53/1985, recordando que no constituye parámetro de control de constitucionalidad para el Tribunal en tanto en su labor tan solo está sometido a la CE y a la LOTC (art. 1.1 LOTC). Mientras que aquella sentencia fue dictada en el marco de un recurso previo de constitucionalidad contra un proyecto de ley orgánica penal que tenía por objeto despenalizar determinados supuestos concretos de aborto, esta tiene por objeto una regulación orgánica que regula la interrupción voluntaria del embarazo como derecho de la mujer y, correlativamente, como prestación sanitaria, fuera del Código penal y a través de una ley específica[63].

En todo caso, tras incidir en la evolución de los consensos jurídicos sobre el aborto en el ámbito comparado y en cómo la posición social y jurídica de la mujer en nuestra sociedad ha encontrado reflejo en el tratamiento normativo de la cuestión, concluye el Tribunal que no puede trasladarse sin más la doctrina de la STC 53/1985 al presente recurso, exigiendo el enjuiciamiento constitucional actual una «nueva perspectiva» que «ha de partir de la afectación existencial que el embarazo supone para la mujer y su incidencia en sus derechos constitucionales, que el Estado debe respetar en todo caso al articular la protección de la vida prenatal».

A continuación, habida cuenta de la queja de los recurrentes de ausencia de ponderación de valores y bienes constitucionales en conflicto y de desprotección de la vida del *nasciturus*, la sentencia, FJ 3, procede a determinar el marco constitucional aplicable al recurso concreto, esto es, los derechos fundamentales y bienes constitucionales vinculados con la interrupción voluntaria del embarazo. Subraya que esta última genera una tensión interpretativa entre el ejercicio de los derechos de la mujer, en concreto, su dignidad como persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE), así como su derecho fundamental a la integridad física

[63] Sostienen en su voto particular los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla y Tolosa Tribiño que el Tribunal debe tomar en consideración su doctrina precedente, «de la que puede apartarse, ciertamente, pero no de forma encubierta, sino expresa, y dando cumplida razón de ese cambio de doctrina». Recuerdan a tal efecto que la doctrina de la STC 53/1985 ha sido invocada en numerosas SSTC posteriores, alguna tan reciente como la STC 66/2022, de 2 de junio. Tampoco comparte las consideraciones de la sentencia al respecto la magistrada Espejel Jorquera, para quien resulta «incongruente señalar que la doctrina de la STC 53/1985 no resulta aplicable, para después citarla de forma fragmentaria en otros puntos de la resolución, llegando finalmente a conclusiones dispares de las que se extraen de la misma».

y moral, y, de otro lado, la protección de la vida prenatal, calificada de forma expresa como bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 CE en la STC 53/1985, FFJJ 5 y 7. En este contexto, corresponde al control constitucional examinar si las normas recurridas responden a una correcta ponderación entre los citados derechos constitucionales de la mujer embarazada y el deber del Estado de proteger la vida prenatal.

Por la afectación existencial que supone el embarazo para la mujer, su libertad de procreación y el impacto que supone sobre su proyecto vital, el TC considera que el legislador está obligado a reconocer un ámbito de libertad en el que la mujer pueda adoptar razonablemente decisiones y hacer elecciones libres y responsables sobre la continuación o no de su gestación, sin violencia, coacción ni discriminación, con respeto a su propio cuerpo y proyecto de vida. Así lo exige el respeto al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a su integridad física y moral (art. 15 CE), en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10.1 CE).

Sostiene, en tal sentido, que no solo el libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado si se impusiera a la mujer gestante, en términos absolutos, la culminación del propio embarazo y el consiguiente alumbramiento, sino que, además, el embarazo y el parto, aun cuando no presenten complicación adicional de ninguna clase, generan por sí mismos una afectación relevante de su integridad física, condicionando, asimismo, desde una vertiente moral o espiritual, su plan de vida debido a las obligaciones que, *de facto* y *de iure*, derivan de la maternidad. Colige por ello que una regulación que imponga a la mujer gestante una obligación de culminar el embarazo al margen de sus facultades decisorias y con independencia de la fase de gestación en la que se encuentre, equivaldría a la imposición de una maternidad forzada y supondría una instrumentalización de la persona contraria al art. 15 CE[64].

Respecto de la vida prenatal como bien constitucionalmente protegido y límite a los derechos de la mujer vinculados con la interrupción voluntaria del embarazo, reitera la doctrina constitucional inequívoca,

[64] Para los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla y Tolosa Tribiño, la sentencia se sitúa con ello «fuera de los márgenes del control de constitucionalidad que a este tribunal corresponden, pues reconocer derechos fundamentales es una potestad del poder constituyente, no de los poderes constituidos y, por tanto, no lo es del Tribunal Constitucional». El voto particular de la magistrada Espejel Jorquera denuncia, asimismo, la construcción al efecto de «un pseudoderecho fundamental de la mujer a la autodeterminación de la interrupción voluntaria del embarazo».

acorde a los tratados internacionales ratificados por España, por la que el derecho a la vida proclamado por el art. 15 CE «corresponde exclusivamente a quienes han nacido y cuentan, por el hecho del nacimiento, con personalidad jurídica plena, sin que quepa extender esta titularidad a quienes han sido concebidos pero todavía no han nacido» (SSTC 53/1985, de 11 de abril, FFJJ 5 y 7; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 3; 116/1999, de 17 de junio, FJ 4). Corresponde al legislador, en última instancia, determinar el modo en que han de limitarse aquellos derechos constitucionales de la mujer con el fin de tutelar este bien constitucionalmente protegido, si bien respetando, en todo caso, aquel ámbito mínimo de libertad que ha de garantizarse a la gestante para que pueda ejercitar de forma razonable sus derechos. Recuerda a tal efecto el Tribunal, con cita de su consolidada doctrina al respecto, que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean no solo necesarias para conseguir el fin perseguido, sino que ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone, y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial.

Partiendo de este marco constitucional la sentencia, FJ 4, aborda seguidamente el juicio de constitucionalidad del sistema legal de plazos introducido por la Ley Orgánica 2/2010 para la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en sustitución del anterior sistema de indicaciones. Sostiene el Tribunal que el análisis de constitucionalidad de los específicos preceptos impugnados en la demanda no puede realizarse mediante su lectura descontextualizada, sino tan solo tomando en consideración el diseño legal del denominado sistema de plazos, en el que cada fase o período se regula en función del sistema en su conjunto, articulándose un sistema de «tutela gradual» de la vida del *nasciturus* que, paralelamente, supone una limitación progresiva de los derechos constitucionales de la mujer en aras de proteger la vida prenatal. En todo caso, la opción regulatoria es declarada conforme con el texto y la doctrina constitucional, en tanto la restricción impuesta tras la semana catorce de gestación, exigiendo la concurrencia de circunstancias adicionales a la libre voluntad de la mujer para la interrupción legal del embarazo es constitucional por i) obedecer al legítimo fin de proteger la vida prenatal; (ii) ser adecuada y necesaria a tal efecto; (iii) su configuración gradual a la luz del avance de la gestación y el desarrollo fisiológico-vital del concebido y de la afectación adicional o extraordinaria de los derechos constitucionales de la mujer, ajustándose al canon constitucional de proporcionalidad y al modelo gradual de protección de la vida prenatal aco-

gido por la STC 53/1985; y, (iv) llevarse a cabo respetando, en todo caso, la posibilidad de un ejercicio «razonable» de los derechos de la mujer al otorgarle un ámbito temporal en que poder decidir, de manera libre e informada, si continúa adelante con la gestación u opta por interrumpirla, asumiendo de modo consciente y voluntario todas las consecuencias derivadas de su decisión.

Despejadas las dudas sobre la constitucionalidad del sistema de plazos, el Tribunal enjuicia, a continuación, FFJJ 5 y siguientes, la de cada uno de los preceptos impugnados, agrupándolos por su contenido; sintéticamente:

A) *Interrupción del embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación.* A la luz de la doctrina expuesta en el FJ 4 de la sentencia se desestiman en el FJ 5 los motivos de inconstitucionalidad dirigidos contra el art. 14 de la ley orgánica y, por relación con este, contra el art. 17, apartados 2 y 5, en tanto el Estado no «renuncia» a proteger la vida prenatal durante las catorce primeras semanas, sino que pondera los bienes y derechos en función del supuesto planteado, procurando compatibilizarlos y armonizarlos, cuando resulta posible, pero precisando simultáneamente las condiciones y requisitos en que cabría admitir, en caso contrario, la prevalencia de uno de ellos. Subraya el Tribunal la existencia, a tal efecto, de «un cuerpo normativo inequívocamente orientado al cumplimiento del deber de protección de la vida prenatal también durante esta primera fase de la gestación», que resulta «más respetuoso con los derechos de la mujer embarazada que el exclusivo recurso a la sanción penal». Sostiene que el modo dispuesto por el legislador para poner a disposición de la mujer —por escrito y en sobre cerrado— la información pertinente al efecto «está orientado a garantizar que la mujer tenga a su alcance la información más completa que pueda necesitar a la hora de adoptar una decisión que se considera de extraordinaria trascendencia, libre de toda presión externa, con pleno conocimiento de causa y contando con todos los elementos adecuados para formar juicio, incluidos aquellos que pudieran contribuir a subvenir las dificultades de todo orden que el nacimiento de un hijo o hija pudiera plantearle». Se trata de no generar «intromisiones ilegítimas, en cuanto excesivas», en sus derechos fundamentales, pudiendo acceder a información verbal si así lo solicita[65]. La sentencia rechaza, en cualquier caso,

[65] Para los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla y Tolosa Tribiño, al permitir que no se le ofrezca esa información previa «oralmente, en términos claros, objetivos y

inseguridad jurídica alguna en torno a la determinación del *dies a quo* del cómputo por referencia al comienzo de la gestación, en cuanto «término perfectamente acuñado tanto en el lenguaje ordinario, como en el médico-científico y en el legal para referirse al cómputo de las semanas de embarazo» y empleado anteriormente por nuestra legislación.

B) *Interrupción del embarazo por causas médicas.* Aprecia el Tribunal, FJ 6, que la tacha alegada por los recurrentes en relación con el apartado a) del art. 15 de la ley orgánica se asienta sobre una «hipotética o eventual interpretación sistemática del precepto impugnado, que no necesariamente deriva de su dicción literal», sin que el juicio de constitucionalidad pueda ir más allá de determinar si la norma impugnada se opone o no a los mandatos constitucionales. En todo caso, la exigencia en estos supuestos de un riesgo «grave» para la vida o salud de la mujer presupone una afectación particularmente significativa de los derechos de la mujer *ex* art. 15 CE que ha de quedar necesariamente constatada con carácter previo, salvo casos de urgencia por riesgo vital, por un médico especialista, por lo que se desestima también este motivo declarando la conformidad constitucional del precepto[66].

---

comprensibles, si la gestante no lo solicita de forma expresa», no se garantizaría la prestación por la gestante de su consentimiento informado para la práctica del aborto. Discrepa, asimismo, de su suficiencia la magistrada Espejel Jorquera, que sostiene que «para que esa información pudiera considerarse mínimamente eficaz no debía reducirse a un acto protocolario, genérico y de mero trámite. Debería, por el contrario, poseer un carácter individualizado, adaptándose a las características específicas y a las circunstancias y condiciones de cada embarazada y, a partir de ahí, proponer las medidas sociales concretas y efectivas de las que puede ser beneficiaria la gestante.» Frente a ello, «el legislador se asegura de la acreditación documental de la entrega de la información en sobre cerrado, pero no del efectivo conocimiento de la misma por parte de la embarazada y, menos aún, de que esta, antes de tomar una decisión responsable sobre una medida irreversible que va a poner fin por su sola voluntad a la vida del embrión que lleva en su seno, tenga constancia del estado de desarrollo de la gestación, ni de las posibles alternativas en su caso concreto, atendidas a las circunstancias individuales, físicas y psíquicas, de cada solicitante». Sobre este particular sostiene, en cambio, la magistrada Balaguer Callejón que «no es necesaria una información específica con connotación moral. Esa información se recibirá, si la mujer así lo desea, en otro contexto. Ni es necesaria una información reforzada o distinta de la que se facilita para acceder a otro tipo de intervenciones. Porque presuponer lo contrario es asumir la incapacidad de la mujer para tomar decisiones libres sin tutela administrativa, es asumir que la decisión adoptada por la mujer no es definitiva cuando llega al servicio de salud y es necesario reconducirla o confirmarla. Es asumir la falta de autonomía cognoscitiva y moral de la mujer.»

[66] Los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla y Tolosa Tribiño comparten la fundamentación de la sentencia en este punto si bien apuntan a que debió acudirse a una interpretación de conformidad para señalar que el término «salud» empleado por el precepto

C) *Motivos de inconstitucionalidad comunes y específicos a los apartados b) y c) del art. 15 de la Ley Orgánica 2/2010: la indicación embriopática.* La sentencia parte de la doctrina constitucional acerca de la vida prenatal como bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 CE para descartar, FJ 7, los motivos de inconstitucionalidad alegados en relación con este precepto, en el que no aprecia, por otra parte, inseguridad jurídica alguna en cuanto las expresiones cuestionadas por los recurrentes («graves anomalías en el feto», «anomalías fetales incompatibles con la vida» y «enfermedad extremadamente grave e incurable») son susceptibles de definición conforme a la doctrina constitucional sin generar en los destinatarios dudas insuperables acerca de la conducta exigible[67].

Tampoco comparte la interpretación realizada por los recurrentes de la STC 53/1985 o la conclusión que derivan de ella, en relación con la indicación embriopática, para afirmar que al extenderse los mecanismos de protección y asistencia a las personas con discapacidad como ha sucedido a lo largo de estos años no puede fundarse ya la legitimidad constitucional de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en estos supuestos. Se remite el Tribunal al canon de constitucionalidad aplicable a la legislación ahora impugnada para confirmar la legitimación constitucional que encuentra el aborto a causa de riesgo acreditado de graves anomalías en el feto [art. 15 b) de la Ley Orgánica 2/2010] desde la semana catorce hasta la terminación de la semana veintidós de gestación, atendiendo al estado actual de la ciencia, precisamente por la «excepcional afectación de los derechos constitucionales de la mujer que deriva de la detección de tales anomalías en el feto», que «constituye una variable de extraordinaria influencia en la toma de dicha decisión [continuación o no del embarazo], alterando por completo el escenario decisorio previo a la misma». La sentencia afirma que el libre desarrollo de la personalidad, como principio dotado de un

---

solo se refiere a la salud física o psíquica de la gestante, sin que pueda extenderse, en consecuencia al concepto de «salud social» para ampliar en la práctica el plazo del aborto libre de las primeras catorce a las veintidós semanas. En sentido similar, para evitar que la causa «pudiera entenderse referida, no solo al grave peligro para la vida o la salud física o mental de la embarazada, sino también extenderse a un pretendido grave riesgo para el bienestar social de la mujer», se pronuncia en su voto particular la magistrada Espejel Jorquera.

[67] Aunque comparten la conclusión desestimatoria al respecto, los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla y Tolosa Tribiño discrepan de la fundamentación jurídica sobre la base «de ese pretendido nuevo derecho fundamental de la mujer a la autodeterminación respecto de la interrupción voluntaria del embarazo, anclado en el art. 15 CE» por considerarlo un enfoque «inaceptable».

valor preferente por el art. 10.1 CE, experimenta una afectación adicional en estos casos, absolutamente excepcionales, que legitima la concesión a la mujer de un plazo superior a las catorce primeras semanas de gestación para poder llevar a cabo una interrupción voluntaria del embarazo, de manera que pueda tomar en cuenta en su decisión no solo la probable presencia de anomalías fetales graves sino las eventuales consecuencias que podrían implicar para su vida y la de su hijo. En esas circunstancias, «imponer bajo amenaza penal la continuación del embarazo o un parto pretérmino constituye un sacrificio desproporcionado de los derechos constitucionales de la mujer»[68].

D) *Garantía de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo.* Afirma el Tribunal, FJ 8, que el art. 12 de la ley orgánica no incide ni altera la ponderación de derechos y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos efectuada por el legislador, sino que tan solo contiene un mandato dirigido a las administraciones públicas para que garanticen la prestación efectiva de la interrupción voluntaria del embarazo en los términos y condiciones fijados al respecto por la propia ley, afectando, por tanto, al modo en que ha de articularse esta vertiente prestacional en los supuestos en que resulte legalmente admisible. De este modo, al reconocimiento del derecho a la maternidad libremente elegida (art. 3.2) sigue la correlativa creación de una obligación configurada como derecho público subjetivo de carácter prestacional[69]. Por lo demás, sostiene que el inciso que impone, de forma específica, la interpretación de las condiciones legales «en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación» no es sino

[68] Se muestra especialmente crítica con la sentencia en este punto la magistrada Espejel Jorquera, para quien «la imprecisión terminológica y la regulación legal de este supuesto, a mi juicio, además de afectar al principio de seguridad jurídica, comporta una discriminación del no nacido por el hecho de padecer en el momento del diagnóstico, una enfermedad extremadamente grave e incurable, que puede ser detectada una vez transcurridas las veintidós semanas de gestación, cuando ya es susceptible de vida independiente». Sostiene que al remitirse a un supuesto de «enfermedad extremadamente grave e incurable», no sujeto a plazo, permite acabar con la vida de un ser humano viable, lo que no puede justificarse con base en «la extraordinaria afectación» de los derechos de la mujer, pues hay otras opciones de cuidado compatible de madre e hijo con enfermedad grave e incurable, este último bajo protección estatal (art. 49 CE).

[69] Se muestra en desacuerdo con la declaración de su constitucionalidad la magistrada Espejel Jorquera en su voto particular.

concreción de la doctrina constitucional acerca del deber que deriva para los poderes públicos, en particular, el legislador, de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y de la interdicción de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) en relación con la obligación impuesta constitucionalmente a todos los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad, como valor superior del ordenamiento jurídico, sea real y efectiva (art. 9.2 CE).

E) *Objeción de conciencia de profesionales de la administración sanitaria.* Parte el Tribunal, FJ 9, de la configuración constitucional de la objeción de conciencia para subrayar la libertad de configuración de que goza el legislador, dentro de los límites impuestos por la Constitución, para armonizar el derecho del objetor con la garantía de la prestación por parte de los servicios de salud y con los derechos de la mujer embarazada comprometidos en estos supuestos. En tanto excepción a una obligación legal la objeción de conciencia reviste carácter excepcional, debiendo ser objeto de una interpretación estricta, por lo que el Tribunal concluye la conformidad con el texto constitucional de su limitación a los «profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo» afirmando que «más allá de estos casos, la objeción de conciencia no solo carecería de fundamento constitucional, sino que pondría en riesgo extremo la efectividad de la prestación sanitaria que se considera»[70].

Por lo demás, razona la sentencia, el precepto impugnado no limita el derecho a objetar sino que contiene un mandato dirigido a las administraciones públicas sanitarias para que adopten las medidas organizativas necesarias para garantizar la prestación, con la finalidad de compatibilizar el ejercicio de todos los derechos afectados y hacer compatible la objeción de conciencia con las exigencias derivadas de otros bienes y derechos constitucionales a cuya tutela se orienta el deber del que el objetor es eximido.

[70] Para los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla y Tolosa Tribiño solo puede reputarse constitucional el inciso si se interpreta que «incluye a los profesionales sanitarios implicados en las actuaciones previas del proceso que lleva a la práctica del aborto por causas médicas a los que se refieren los arts. 15 y 16 de la Ley Orgánica 2/2010, así como al personal sanitario que prepara el instrumental de la intervención y auxilia al facultativo que la realiza, y que tampoco excluye al personal que pueda tener una implicación ulterior, como los encargados de recoger y destruir los restos derivados de la práctica del aborto». La magistrada Espejel Jorquera denuncia también la «limitación arbitraria del ejercicio del derecho», que evidenciaría, en realidad, «que el mismo se subordina a que no se menoscabe el acceso prioritario de la mujer a la prestación».

Tampoco la obligación de manifestar la objeción anticipadamente y por escrito colisiona, a juicio de la sentencia, con los arts. 16.2 y 18.1 CE. Con cita de la doctrina constitucional aplicable recuerda que el objetor ha de prestar la necesaria colaboración para que su derecho sea efectivo, renunciando, en caso de optar por su ejercicio, a mantener en la intimidad personal sus reservas ideológicas, religiosas o morales hacia la práctica del aborto. El hecho de exigir que se realice en unas determinadas coordenadas temporales y por escrito no constituye una restricción desproporcionada del ejercicio del derecho ni vulnera su contenido esencial, sino que es una condición razonable que se justifica por razones organizativas para asegurar la prestación del servicio que la administración debe garantizar.

F) *Perspectiva de género en la formación de profesionales*. Se cuestionan, por último, los preceptos dirigidos a garantizar, de un lado, entre los objetivos de la actuación de los poderes públicos en sus políticas sanitarias, educativas y sociales, en materia de salud sexual y reproductiva, «la educación sanitaria integral y con perspectiva de género sobre salud sexual y reproductiva» (art. 5.1) y, de otro, que «la formación de profesionales de la salud se abordará con perspectiva de género» incluyendo, en particular, «la incorporación de la salud sexual y reproductiva en los programas curriculares de las carreras relacionadas con la medicina y las ciencias de la salud, incluyendo la investigación y formación en la práctica clínica de la interrupción voluntaria del embarazo» y «la formación de profesionales en salud sexual y salud reproductiva, incluida la práctica de la interrupción del embarazo» (art. 8).

Rechaza el Tribunal, FJ 10, la alegada vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) por la expresión «perspectiva de género», susceptible de ser precisada, conforme a las reglas de interpretación admisibles en derecho, sin gran esfuerzo y sin generar en sus destinatarios dudas insuperables, en cuanto significa, en este contexto, «tener en cuenta las diferentes necesidades de hombre y mujer» en las políticas educativas, sanitarias y sociales, con el objetivo último de garantizar su igualdad real y efectiva.

Tampoco aprecia la vulneración de los arts. 16.1 y 27.3 CE, «pues la introducción de la perspectiva de género en la educación sanitaria sexual y reproductiva, es un enfoque metodológico y un criterio hermenéutico transversal orientado a promover la igualdad entre mujeres y hombres, como parte esencial de una cultura de respeto y promoción de los derechos humanos». Reitera, a tal efecto, que la educación no es mera trans-

misión de conocimientos, sino también formación humana y que «no puede considerarse inconstitucional la transmisión, a través de la educación y a todos los niveles educativos, de ideas o creencias enlazadas con la igualdad entre hombre y mujer, que la Constitución proclama como valor superior del ordenamiento jurídico, y a cuya efectividad ha de dirigirse la actuación de los poderes públicos». Todo ello le lleva a desechar, asimismo, la vulneración del derecho a la libertad de cátedra [art. 20.1 c) CE], en cuanto «la opción del legislador está desprovista de orientación ideológica y no impone a los docentes perspectiva ideológica alguna, más allá del respeto a los valores constitucionales».

Desde la perspectiva particular de los programas curriculares de las carreras de medicina y ciencias de la salud, el Tribunal reitera su rechazo expreso a considerar la autonomía universitaria incompatible con la obligatoriedad de incluir una asignatura en los planes de estudios de una universidad, sin que acoja tampoco la alegación en este punto del derecho a la objeción de conciencia, puesto que este «garantiza al personal sanitario la posibilidad de abstenerse de la intervención directa en la ejecución de abortos», sin que del art. 16 CE quepa derivar, no obstante, una obligación del legislador de extender su alcance al ámbito académico respecto de determinadas asignaturas.

5.4. Participación política (art. 23.2 CE)

La STC 45/2023, de 10 de mayo, FJ 2 d), remite a lo resuelto por el FJ 6 de la STC 134/2021, de 24 de junio, para desestimar también, entre otras cuestiones, las impugnaciones de los apartados segundo y sexto del artículo único del Real Decreto-ley 4/2018, de 22 de junio, relacionadas con la posición de los grupos parlamentarios en la propuesta de candidaturas al consejo de RTVE y el ejercicio del derecho del art. 23.2 CE.

Recuerda el Tribunal, en relación con los reproches de constitucionalidad efectuados al apartado segundo, que su control de la norma recurrida es en abstracto y objetivo. En tal sentido, al regular los requisitos que ha de cumplir una determinada propuesta para ser sometida a su consideración, en nada afecta al régimen de votación de los miembros de la Cámara. Si bien es cierto que reduce la mayoría exigible para la adopción del acuerdo de dos tercios a mayoría absoluta en la segunda votación, la medida obedece a una finalidad legítima, en tanto busca aglutinar el mayor consenso posible respecto a la iniciativa sometida a votación. Su propósito está vinculado, sin duda, en expresión de la STC

134/2021, «con la necesidad de garantizar y preservar el pluralismo político en tanto que valor superior del ordenamiento jurídico y estimular la razonable búsqueda del acuerdo respecto a quienes vayan a ser elegidos por las distintas fuerzas parlamentarias».

En cuanto a la impugnación del apartado sexto, se alega, de un lado, que hurta al Senado su autonomía y el ejercicio de todo control parlamentario con clara injerencia del art. 72 CE, así como, de otro, la correlativa lesión del art. 23.2, en la medida en que los senadores pierden un haz de funciones de control de los medios de comunicación social dependientes del Estado que serían inherentes al ejercicio del cargo para el que han sido elegidos democráticamente. Todos los motivos se desestiman con reenvío, una vez más, a la STC 134/2021, FJ 6, que, en relación con el primero, extendió a la designación del administrador único de la Corporación RTVE las reflexiones realizadas en su momento por la STC 150/2017 acerca de la forma de elección de los miembros del consejo de administración y del presidente de la Corporación RTVE, para considerarlas excluidas de la autonomía garantizada constitucionalmente por el art. 72 CE al reconocer a las Cámaras el establecimiento de sus propios reglamentos.

Igual suerte desestimatoria corren las quejas sobre la infracción de las facultades de control parlamentario del Senado y del derecho fundamental *ex* art. 23.2 CE del que gozan los integrantes de la Cámara. De un lado, la Constitución establece un sistema representativo bicameral con diferencias entre ambas Cámaras que pueden derivar del propio texto constitucional o de la legislación aplicable al caso concreto. La regulación impugnada entra dentro del margen de configuración del legislador, al que compete regular la intervención de las Cortes Generales en la designación en cuestión, de tal manera que, conforme al tenor literal de la tantas veces citada STC 134/2021, «el legislador es libre para, dentro de la regulación relativa a la designación parlamentaria de la dirección del ente, introducir diferencias entre una y otra Cámara, como es el caso, en el que se atribuye un mayor protagonismo al Congreso en un supuesto muy específico». De otro, sostiene el Tribunal, de nuevo por remisión a la STC 134/2021, que solo poseen relevancia constitucional a efectos de la posible vulneración del art. 23.2 CE en su vertiente de derecho al ejercicio o desempeño del cargo público representativo conforme a lo previsto en las leyes, «los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria», recordando, por lo demás, que «la configuración de los posibles modos de articular el control parlamentario es una

cuestión que ha de determinar el legislador, sin que el modo en que lo ha hecho pueda reputarse contrario al art. 23.2 CE, en los términos de la doctrina constitucional».

5.5. Derecho de educación (art. 27 CE)

Las SSTC 34/2023, de 18 de abril, y 49/2023, de 10 de mayo, resuelven sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos, el primero, contra la totalidad de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOE), y, subsidiariamente, contra varios de sus apartados, incisos y preceptos, y, el segundo, contra una pléyade de artículos y dos de las disposiciones adicionales de la misma ley orgánica. La innegable relación entre ambas sentencias, su referencia a una misma reforma educativa y la posición central que ocupa el derecho de educación en los recursos, en relación con otros preceptos, derechos y principios constitucionales alegados, aconseja, a mi juicio, su tratamiento conjunto y único en este epígrafe[71].

En su exposición se debe partir, en todo caso, de la doble dimensión o contenido que la jurisprudencia constitucional ha destacado en el art. 27 CE desde sus primeras resoluciones. Si de un lado regula un derecho de libertad, de otro establece un derecho de prestación frente a los poderes públicos (por todas, SSTC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3, y 188/2001, de 20 de septiembre, o, entre las más recientes, SSTC 191/2020, de 17 de diciembre, FJ 4, y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2). La tensión entre ambas perspectivas, libertad para educar y educarse frente al poder político, como manifestación de las libertades de expresión ideológica y de culto, y de empresa, por una parte, y derecho a obtener del mismo poder un servicio público de educación gratuita, por otra, aboca, necesariamente a un difícil y variable equilibrio. En efecto, este Tribunal ha destacado que no existe un equilibrio óptimo constitucional que excluya cualquier otra alternativa, reafirmando el importante

[71] Remitiendo, en todo caso, a la crónica correspondiente los fundamentos jurídicos donde se dilucidan cuestiones competenciales, en concreto, los FFJJ 9 a 16 de la STC 34/2023, de 18 de abril, que analizan los reproches de constitucionalidad formulados en relación con las competencias del Estado en materia educativa, la ordenación del currículo, la modificación y adaptación del currículo por las comunidades autónomas, las evaluaciones de diagnóstico, las competencias indebidamente reconocidas a las comunidades autónomas, la prueba de acceso a la universidad, las evaluaciones generales y la supervisión del sistema educativo.

margen de que dispone el legislador para configurar el sistema educativo (SSTC 184/2012, de 17 de octubre, FJ 3, o 112/2021, de 13 de mayo, FJ 5, y las allí citadas).

Es desde este prisma que el Tribunal afronta el enjuiciamiento de cada uno de los reproches de inconstitucionalidad formulados a los diversos preceptos, apartados, incisos y disposiciones impugnadas[72], agrupándolos por contenido en función de la faceta específica del derecho a la educación que pudiera verse afectada y su posible relación con otros derechos o principios constitucionales. La evidente necesidad de limitar la extensión de esta crónica aconseja sintetizar al máximo el enjuiciamiento constitucional, realizado sobre la base de la doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, así como de los tratados e instrumentos internacionales ratificados por España en la materia:

A) *Programación de centros, plazas y enseñanza: derogación del criterio de la «demanda social».* Sostiene el Tribunal, STC 34/2023, FJ 3, que el control constitucional objetivo y abstracto que efectúa de las leyes debe llevarle a desechar este motivo, en tanto del precepto impugnado no se desprende que la simple promoción y existencia de plazas públicas suficientes vaya a suponer la denegación de un concierto. Recuerda, en todo caso, que la tutela de derechos fundamentales ante eventuales vulneraciones concretas por los poderes públicos tiene, en nuestro ordenamiento, cauces diferentes (art. 53.2 CE) que no resultan necesariamente en la declaración de inconstitucionalidad de una ley (art. 55 LOTC). Concluye, por ello, que la programación de la enseñanza con el objetivo de garantizar la existencia de plazas públicas suficientes constituye un fin constitucionalmente legítimo que entra dentro del margen de libre configuración del legislador y de las preferencias políticas expresadas en las leyes aprobadas en las Cortes Generales.

La STC 49/2023, FJ 6, desestima una impugnación similar con remisión a este FJ 3 de la STC 34/2023. En todo caso, se recurre en aquella, además del apartado 56, el 8 *bis* del artículo único de la ley orgánica de reforma, referidos a la programación de la red de centros (art. 109 LOE) y a la oferta de plazas escolares de educación infantil (art. 15 LOE), respectivamente. El fundamento de la impugnación es también

[72] *Vid*. el epígrafe 3.4 respecto a la impugnación resuelta por la STC 34/2023, de 18 de abril, FJ 2, en relación con la tramitación y aprobación de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre.

diverso, en tanto se consideran vulnerados en el recurso que da lugar a la STC 49/2023 los arts. 9.2, 27.1, 27.3, 27.5, 27.6 y 27.9 CE, frente a la invocación adicional, además del art. 27 CE, en la demanda que dará lugar a la STC 34/2023, de los arts. 16, 20 y 22 CE. No obstante, pese a las divergencias, el fundamento de la impugnación es el mismo en ambos supuestos: «la preferencia por las plazas escolares públicas en la programación y la supuesta postergación de la enseñanza concertada, particularizada en el caso del apartado 8 *bis* para la escolarización de la población infantil de cero a tres años, aunque en este caso se aduzcan, además de la impugnación de los apartados 1, 3, 5, 6 y 9 del 27 CE, la del art. 9.2 CE». De ahí que concluya el Tribunal que «resultan plenamente aplicables a ambos apartados los razonamientos de dicha sentencia, según la cual la programación de la enseñanza con el objetivo de garantizar la existencia de plazas públicas suficientes es un fin constitucionalmente legítimo que entra dentro del margen de libre configuración del legislador».

B) *Escolarización del alumnado con necesidades especiales.* Las SSTC 34/2023, FJ 4, y 49/2023, FJ 4, desestiman el recurso interpuesto contra aquellos preceptos de la ley orgánica reguladores de esta materia. La primera resolución matiza, en todo caso, que el art. 87, señalado por los recurrentes, regula medidas para garantizar el equilibrio en la admisión de «alumnado con necesidad específica de apoyo educativo», que no es solo el «alumnado con necesidades educativas especiales» (sección primera, capítulo I del título II de la LOE, arts. 73 a 75), sino también el alumnado con altas capacidades intelectuales, con integración tardía en el sistema educativo español o con dificultades específicas de aprendizaje regulados en las secciones segunda, tercera y cuarta del mismo capítulo y título, y en general «los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales», por cualquier razón (art. 71.2 LOE). La escolarización, en cambio, del «alumnado que presenta necesidades educativas especiales», entendiendo por tal «aquel que afronta barreras que limitan» su aprendizaje por razón de su «discapacidad o de trastornos graves de conducta, de la comunicación y del lenguaje» (art. 73.1 LOE), materia a la que se refieren los diputados recurrentes, se regula solamente en el art. 74 LOE, e indirectamente en la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 3/2020.

En todo caso la STC 34/2023, FJ 4, a la que se remite en este punto la 49/2023, FJ 4, subraya, con cita de la jurisprudencia constitucional y

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplicable, así como del Derecho internacional al respecto, que la inclusión «no es simplemente integración de los alumnos con discapacidad en el sistema de enseñanza general», siendo conveniente, como demuestra la propia experiencia del Tribunal, evitar apriorismos y atender a las circunstancias del caso concreto.

Así, aunque es cierto que el art. 74.2 LOE, a que remite la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 3/2020, primera frase, de vigencia inmediata y no diferida hasta la conclusión del plan decenal previsto para que los centros ordinarios cuenten con los recursos necesarios para poder atender en las mejores condiciones al alumnado con discapacidad, solamente contempla que la administración, al resolver las «discrepancias que puedan surgir» en el procedimiento de escolarización de alumnos con discapacidad, tenga en cuenta, además del «interés superior del menor», «la voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo», subraya el Tribunal que la norma no excluye del procedimiento que se haya de diseñar —para el caso de que se planteen las citadas discrepancias— la audiencia de las familias que muestren su preferencia por la educación especial, ni atribuye mayor valor a la opinión de determinadas familias sobre otras. Al establecer que, además del interés superior del menor, la administración ha de tener en cuenta la voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo, no está impidiendo que otros padres y madres presten la debida asistencia a sus hijos e hijas (art. 39.3 CE) ni priva del derecho a la educación al resto del alumnado (art. 27.1 CE).

Para los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla, Espejel Jorquera y Tolosa Tribiño, que formulan voto particular a la sentencia[73], la resolución es, en este punto, formalmente desestimatoria, resultando materialmente interpretativa, en tanto el razonamiento de la mayoría les parece incompatible con el tenor literal de la norma impugnada. Sostienen que «al no anular o al menos trasladar al fallo una interpretación conforme del último inciso del artículo 74.2 mantiene la obligación que el precepto impone a la administración de ponderar la opinión de los padres y además únicamente cuando esta se manifiesta en un determinado sentido (y no en otro, por tanto)», desvalorizando el único criterio a tener en cuenta en estos casos, a su juicio, «que es el de detectar e impo-

[73] Se remiten al voto formulado a la STC 34/2023 en sendos votos particulares formulados, a su vez, a la STC 49/2023, el magistrado Enríquez Sancho, de un lado, y los magistrados Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera, de otro.

ner la defensa del interés superior del menor concernido, sin importar la voluntad de sus padres, su sentido, o la necesidad de atención «muy especializada» (única permitida para centros especiales en la disposición adicional cuarta) o de otro tipo».

La sentencia concluye, asimismo, por lo demás, la constitucionalidad de la disposición adicional cuarta de la ley orgánica. Una interpretación sistemática le permite colegir que la administración, a la hora de valorar qué alumnos o alumnas necesitan de esa atención «muy especializada», debe atender a los criterios contenidos en la misma: esto es, si es la opción de la familia, si lo aconseja el interés superior del menor y si está justificado excepcionalmente en función de las circunstancias concurrentes.

En definitiva, sostiene en este punto el Tribunal, a modo de recapitulación, que «(i) el legislador puede optar por mantener un doble sistema de educación general y especial, lo que no es contrario a la Convención (STEDH *G.L. c. Italia*, antes citada, § 60); (ii) puede también reforzar la educación especial para escolarizar a los alumnos con discapacidad prohibiendo su denegación por consideraciones exclusivamente financieras y considerando la educación especial como la línea excepcional, lo cual es plenamente coherente con los objetivos de la Convención y de la Constitución misma (arts. 9.2, 14 y 49); y (iii) pero ello no debe impedir valorar las circunstancias del caso concreto y dar «la respuesta más adecuada a las necesidades específicas de cada alumno o alumna», como dice la disposición adicional cuarta, primera frase, de la Ley Orgánica 3/2020».

C) *Prohibición de concertar la educación diferenciada por sexos*. Ambas resoluciones versan también sobre la imposición que efectúa la ley orgánica de la coeducación a los centros sostenidos total o parcialmente con fondos públicos y la correlativa exclusión *ex lege* de la percepción de fondos públicos a los que sigan el sistema de educación diferenciada. La STC 49/2023, FJ 9, remite en este punto a lo razonado por la STC 34/2023, FJ 5, que hace hincapié en que la resolución del problema constitucional suscitado no debe entrar a valorar las ventajas o inconvenientes de este tipo de educación desde un punto de vista pedagógico o formativo, dado que se trata de un juicio que no corresponde al Tribunal. Recuerda que «son todas ellas estimaciones sobre la educación más conveniente que, en la medida en que no están plasmadas en preceptos constitucionales, no corresponden a este tribunal, sino a los padres, individualmente, y colectivamente al legislador, al que ya hemos reconocido libertad para configurar el sistema educativo». El voto particular concu-

rrente formulado a esta última por la magistrada Balaguer Callejón discrepa con el tratamiento otorgado por la mayoría a este tipo de educación, por cuanto entiende que la sentencia debió declarar que la educación diferenciada por razón de sexo no es un modelo que tenga cabida en nuestro texto constitucional, debiendo haberse revisado hasta sus últimas consecuencias los «excesos interpretativos» contenidos en las SSTC 31/2018, de 10 de abril, y 74/2018, de 5 de julio, respecto de las que había planteado también, en su día, sendos votos particulares. Sostiene, en síntesis, que «la educación diferenciada por sexo no solo no forma parte integrante de ninguna de las dimensiones de las libertades educativas que consagra el art. 27 CE, sino que, además es contraria a los arts. 9.2 y 14 CE, por desatender abiertamente el mandato de promoción de la igualdad material de las personas, en particular de las mujeres, y por basarse en una causa sospechosa de ser discriminatoria sin que quien la sustenta haya sido capaz de justificar, de forma reforzada, que la educación separada de niños y niñas ni se sustenta, ni genera, ni sostiene un modelo de sociedad basado en la desigualdad de roles y de reconocimiento de estatuto de hombres y mujeres»[74].

Se trata, por tanto, de determinar en sede constitucional si esa libertad de juicio y configuración del sistema educativo que ostenta el legislador para diseñar un modelo educativo en el que quepan opciones pedagógicas de muy diversa índole, con la única exigencia de que no sean contrarias a los derechos constitucionalmente consagrados, le permite excluir de toda ayuda pública a la educación diferenciada por sexos. En su enjuiciamiento el Tribunal analiza, en primer lugar, si la exclusión es contraria a la igualdad o a algunos de los derechos educativos que consagra el art. 27 CE. Considerando que el genérico principio de igualdad no postula la paridad como fin o medio, exigiendo tan solo la razonabilidad de la diferencia normativa de trato [entre otras muchas, STC 71/2020, de 29 de junio, FJ 3 a)], así como que el inciso 1 del apartado 1 de la disposición adicional vigesimoquinta de la LOE especifica que la razón por la que el legislador opta por esta medida es para «favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres», concluye la sentencia que «responde a una concepción ideológica del sistema educativo que, no solo no puede ser tachada de arbitraria, sino que, además, está inspirada en valores constitucionales».

[74] Se remite a esta argumentación en el voto particular formulado, asimismo, a la STC 49/2023.

Tampoco aprecia que vulnere, por lo demás, alguno de los derechos educativos que consagra el art. 27 CE. La exclusión de las ayudas públicas a los centros que impartan educación diferenciada no lesiona la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE), ni el derecho al ideario del centro privado como derivación de la libertad de crear centros docentes (art. 27.6 CE), ni el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos (art. 27.3 CE —derecho que también recoge el art. 14.3 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea—), que «quedan incólumes por la disposición recurrida, que no tiene más alcance que el de no ofrecer ayudas públicas a aquellos centros educativos que opten por un modelo pedagógico que no se corresponde con los valores que el legislador quiere promover». El Tribunal recuerda, en tal sentido, que el derecho a la educación «no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera centros privados, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionadamente, allá donde vayan las preferencias individuales» (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 6).

En definitiva, «la circunstancia de que este modelo de educación sea acorde con la Constitución (SSTC 31/2018, FJ 4, y 74/2018, FJ 4) no conlleva que el legislador tenga el deber constitucional de promoverlo si considera que existe otro modelo pedagógico que también es conforme a la Constitución y se adecúa mejor a los valores superiores del ordenamiento jurídico proclamados en el art. 1.1 CE. La Constitución otorga un margen de libertad de configuración al legislador para que, en el marco que la norma fundamental permita, pueda establecer sus opciones políticas, lo que conlleva incorporar a la ley sus concepciones ideológicas y las medidas para garantizar que sus previsiones tienen eficacia real y efectiva.»

Por todo ello, califica la decisión del legislador de otorgar ayudas públicas únicamente a los centros educativos que no separen al alumnado por su género de opción constitucional legítima, desestimando las impugnaciones realizadas al efecto. Para los magistrados discrepantes, Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla, Espejel Jorquera y Tolosa Tribiño[75], el verdadero objeto del proceso no era resolver si es constitucional o no la decisión de prohibir concertar la educación diferenciada, cuanto si determinar si lo es la decisión del legislador de no «ayudar» —en los términos del art. 27.9 CE— a modelos o sistemas educativos «perfecta-

[75] Se remiten al voto formulado a la STC 34/2023 en sendos votos particulares formulados, a su vez, a la STC 49/2023, el magistrado Enríquez Sancho, de un lado, y los magistrados Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera, de otro.

mente constitucionales» pero que «simplemente no son de su agrado». Razonan *in extenso* sobre la eficacia normativa del art. 27.9 CE, su remisión al legislador y la conexión de su contenido esencial con el pluralismo educativo para concluir que el artículo comprende una obligación de neutralidad: «la interpretación del artículo 27.9 CE que proponemos es simplemente la de la neutralidad de las «ayudas» en él previstas, precisamente en aras del «pluralismo educativo» y político que justifican este precepto y le dan vida, como «contenido esencial» del mismo (art. 53.1 CE)».

D) *Enseñanza y docentes de religión*. Las dos sentencias cuentan con fundamentos jurídicos sobre la enseñanza de la religión (STC 34/2023, FJ 6, y 49/2023, FJ 2). La segunda dedica, además, su FJ 7 a los docentes de esta materia. Pues bien, destaca, en primer lugar, la detallada exposición que realiza la STC 34/2023 de las reformas legislativas y los recursos habidos en relación con la enseñanza de esta materia, que, según señala el Tribunal, muestra que los términos imperativos de la disposición adicional segunda de la LOE cuando dispone que la enseñanza de la religión católica «se ajustará» a los términos del Acuerdo y «se incluirá [...] como área o materia en los niveles educativos que corresponda» y la fuerza normativa del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre las «condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales» garantizada por la jurisdicción contencioso-administrativa y el Tribunal Supremo, colman las garantías derivadas de los arts. 16.3 y 27.3 de la Constitución resultantes de la doctrina constitucional (por todas, SSTC 38/2007, FJ 5, y 31/2018, FJ 6) e invocados por los recurrentes, «a saber, respeto a las convicciones religiosas de los padres de los alumnos y garantía de formación religiosa voluntaria en centros públicos». Recuerda el Tribunal que si en el desarrollo reglamentario de la citada disposición adicional, o en su aplicación a casos concretos, no se respetara lo en ella preceptuado al respecto, el ordenamiento dispone de los medios adecuados para remediarlo, sin que pueda hacerse preventivamente por medio de recurso de inconstitucionalidad, desestimando en consecuencia el motivo planteado sobre el particular.

Los recurrentes cuestionan también, a este respecto, la modificación del apartado 3 de la disposición adicional segunda LOE para sustituir la referencia a las competencias de las autoridades religiosas respectivas en relación con la asignatura religión por la posibilidad de establecer, en el marco de la regulación de las enseñanzas de educación primaria y secundaria obligatoria, la enseñanza no confesional de cultura de las religio-

nes. Señala el Tribunal, STC 34/2023, FJ 6, que en su recurso no reprochan al precepto aprobado por el legislador vicio alguno de inconstitucionalidad, por lo que debe desestimarse el recurso en este punto, aunque aclara que la queja se asienta, en todo caso, sobre una premisa errónea, en tanto si bien la doctrina constitucional ha entendido protegido por el art. 16 CE el derecho de las comunidades religiosas a definir el credo religioso objeto de enseñanza (STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5), «ello no se traduce en la existencia de un derecho fundamental de las confesiones a determinar el currículo, los estándares de aprendizaje y los libros de texto y materiales didácticos, como pretenden los recurrentes. Aunque no opere como canon de constitucionalidad, resulta ilustrativo el hecho de que ni siquiera el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979, acepta la visión de los recurrentes. Su artículo 6 atribuye a la jerarquía eclesiástica únicamente las facultades de «señalar» los contenidos de la enseñanza y formación religiosa católica y de «proponer» los libros de texto y material didáctico relativos a dicha enseñanza y formación. En todo caso, tales preceptos, que han de ser observados por las administraciones educativas por su fuerza vinculante en España, son suficientes para garantizar la vertiente del derecho fundamental en este punto invocada por los demandantes, pues nada hay en la norma impugnada que obste a su plena efectividad.»

No comparte esta fundamentación el voto particular emitido por los magistrados Enríquez Sancho, Arnaldo Alcubilla, Espejel Jorquera y Tolosa Tribiño[76]. Resulta errónea, a su modo de ver, la opinión de la mayoría del Pleno según la cual la queja de los recurrentes se asienta en una premisa errónea, en tanto hasta el momento «de nuestra doctrina se desprendía inequívocamente, al menos hasta ahora, el derecho constitucional de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas a definir y divulgar el credo religioso objeto de enseñanza». Cuestión distinta es, no obstante, a juicio de los magistrados discrepantes, «que la desaparición de esa previsión normativa, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/2020, no pueda merecer censura de inconstitucionalidad, por cuanto ni la derogación de un precepto equivale a la aprobación de otro de contrario tenor, ni el nuevo enunciado del apartado 3 de la disposición adicional segunda de la LOE resultante del artículo único, apartado 78

[76] Se remiten al voto formulado a la STC 34/2023 en sendos votos particulares formulados, a su vez, a la STC 49/2023, el magistrado Enríquez Sancho, de un lado, y los magistrados Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera, de otro.

de la Ley Orgánica 3/2020 (que se limita a permitir la posibilidad de establecer la enseñanza no confesional de cultura de las religiones en la educación primaria y la educación secundaria obligatoria) se opone al derecho de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas a definir el credo religioso objeto de enseñanza constitucionalmente reconocido». Sostienen que la sentencia debió reconocerlo así, sin perjuicio de rechazar la queja de los recurrentes por su carácter preventivo y advertirles de que, en caso de producirse actos concretos de los poderes públicos contrarios a este derecho constitucional, el ordenamiento jurídico establece cauces para reaccionar frente a tales actos lesivos.

La STC 49/2023, FJ 7, aborda, por su parte, la tacha de inconstitucionalidad imputada a la supresión del apartado segundo de la disposición adicional segunda LOE de la atribución a las confesiones religiosas de la propuesta de los docentes de religión por suponer la avocación por el Estado de una potestad que corresponde a aquellas, en infracción del art. 16.1 CE. Para el Tribunal, los recurrentes realizan una lectura incorrecta de la modificación normativa, en tanto esta «únicamente da nueva redacción al apartado primero y al párrafo primero del apartado segundo, dejando inalterado el párrafo segundo de este apartado, cuya eliminación, por error, denuncian. Toda vez que no alegan nada en contra de la nueva redacción, sino de una supresión que no se ha producido, debemos desestimar la queja.»

E) *Educación en valores*. El FJ 7 de la STC 34/2023 se centra, por su parte, en los arts. 18.3, 19.2, 22.3, 25.6 y 7, 33 c) y 35.1 LOE en cuanto incluyen entre los contenidos de la educación la «igualdad» o «perspectiva de género» y la educación «afectivo-sexual». Ello supone incorporar a la educación pública, en opinión de los recurrentes, una «ideología estatal» o «partidista» (la «ideología de género») en la que habrán de ser evaluados los alumnos, no para verificar sus conocimientos sino su «grado de adhesión» a esas «convicciones estatales», aunque puedan ser contrarias a las de sus progenitores, vulnerándose con ello, a su juicio, la neutralidad ideológica del Estado (art. 16 CE) y el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones (art. 27.3 CE) y la transmisión de conocimientos «objetiva, crítica y pluralista» reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (aludiendo, entre otras, a la sentencia *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, § 53).

En primer lugar, subraya la sentencia que «no hay nada en los preceptos recurridos que haga pensar que la «educación para la salud, in-

cluida la afectivo-sexual», que son los términos empleados por los artículos 19.2, 24.5 y 25.6 LOE, se pueda configurar y proporcionar en un sentido diferente al expresado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Si así fuera en algún caso concreto, produciéndose algún abuso, «el ordenamiento tiene las vías adecuadas de tutela para ponerle fin y remediarlo», sin que el recurso de inconstitucionalidad pueda fundarse, a tal efecto, en juicios de intenciones o remediar vulneraciones hipotéticas.

Para el Tribunal la constitucionalidad de los preceptos analizados «se basa en la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y en la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE), que en este concreto ámbito han sido desarrollados por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y en especial en sus artículos 23 y 24 para las políticas en materia de educación».

En cuanto a la «igualdad de género» se menciona en la ley orgánica como principio pedagógico y objetivo a desarrollar en las diferentes etapas educativas, no como área o materia objeto de evaluación, sin que quepa apreciar en la norma precepto alguno que imponga la evaluación y adhesión ideológica al mismo por parte del alumno, como denuncian los recurrentes. Advierte, en todo caso, el Tribunal que si fuera objeto de ocasional debate o transmisión, ello no supondría una vulneración del art. 27.3 CE, en tanto la igualdad en general y, en particular, la de género es «un principio que contiene un juicio de valor, pero ya hemos dicho que la educación no excluye la transmisión de valores (art. 27.2 CE) siempre que sean acordes con la Constitución, como es el caso (arts. 9.2 y 14 CE)». Por todo ello, se desestiman los reproches de inconstitucionalidad formulados sobre el particular.

F) *Derecho a recibir educación en castellano y lengua propia.* Ambas resoluciones se pronuncian sobre el derecho a recibir educación en castellano y en la lengua cooficial correspondiente, remitiéndose la STC 49/2023, FJ 10, a la STC 34/2023, FJ 8, y pronunciándose aquella, además, sobre la designación como «propia» de la lengua cooficial de la comunidad autónoma.

En primer lugar, sobre la posible vulneración por la disposición adicional trigésima octava LOE del art. 3 CE y su interpretación constitucional, sostiene el Tribunal que al reconocer en su apartado 1 el «derecho

de los alumnos y las alumnas a recibir enseñanzas en castellano y en las demás lenguas cooficiales en sus respectivos territorios», difícilmente puede considerarse contraria la disposición adicional al derecho a que el castellano y la lengua cooficial sean ambas lenguas vehiculares, conforme a la consolidada jurisprudencia constitucional al efecto.

Denunciadas por los recurrentes dos omisiones a su juicio inconstitucionales, afirma la sentencia que debe descartarse la primera, relativa a la necesidad de asumir la responsabilidad de «velar» por el respeto a los derechos lingüísticos de los alumnos en el sistema educativo, reconocida por la doctrina constitucional, «puesto que, siendo ciertamente una responsabilidad de origen constitucional, como ya hemos dicho, esa responsabilidad está expresamente atribuida a un órgano de la Administración General del Estado como es la alta inspección en el art. 150.1 d) LOE, incluido ya en el texto original de 2006 y no modificado hasta la fecha, como ya recordó la STC 14/2018, FJ 10 a)». Si la administración autonómica no respetara los derechos de los alumnos y la administración estatal tampoco cumpliera con su deber, el ordenamiento «ofrece a los interesados remedios procesales adecuados, pero ese supuesto incumplimiento no puede servir de base para la anulación de una ley por insuficiencia normativa».

Respecto a la segunda, que invoca la necesidad de efectuar «normativamente […] una programación mínima que exija una proporción razonable entre la lengua oficial y la cooficial», es analizada con mayor profundidad por la sentencia en cuanto mandato efectivamente ausente. Para el Tribunal, «según doctrina constitucional, ya citada, de los arts. 3 y 27 CE no deriva el derecho a recibir las enseñanzas solamente en una lengua, sino el derecho a que tanto el castellano como las cooficiales sean vehiculares en la enseñanza», garantizando la disposición adicional recurrida este derecho constitucional. Afirma que «una presencia razonable del castellano y de la lengua cooficial como lenguas vehiculares en cualquier circunstancia es imprescindible para que exista ese «equilibrio o igualdad» entre lenguas y para que el «derecho» a su utilización como lenguas vehiculares no se vea reducido a una fórmula vacía, sino que se mantenga como derecho real y efectivo», si bien concluye que «la omisión de una fórmula legal que solamente se incluyó en la LOE en el año 2013 no puede conducir a una declaración de inconstitucionalidad», desestimando por ello este concreto motivo de inconstitucionalidad.

La STC 49/2023, FJ 3, analiza, por lo demás, la alegación de que «los apartados 10, 12, 16, 17 y 29 del artículo único LOMLOE, por los que respectivamente se da nueva redacción a los arts. 18, 20, 24, 25 y 36

LOE son contrarios a los arts. 3.1 y 2 CE al designar como «propia» la lengua cooficial de la comunidad autónoma, en contraposición a la asignatura en la que se estudia el castellano, a la que denomina «lengua castellana y literatura», lo que supone considerarla «no propia»». Lo primero que observa el Tribunal es que no en todos los preceptos de la LOE se ha reemplazado el adjetivo «cooficial» por «propia», utilizándose incluso simultáneamente en algunas disposiciones. Constatada esta circunstancia, concluye que se trata de una disputa terminológica que «carece de efecto alguno sobre el régimen lingüístico de la educación, por lo que no puede prosperar, pues la ley emplea «cooficial» y «propia» de forma indistinta, en el sentido de peculiar, característica, o exclusiva de una comunidad autónoma, a diferencia del castellano, que es la lengua compartida por todas (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 14).» Por lo demás, incide el Tribunal en que la preferencia expresada por los recurrentes por que se llame también «lengua propia» al castellano «no es un argumento para sostener la inconstitucionalidad de la opción del legislador, ni siquiera desde la perspectiva de mejor recurso legislativo», reiterando su doctrina acerca de que el juicio de constitucionalidad no es juicio de técnica legislativa, sin que quepa al Tribunal enjuiciar «las intenciones o finalidades del autor de la norma, su estrategia política o su propósito último» (por todas, STC 110/2021, de 13 de mayo, FJ 3). Por ello concluye que «ninguna tacha cabe hacer a la LOMLOE por referirse indistintamente como «propia» o «cooficial» a la lengua que, junto con el castellano, es cooficial en la comunidad autónoma de que se trate».

G) *Actividades complementarias.* Además de las cuestiones tratadas en los epígrafes anteriores, en la STC 49/2023 se formulan motivos de inconstitucionalidad que afectan a otras adicionales. Así, el FJ 5 resuelve el reproche que argumenta que con la modificación del art. 88.1 LOE se impide a los colegios concertados recibir cualquier tipo de aportación por las actividades complementarias, al tiempo que prohíbe que estas puedan formar parte del horario escolar del centro, infringiéndose con ello los arts. 9.2, 27.1, 27.2, 27.3, 27.6 y 38 CE, puesto que, al dificultar el desarrollo de tales actividades, se restringe la libertad de creación y organización de centros, el desarrollo personal del alumnado y el derecho de los padres a elegir la educación para sus hijos.

Comienza el Tribunal por precisar, frente a la alegación de que esta nueva redacción cercena la libertad educativa, que «tanto antes como después de la LOMLOE, las reglas sobre las actividades complementarias son iguales para los centros públicos y los privados concertados,

por lo que no suponen ninguna discriminación entre centros de un tipo y otro». En todo caso, aclara que la demanda parte de una interpretación incorrecta del precepto impugnado, que no impone la gratuidad en todo caso de este tipo de actividades, como razona y colige tanto de su tenor literal como de su interpretación sistemática con otros preceptos relacionados. Formulan voto particular los magistrados Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera para subrayar que, si bien comparten la interpretación dada por la mayoría al respecto, no es posible deducirla con naturalidad del simple tenor literal del precepto impugnado, por lo que debería haber sido llevada al fallo como interpretación de conformidad con la Constitución, para evitar cualquier sombra de duda sobre su eficacia.

Por último, la incidencia que pueda tener, en su caso, sobre la organización por los centros de este tipo de actividades, sobre todo las de carácter estable, la nueva previsión legal de que no pueden formar parte del horario escolar del centro deriva del «amplio margen de configuración» del que goza el legislador en este ámbito, sin que su decisión, que afecta por igual a centros públicos y concertados, vulnere ninguna de las libertades reconocidas en los arts. 9.2, 27 o 38 CE.

H) *Cooperación en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes públicos.* La STC 49/2023, FJ 8, enjuicia la tacha de inconstitucionalidad alegada por los recurrentes en relación con la modificación del apartado cuarto de la disposición adicional decimoquinta LOE. Consideran que la limitación de la cooperación de los municipios con las administraciones educativas autonómicas en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes a los estrictamente públicos es contraria a la libertad de creación y elección de centros docentes (arts. 27.3 y 6 CE) y a la libertad de empresa (art. 38 CE), vulnerando, además, la autonomía local (arts. 137 y 140 CE), puesto que la «cooperación» está conectada con la voluntariedad, no con la imposición.

Razona, de un lado, el Tribunal que «la participación de los municipios, como principales propietarios de suelo público, en la construcción de nuevos centros docentes es una vía más de cooperación en una materia en la que se entrelazan las competencias estatales, autonómicas y locales, como es la materia educativa», por lo que colige que «lejos de vulnerar la autonomía local», la responsabilidad municipal asumida con el reconocimiento de esta competencia propia «es una forma de ejercerla». No aprecia la infracción, en consecuencia, de los arts. 137 y 140 CE.

Discurre, de otro, que la responsabilidad de las administraciones educativas en la programación de nuevos centros educativos alcanza a los de titularidad pública, ya que la creación de centros privados depende, esencialmente, de la iniciativa privada. La ponderación de intereses locales y supralocales en la materia es distinta según se trate de centros promovidos por las administraciones educativas o de centros privados, circunstancia que permite, a su vez, que la realizada por el legislador sea también diferente en uno y otro supuesto. En todo caso, afirma el Tribunal, que «el precepto impugnado no prohíbe que los municipios puedan también ceder suelo para iniciativas docentes privadas como medida de fomento». Sostienen los magistrados Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera en su voto particular que la desestimación de esta impugnación particular se funda de nuevo en una interpretación del precepto de conformidad con la Constitución que debió haber sido llevada al fallo para evitar, con ello, «incertidumbres incompatibles con el principio constitucional de seguridad jurídica».

Con cita de la STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3, el Tribunal infiere, en fin, que «de la misma forma que los arts. 27 y 38 CE no consagran un derecho subjetivo a obtener un concierto educativo, tampoco comprenden el de obtener suelo municipal para la construcción del centro docente», por lo que con remisión a la STC 34/2023, FJ 3, descarta que sea inconstitucional referir la cooperación municipal para la obtención de suelo destinado a nuevos centros docentes a los públicos, por estar amparada en el margen de configuración del legislador.

5.6. Principio de capacidad económica (art. 31.1 CE)

Junto a la STC 17/2023, de 9 de marzo, relativa a los límites materiales del decreto-ley en materia tributaria desde la perspectiva del art. 31.1 CE[77], abordan durante este período la problemática constitucional planteada por el principio de capacidad económica que establece el citado precepto constitucional, las SSTC 62/2023, de 24 de mayo, y 67/2023, de 6 de junio.

La STC 62/2023, de 24 de mayo, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Xunta de Galicia contra el apartado tercero del art. 3 y el apartado cuarto de la disposición transitoria primera de la Ley 11/2021, de 9 de julio. Dedica, en concreto, sus FFJJ 4 y 5 al reproche de

[77] *Vid*. el epígrafe 3.1 B).

inconstitucionalidad formulado por los recurrentes contra el apartado 3 del art. 3 de la citada ley por considerarlo contrario al art. 31.1 CE al modificar el tenor literal del art. 36 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio, e incorporar a su enunciado un segundo párrafo conforme al que «en las adquisiciones lucrativas por causa de muerte derivadas de contratos o pactos sucesorios con efectos de presente, el beneficiario de los mismos que transmitiera, antes del transcurso de cinco años desde la celebración del pacto sucesorio o del fallecimiento del causante, si fuera anterior, los bienes adquiridos, se subrogará en la posición de este, respecto al valor y fecha de adquisición de aquellos, cuando este valor fuera inferior al previsto en el párrafo anterior».

Sigue a la exposición por el FJ 4 de la reiterada y consolidada doctrina constitucional sobre el principio de capacidad económica, la prohibición de confiscatoriedad y la igualdad ante la ley, su aplicación concreta a la controvertida regla del impugnado apartado 3 del artículo 3 de la Ley 11/2021. A resultas de la reforma, el régimen fiscal en el IRPF de los contratos o pactos sucesorios en los que concurran las circunstancias indicadas por el precepto se asimila al que tienen las transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* (donaciones), equiparación legítima y constitucional, según el abogado del Estado, al margen de la finalidad con que se haga el contrato o pacto sucesorio, en tanto despliega sus efectos en vida del causante y ello justificaría el tratamiento que recibe tras la modificación normativa operada por Ley 11/2021. Para la Xunta de Galicia, en cambio, el legislador parece partir de la presunción de irregularidad, como si toda transmisión efectuada por el causahabiente/apartado en los cinco años siguientes a la adquisición del bien objeto del pacto sucesorio (o del fallecimiento del causante, de haberse producido con anterioridad) se llevara a cabo exclusivamente por razones tributarias y para la obtención de un ahorro fiscal.

Descarta el Tribunal, en primer lugar, que la reforma dé lugar a un supuesto de doble imposición tributaria contrario al art. 31.1 CE. Aplicando a los contratos o pactos sucesorios un régimen análogo al de las donaciones, el legislador ha optado por distinguir entre dos capacidades económicas diversas a las que somete a tributación por vías asimismo diferentes: el impuesto de sucesiones y donaciones somete a tributación la adquisición del bien, mientras que el impuesto sobre la renta de las personas físicas grava la ganancia patrimonial generada con su transmisión posterior.

Tampoco aprecia vulneración del principio de capacidad por la regla que incorpora el precepto modificado conforme a la que el beneficiario del contrato o pacto sucesorio «se subrogará en la posición de este [el causante], respecto al valor y fecha de adquisición de aquellos [los bienes recibidos], cuando este valor fuera inferior al previsto en el párrafo anterior [el valor otorgado en el contrato o pacto sucesorio]». Recuerda, a tal efecto, que conforme a su propia jurisprudencia el legislador goza de un amplio margen de libertad en la configuración de los tributos y la administración de la intensidad con que el principio de capacidad económica debe manifestarse en ellos, para hacerlos compatibles con otros intereses jurídicos asimismo dignos de protección, sin que corresponda al Tribunal al efectuar su control de constitucionalidad pronunciarse sobre si las soluciones adoptadas por la ley tributaria son las más correctas técnicamente.

Desestima también, en última instancia, la vulneración del principio de igualdad del art. 31.1 CE, en los dos sentidos en que se alega por los recurrentes. Así, recuerda la sentencia que el art. 14 CE no ampara una discriminación por indiferenciación ni consagra un derecho a la desigualdad de trato, por lo que no puede prosperar la tacha acerca de que la regla impugnada dispensa un tratamiento indiscriminado a todos los beneficiarios de tales negocios, aunque no los hubiesen usado como un instrumento de planificación fiscal «abusiva», sino simplemente como un medio de ordenación en vida de las herencias. Por otra parte, respecto a la supuesta desigualdad de trato entre las transmisiones por contrato o pacto sucesorio y el resto de transmisiones por causa de muerte, concluye el Tribunal, a la vista de la propia evolución del tratamiento dispensado por el legislador en el IRPF a las ganancias afloradas en las transmisiones lucrativas, en atención al tipo de bien transmitido o a la naturaleza de la operación, que no estamos ante situaciones comparables, por lo que no se da la premisa de partida propia de todo juicio de igualdad, ya que «aunque en el contrato o pacto sucesorio la entrega del bien traiga causa de una herencia futura, el efecto traslativo se produce ahora («con efectos de presente») y esta sola circunstancia permite al adquirente disponer de él inmediatamente, lo que entraña una diferencia sustancial con la transmisión hereditaria «típica»».

Discrepan de la sentencia los magistrados Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera. En su voto particular motivan las razones por las que no comparten la determinación de las consecuencias fiscales atribuidas a los pactos sucesorios. A su modo de ver, si «son, simplemente, disposiciones *mortis causa* con eficacia anticipada (de presente), y como tales los ha

calificado el propio legislador tributario, parece lógico —por no decir, evidente— que las consecuencias tributarias asociadas a los mismos deben ser las propias de este tipo de transmisiones, so pena de quebrar la lógica jurídica, primero, y el principio de unidad del ordenamiento jurídico, después, una y otro como garantía de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en conexión con el de seguridad jurídica de los ciudadanos y la confianza legítima generada por los términos en los que está conformada tanto la realidad material como la jurídica que la regula (art. 9.3 CE)».

Entienden los magistrados discrepantes que «el resultado del juego de ficciones» sancionado por el impugnado apartado 3 del artículo 3 de la Ley 11/2021 «es claramente contrario a la Constitución, pues no solo trata de forma dispar a los causahabientes de una herencia (según se haya materializado al momento del fallecimiento o de forma anticipada con ocasión de pacto sucesorio) en contra del principio de igualdad ante la ley (arts. 14 y 31.1 CE), sino que les somete a tributación recurriendo al gravamen de rentas inexistentes, en contra del principio de capacidad económica y de la prohibición de confiscatoriedad (art. 31.1 CE)». Por todo ello afirman que aunque la norma tenga como finalidad la de evitar una menor tributación que si el bien hubiera sido transmitido directamente a otra persona «por el o la titular original», al gravar en el IRPF del «apartado» la eventual ganancia patrimonial que se pudiera generar con la transmisión derivada del pacto sucesorio, le obliga a soportar el gravamen por una capacidad económica que, desde su estricta perspectiva personal, para él es inexistente (ya que es ajena, del «apartante»). De este modo, constatan, «donde no se haya producido una ganancia patrimonial propia a efectos del IRPF, se imputa la ajena».

Subrayan, por lo demás, que «sin desconocer el amplio margen de libertad de configuración normativa que ostenta el legislador (en este caso, en materia tributaria), su ejercicio no es absoluto, incondicionado», sin que cuente con habilitación constitucional para introducir reglas que, por meras razones de oportunidad, le conduzcan a dotar de efectos antagónicos a una misma realidad, creando «un artificio con unas consecuencias fiscales abiertamente contrarias a la Constitución». Recuerdan, a tal efecto, con cita de la jurisprudencia constitucional, que «el hecho de que el fin sea constitucionalmente legítimo no significa que también lo sean los medios concretos utilizados para alcanzarlo» (STC 194/2000, de 19 de julio, FJ 5).

En suma, mantienen que «al excluirse las ganancias patrimoniales generadas por el «apartante» de la excepción de gravamen prevista en el

art. 33.3 b) LIRPF, so pretexto de usarse el «pacto sucesorio» como un instrumento «ilegítimo» de planificación fiscal, de un lado, se está produciendo un tratamiento discriminatorio respecto de las restantes adquisiciones *mortis causa* las cuales tienen, no ya la misma posibilidad, sino la misma obligación legal de actualización de los valores de los bienes adquiridos; de otro, se está dispensando un tratamiento indiscriminado a todos los beneficiarios de los «contratos o pactos sucesorios», a los que se aplicaría la nueva disposición legal con independencia de que los hubiesen usado como un instrumento de planificación fiscal «abusiva» o simplemente como un medio de ordenación en vida de las herencias. Según esto, se estaría otorgando, en el primer caso, un tratamiento distinto a situaciones idénticas; y, en el segundo, un mismo tratamiento a comportamientos de muy diversa naturaleza.»

La STC 67/2023, de 6 de junio, resuelve, por su parte, la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, sobre el apartado vigésimo primero del artículo 1 de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre. Considera el órgano judicial que la falta de previsión de coeficientes de corrección monetaria para la actualización del valor de adquisición de los bienes inmuebles en el cálculo de las ganancias patrimoniales en el IRPF implica someter a tributación magnitudes ficticias, en contra del principio de capacidad económica del art. 31.1 CE.

Tras profundizar el FJ 3 en la doctrina constitucional sobre el principio de capacidad económica y, en particular, sobre los ajustes por inflación, el FJ 4 la proyecta a la duda de constitucionalidad promovida en el caso para desestimarla. Afirma que la duda debe examinarse a la luz de la doctrina constitucional sobre el principio de capacidad económica como «criterio, parámetro o medida» de la tributación para destacar, a continuación, el amplio margen que reconoce el Tribunal al legislador para concretar la cuantía de la obligación tributaria. Sostiene que la supresión de la actualización prevista hasta entonces de forma exclusiva para inmuebles evita que las decisiones de inversión en unos u otros activos vengan condicionadas por esa circunstancia (neutralidad), eliminando un factor de desigualdad entre fuentes de renta (equidad) que, sin ser inconstitucional, el legislador ha dejado de considerar adecuado.

Todo ello resulta coherente con un sistema tributario nominalista, considerado acorde con el orden constitucional por la STC 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 5 C), de donde se colige que la corrección monetaria es, en todo caso, la excepción, no la regla, que debe garantizarse tan solo

en situaciones «extremas» de inflación «especialmente aguda», en las que la ley debe evitar que una «erosión inflacionaria de tal grado» pueda afectar al principio de capacidad económica. Ante la ausencia en el auto que promueve la cuestión de inconstitucionalidad de argumento o dato alguno acreditativo de esa situación excepcional y los aportados, de otro lado, por el fiscal general del Estado en sentido contrario, sostiene el Tribunal que en el presente caso esta coyuntura «se halla muy lejos de poder calificarse como «extrema» o «especialmente aguda»».

La sentencia ubica, por lo demás, la norma cuestionada en la reforma más amplia del IRPF que abordó la Ley 26/2014, de 27 de noviembre. Desarrolla así el análisis sistemático y no aislado a que apela la citada STC 221/1992, FJ 5 A), para cada norma, para constatar, en fin, que «al propósito de ganar en neutralidad suprimiendo la excepcional corrección monetaria para las ganancias inmobiliarias, se añade una rebaja de tipos para estas y el resto de rentas del ahorro». A ello se suma que las ganancias derivadas específicamente de la vivienda habitual del contribuyente gozan, además, de determinadas exenciones. Afirma el Tribunal que todas estas medidas «son fiel reflejo del amplio margen de configuración del legislador para aplicar el principio de capacidad económica como «criterio, parámetro o medida» de la imposición, según venimos subrayando. Y así lo es también la decisión cuestionada de no mantener en el art. 35.2 LIRPF los coeficientes correctores del valor de adquisición de los bienes inmuebles, aspecto en el que la normativa del IRPF en territorio común ha ido pasando por opciones legislativas muy diferentes, en función de las apreciaciones de política económica y tributaria que en cada momento han hecho las Cortes Generales».

La disparidad normativa que cabe apreciar entre esta norma, las reguladoras del IRPF en los territorios históricos del País Vasco o en la Comunidad Foral de Navarra, no resulta relevante, según el Tribunal, para el juicio de constitucionalidad, «sino mera confirmación de las diversas opciones de política tributaria seguidas, en el tiempo y en el espacio, a la hora de ajustar a la inflación todas, algunas o ninguna de las ganancias patrimoniales». Recuerda su afirmación en la STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3 d), de que «cada norma reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas representa, entonces, una opción legislativa diferente respecto de la cual no es suficiente la mera discrepancia política para destruir la presunción de constitucionalidad de la ley».

En definitiva, concluye que «del principio de capacidad económica no cabe inferir una obligación para el legislador de prever, siempre y en todo caso, la actualización del valor de adquisición de los inmuebles, singulari-

zando las ganancias inmobiliarias mediante un específico ajuste a la inflación que no se aplica a ningún otro elemento del IRPF (ni en otros tributos que gravan los incrementos patrimoniales, como el IIVTNU y el IS)», por lo que la norma cuestionada no incurre en inconstitucionalidad por omisión y debe desestimarse la cuestión de inconstitucionalidad.

Sobresale el extenso voto particular discrepante que formulan a la sentencia los magistrados Enríquez Sancho y Arnaldo Alcubilla, quienes, separándose del criterio mayoritario, defienden que la cuestión debió ser estimada por vulnerar la norma controvertida el principio de capacidad económica y la prohibición de confiscatoriedad del artículo 31.1 CE. Tras pormenorizar la evolución de la corrección de la inflación en nuestro sistema tributario y abordar la cuestión en la experiencia comparada, el voto examina la reforma efectuada desde la perspectiva del principio de neutralidad impositiva. Con relación a la primera de las dos medidas adoptadas, sostienen que «ninguna objeción podemos hacer a la limitación de unos incentivos fiscales que, aun respondiendo a políticas extrafiscales del Estado afectan, por su propia esencia y aunque lo hagan de forma legítima, a los principios de generalidad e igualdad en la contribución de todos al sostenimiento de los gastos comunes». Respecto a la segunda, sin embargo, afirman que «el ensanchamiento de la base imponible del impuesto para neutralizar, en términos económicos, la bajada de las tarifas del impuesto, en modo alguno puede materializarse a costa de sacrificar el principio de capacidad económica», sin que resulte «constitucionalmente legítimo la adopción de medidas que, so pretexto de perseguir unos ingresos que se consideran imprescindibles, lo hagan a costa de someter a tributación capacidades económicas total o parcialmente inexistentes».

A su juicio, la sentencia aprobada por la mayoría hace una lectura incompleta de la STC 221/1992, de 11 de diciembre. Frente al hecho constatado de que en aquellos tributos que gravan la renta como unos de los indicadores de capacidad económica, la inflación ejerce, con carácter general, un influjo negativo que se agrava en aquellos rendimientos —como las ganancias y pérdidas patrimoniales— que no se manifiestan de forma ordinaria (periódica), sino de manera extraordinaria, por tener un dilatado período de generación, «la sentencia de la que discrepamos, con fundamento en que «es constitucionalmente posible que el legislador tributario, al regular cada figura impositiva, otorgue preeminencia a otros valores o principios» [FJ 3 b)], ha recurrido a un soterrado *overruling* que ha venido a consagrar un nuevo principio rector del sistema tributario, el «nominalista», el cual, aunque de configuración legal, ten-

dría un alcance constitucional, pues opera como un contrapeso reductor del de capacidad económica al que impregna de una enorme ductilidad que lo conduce hasta su total inanidad». Denuncian, en particular, que «ningún problema constitucional le supone a la sentencia el hecho de que se haya producido el gravamen de una renta ficticia, porque la libertad configurativa del legislador le permite optar entre someter a tributación exclusivamente rentas «reales» o también las meramente «nominales», pese a que la doctrina de este tribunal ha insistido en que la capacidad económica, como «principio» constitucional (este sí), impide, «en todo caso», que el legislador grave riquezas meramente virtuales o ficticias».

Tampoco comparten, en fin, la justificación de la concreta medida cuestionada que realiza la sentencia por la eliminación que supone de «un factor de desigualdad entre fuentes de renta», en tanto «para salvar la inconstitucionalidad de la norma recurre a la socialización de su ilicitud pues, en lugar de imponerse la necesidad de corregir los efectos nocivos de la inflación en aquellas rentas especialmente afectadas por las consecuencias nocivas del paso del tiempo, procede a permitir la supresión de la única existente, acuñándose así una suerte de «igualdad en la inconstitucionalidad», finalmente legitimadora de la decisión legislativa».

Por todo ello los magistrados discrepantes no solo exponen en su voto particular los argumentos por los que no comparten la sentencia de la mayoría, sino que advierten «que la sentencia de la que discrepamos va a tener como efecto inevitable la necesidad de efectuar una relectura del art. 31.1 de la Constitución, cuyos reglones quedarán esculpidos a partir de ahora del siguiente modo: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica nominal mediante un sistema tributario inspirado en los principios de igualdad y progresividad».»

5.7. Derecho de propiedad (art. 33 CE) y libertad de empresa (art. 38 CE)

Durante el intervalo temporal de que se ocupa esta crónica destacan dos sentencias relativas al derecho constitucional de propiedad privada que consagra el art. 33 CE. La primera de ellas, STC 7/2023, de 21 de febrero, se dicta en cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, respecto del art. 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo,

general de la comunicación audiovisual, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto-ley 15/2012, de 20 de abril, alcanzando la duda de constitucionalidad, además, al derecho a la libertad de empresa del art. 38 CE.

El órgano judicial plantea una primera duda de constitucionalidad fundada en la posible incompatibilidad del art. 19.4 LGCA con el derecho de propiedad del art. 33 CE. Estima que al permitir a las emisoras de radio el libre acceso a los estadios para retransmitir en directo y de forma gratuita e íntegra el evento deportivo, priva a los organizadores, titulares de los derechos de explotación, de una parte esencial de su aprovechamiento económico y, por ende, del contenido patrimonial de ese derecho y elimina la posibilidad de contratar los derechos de retransmisión en favor de una o varias emisoras. Las empresas radiofónicas obtienen, a cambio, ingresos por publicidad, captando a más oyentes en los programas sustentados en las retransmisiones de dichos acontecimientos deportivos. El Tribunal determina el objeto de la cuestión a dilucidar circunscribiéndola a «si la retransmisión radiofónica desde el estadio o recinto deportivo es un derecho patrimonial que pertenece a los clubes o a los organizadores de los eventos deportivos, y si tal derecho encuentra acogida o protección en el art. 33 CE».

Sintetiza el Tribunal su doctrina respecto al derecho constitucional de propiedad, FJ 4, subrayando, en su aplicación al caso concreto, FJ 5, cómo «con independencia del innegable interés público o de la relevancia social que tienen los espectáculos deportivos», «la retransmisión íntegra y en directo de ese evento o espectáculo deportivo (sea fútbol, baloncesto o cualquier otro deporte o conjunto de ellos) ha de ser considerada como un activo que forma parte del contenido patrimonial que corresponde al organizador del evento, y que, por tanto, disfruta, *prima facie*, de la protección que otorga el art. 33 CE». Reconoce, en todo caso, a la luz de la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la «naturaleza un tanto peculiar» de «los llamados derechos de retransmisión de los eventos deportivos», en tanto no encuentran acomodo en la normativa sobre propiedad intelectual y «su reconocimiento y el alcance de su protección requiere una labor de desarrollo del legislador, que dispone de un amplio margen de configuración […], pero sin que ello le permita anular la utilidad meramente individual del derecho».

Tras repasar su evolución legislativa en nuestro ordenamiento concluye el Tribunal que «el tratamiento que el legislador ha dado a esta cuestión muestra un claro reconocimiento de que los organizadores de

eventos deportivos son titulares de los derechos audiovisuales televisivos, cuya comercialización se muestra como un elemento esencial para el desarrollo de las competiciones, y sobre los cuales ya dijimos en nuestra STC 112/2006, FJ 10, que podía recaer el derecho del art. 33 CE», sin que el tratamiento dado a los derechos de retransmisión radiofónica pueda considerarse equivalente ya que «o se ha encontrado ausente o ha sido más limitado que el referido a los derechos audiovisuales televisivos, colocándolos en un plano distinto». A la vista del derecho fundamental a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, que contribuye al reconocimiento y garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada al pluralismo político, y teniendo en cuenta el indudable interés público que presentan los acontecimientos deportivos, concluye la sentencia que «el precepto que se cuestiona encontraría una justificación en la salvaguarda de los derechos consagrados en el art. 20.1 d) CE a informar y a recibir información libremente, de manera que lo que se reconoce a los operadores de radiodifusión por el precepto legal es un derecho preferente de acceso a los recintos deportivos atribuido en virtud de la función informativa que cumplen, garantizando la recepción por la ciudadanía de una información plural».

La imprescindible participación de la comunidad en el desarrollo de los espectáculos deportivos lleva, en todo caso, al Tribunal a colegir que «puede considerarse razonable imponer a los organizadores un deber de corresponder de alguna manera a esa contribución», siendo una de esas posibles formas la contemplada por el precepto cuestionado, «esto es, el libre acceso de los operadores de radio a los recintos para la retransmisión en directo del evento deportivo, que habrá de realizarse, en todo caso, con sujeción a determinadas condiciones». Dada la diferencia entre retransmisiones televisivas y radiofónicas por su dinámica, dimensión económica y diversidad de ámbitos y objetivos a los que atienden, «no debe resultar extraña», en expresión del Tribunal, la diferencia de régimen jurídico que se ha venido asignando a cada una no solo en el ordenamiento interno, sino también en el europeo.

Por lo demás, subraya que al disponer el libre acceso a estadios y recintos para la retransmisión en directo de acontecimientos deportivos «a cambio de una compensación económica equivalente a los costes generados por el ejercicio de tal derecho», no hay en el precepto cuestionado, sin más, «un despojo de la utilidad patrimonial individual que corresponde a los clubes o a los organizadores de los eventos deportivos, sino que la restricción que se les impone está sometida a una contraprestación

que deben abonar los prestadores de servicios de comunicación radiofónica, contraprestación que la ley define en términos amplios, sin determinar normativamente en qué deben consistir esos «costes generados» por el ejercicio de tal derecho». Al haberlo hecho así, quedará en manos del aplicador de la norma precisar qué conceptos han de incluir esos costes y, en definitiva, su cuantía, para que la contraprestación alcance un nivel equitativo y justo para ambas partes. La única precisión que efectúa al respecto el Tribunal es que «en la medida en que no se trata de un supuesto de expropiación, sino de una delimitación de los derechos patrimoniales de explotación del espectáculo deportivo, la contraprestación no puede ser en ningún caso equivalente al valor de comercialización en exclusiva de los derechos de retransmisión, sino solo al coste ocasionado a los organizadores por el ejercicio del derecho que el legislador reconoce a los operadores de radiodifusión», disponiendo el propio precepto los cauces por los que se deben acordar o, en su caso, concretar esos costes.

De acuerdo con todo lo anterior concluye la sentencia que «nos encontramos no ante un supuesto de expropiación de derechos incardinable en el art. 33.3 CE, sino ante un régimen de configuración de los derechos de los organizadores de acontecimiento deportivos, a los que se ha impuesto una determinada carga o restricción, seguida de la correspondiente contrapartida, pero que siguen contando en plenitud con todos los derechos de explotación del evento en el recinto deportivo y de explotación de los derechos de retransmisión por televisión, aparte de los beneficios indirectos que, como ya se ha señalado, generan en favor de los espectáculos deportivos y de sus organizadores las retransmisiones y, en general, la información sobre eventos deportivos que proporcionan los operadores de radiodifusión. No puede entenderse que esa decisión del legislador sobrepase el equilibrio justo entre los medios empleados y la finalidad pretendida, y tampoco cabe concluir que la opción adoptada pueda ser tachada de irrazonable, atendidos los distintos argumentos desarrollados a lo largo de este fundamento, que justifican fundadamente la razonabilidad de la medida legal adoptada. El legislador ha ponderado los derechos e intereses en presencia y ha decidido garantizar el derecho de todos los ciudadanos a recibir información plural sobre los espectáculos deportivos, determinando que los prestadores de servicios de comunicación radiofónica tengan libre acceso a los estadios y recintos para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos que en ellos tengan lugar, abonando, en todo caso, una contraprestación económica, de forma que los organizadores no tengan que asumir el coste que suponga

el ejercicio de ese derecho. Y, además, nada impide a los organizadores o clubes, previo cumplimiento de los requisitos legales, retransmitir radiofónicamente los encuentros en competencia con los demás operadores radiofónicos, así como contratar la publicidad que consideren oportuna para obtener ingresos adicionales a través de esta vía. Estarían ejerciendo, igualmente, el derecho a informar consagrado en el art. 20.1 d) CE.» Sostiene, en definitiva, que las obligaciones impuestas a los organizadores de los eventos deportivos no van más allá de lo razonable, sin que el precepto cuestionado «haya sobrepasado las barreras a partir de las cuales el derecho dominical, y las facultades de disponibilidad que supone, no resultan recognoscibles en nuestro momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho».

Ahora bien, se plantea en relación con el mismo precepto una segunda duda de constitucionalidad desde la perspectiva concreta de la posible vulneración del derecho a la libertad de empresa, *ex* art. 38 CE, en su dimensión de la libertad de contratación. De acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, FJ 6, la norma cuestionada, que no afecta al acceso a la actividad ni entraña desigualdad entre operadores, debe someterse a un doble escrutinio a efectos de comprobar, de un lado, si el fin perseguido por ella es constitucionalmente legítimo y, de otro, si la medida es adecuada para la consecución de ese objetivo. La respuesta, reconoce el Tribunal, FJ 7, «se encuentra en gran medida condicionada por la conclusión alcanzada en relación con la tacha referida a la vulneración del art. 33 CE, a la que se halla estrechamente vinculada, dado que se estaría privando de la posibilidad de comercializar libremente el activo patrimonial inherente a la propia organización del evento, protegido, a su vez, por el art. 33 CE».

Trasladando las mismas consideraciones efectuadas al analizar la posible vulneración del derecho de propiedad, afirma el carácter constitucionalmente legítimo de la finalidad perseguida por el legislador con la medida del art. 19.4 LGCA, subrayando, por lo demás, con cita de la doctrina constitucional al efecto, cómo la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de existir limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado. Tomando en cuenta, además, que el legislador ha cuidado de compensar con una contraprestación económica la carga que supone la citada disposición para los organizadores de los eventos, concluye el Tribunal que «la limitación que la medida del art. 19.4 LGCA pueda suponer para el ejercicio de la actividad económica de los organizadores de los espectáculos deportivos, en su vertiente de libertad de contrata-

ción, resulta razonable, pues contribuye a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y es indispensable para conseguirlo, sin que pueda entenderse que resulte contraria al contenido del art. 38 CE, de acuerdo con la configuración que le ha otorgado nuestra jurisprudencia», por lo que desestima también la tacha referida a la vulneración del art. 38 CE.

La magistrada Laura Díez Bueso formula voto particular, al que se adhiere la magistrada Espejel Jorquera. En opinión de ambas, la cuestión de inconstitucionalidad debió haber sido estimada, fundamentalmente porque el art. 20.1 d) CE obliga a proteger la información considerada de interés general de manera preferente en el momento de realizar el juicio de proporcionalidad, es decir, cuando se evalúa la limitación que provoca de otros derechos, sin que, a su juicio, pueda considerarse en este caso concreto la información en liza de interés general, o, aún en el caso de que así fuera, adecuadamente realizado el test de proporcionalidad respecto de los derechos de propiedad y libertad de empresa.

Así, tras disertar, por una parte, sobre el concepto de materia de interés general para la conformación de una opinión pública libre en la jurisprudencia de este tribunal y en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sostiene el voto particular que «la opinión mayoritaria realiza una ampliación del catálogo de materias de interés general que no comparto, pues se aparta del espectro de materias catalogadas como tales en la jurisprudencia constante de este tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; adopta un concepto descriptivo del interés general que lleva a confundirlo con el interés del público; y realiza una lectura sin matices de la Ley 21/1997, de 3 de julio, y de la sentencia de 2006 que ratificó su constitucionalidad». Ahora bien, el voto disiente también de la ponderación que realiza la sentencia entre el derecho a recibir información [art. 20.1 d) CE] y los derechos de propiedad (art. 33 CE) y libertad de empresa (art. 38 CE). A tenor de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mantiene el voto particular que su escrutinio es más intenso en temas relacionados con la actividad política o la autoridad e imparcialidad del poder judicial, y menor, en cambio, en asuntos relativos a la moralidad o la competencia desleal, para concluir, en fin, que no considera apropiada «la ponderación que realiza [la sentencia de la mayoría] en el conflicto entre el derecho a recibir información [art. 20.1 d) CE] y los derechos de propiedad (art. 33 CE) y de libertad de empresa (art. 38 CE) porque, desvirtuando la jurisprudencia europea, no se ha otorgado el suficiente peso al hecho de que la materia deportiva se encuentra muy alejada del debate político al que

debe otorgarse la máxima protección constitucional, imponiendo con ello una desproporcionada limitación a los derechos de la propiedad y libertad de empresa».

La segunda sentencia relativa al derecho a la propiedad privada digna de mención durante este período es la STC 8/2023, de 22 de febrero, recaída en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Decreto-ley del Consell 6/2020, de 5 de junio, para la ampliación de vivienda pública en la Comunitat Valenciana mediante los derechos de tanteo y retracto, en la que se alega la vulneración del derecho en su vertiente concreta de garantía patrimonial. Tras exponer con detalle en el FJ 8 este tercer motivo de inconstitucionalidad aducido por los recurrentes y las alegaciones efectuadas al respecto de las partes, recuerda el Tribunal en su FJ 9 la doctrina constitucional sobre la garantía patrimonial del derecho de propiedad privada que se reconoce en caso de privación de bienes y derechos por causa justificada de utilidad pública o interés social *ex* art. 33.3 CE, subrayando la necesidad, conforme a la jurisprudencia que cita, de que concurra «la substracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos» para que opere, «siendo distintas a esta privación singular las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido del derecho». En todo caso, la compensación hay que entenderla, como concreta la sentencia, «en términos de razonable equilibrio» entre el daño expropiatorio y su reparación. Incide, por lo demás, en las referencias al art. 33 CE en la doctrina habida en relación con los derechos de tanteo y retracto de vivienda de protección pública (STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 4) para destacar cómo «los derechos de tanteo y retracto a favor de una administración pública se conciben, desde la perspectiva del propietario, en términos de limitación del derecho de propiedad por razones de interés general, que entronca con el art. 33.2 CE, es decir, la delimitación de la propiedad de acuerdo con su función social, y no con la privación de la propiedad por causa justificada de utilidad pública o interés social, y mediante la correspondiente indemnización, prevista en el art. 33.3 CE». Cita, por lo demás, la jurisprudencia respecto a la normativa aplicable a los derechos de tanteo y retracto establecidos por una comunidad autónoma a favor de la administración (STC 207/1999, de 11 de noviembre, FJ 5), para avalar su posible constitución «en favor de las administraciones públicas para servir finalidades públicas con adecuado respaldo constitucional, siendo en tal caso regulados por la correspondiente legislación administrativa, e insertándose en las competencias de titularidad autonómica cuando las comunidades autónomas hayan asu-

mido en sus estatutos competencias normativas sobre la materia en que dichos derechos reales se incardinan».

Enfrentado a la cuestión de si la norma impugnada provoca un daño patrimonial que pudiese calificarse de privación indemnizable a los efectos del art. 33.3 CE, hace hincapié el Tribunal, FJ 10, en que «los derechos de adquisición preferente, por su naturaleza de derechos reales, no constituirían propiamente, y como punto de partida, una privación del derecho de propiedad, sino que más bien limitan las facultades del propietario, que […] no puede elegir libremente a la persona del adquirente». De ahí que entienda que su regulación deba considerarse, cuando menos desde la perspectiva del transmitente, una delimitación no indemnizable del contenido normal del derecho de propiedad de acuerdo con su función social (art. 33.2 CE), si bien afirme también, para el supuesto particular en que se ejercite el retracto administrativo, la auténtica privación del derecho de propiedad del adquirente retraído en atención a un interés público o social, debiendo mediar, en consecuencia, la correspondiente indemnización (art. 33.3 CE).

No acoge, a la vista de la interpretación sistemática de la norma recurrida y de la legislación civil aplicable, la afirmación de los recurrentes de que la regulación de los derechos de adquisición preferente por el decreto-ley ocasionen una pérdida patrimonial con relación a los costes de la transacción, en tanto la legislación que desarrolla el régimen jurídico de la institución, de naturaleza civil, determina taxativamente la obligación de pagar los gastos de la transmisión, reflejándose esta obligación en los arts. 7.3 y 8.4 del decreto-ley impugnado. Si bien concluye que «así interpretado, el Decreto-ley 6/2020 no vulneraría la garantía patrimonial reconocida en el art. 33.3 CE», la interpretación no se lleva a fallo, limitándose a desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

Formula voto particular a la sentencia la magistrada Díez Bueso, que si bien comparte el fallo y buena parte de la argumentación de la sentencia discrepa de la conclusión de la mayoría al desechar la aplicación al caso concreto de la STC 28/2012, de 1 de marzo, en tanto «así formulada, podría dar lugar a entender que las normas autonómicas no pueden regular derechos de adquisición preferente a favor de particulares, pero sí que pueden hacerlo cuando se constituyen a favor de una administración pública». A su juicio esta posible interpretación sería incorrecta, «pues una cosa es que las normas autonómicas, en materia de su competencia, puedan crear derechos de tanteo y retracto a favor de la administración pública y regular las peculiaridades que conlleva la atribución de

tales derechos a la administración y otra muy distinta es que estas normas puedan establecer su régimen jurídico».

5.8. Protección de la familia (art. 39)

La STC 106/2022, de 13 de septiembre, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo 2, apartados décimo y decimonoveno, 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, y se da una nueva redacción a los arts. 94 párrafo cuarto y 156 párrafo segundo CC. Los recurrentes alegan, entre otros motivos de inconstitucionalidad, la lesión del mandato constitucional de velar por la protección de los menores, así como la infracción del art. 117 CE en relación con el art. 39 y 24.1 CE.

La sentencia diserta, FJ 2, sobre el contenido y alcance general del art. 39 CE, en concreto, sobre el derecho de visitas, comunicaciones y estancias, cuya dimensión constitucional presupone necesariamente, conforme a la doctrina constitucional existente, que, exista o no acuerdo parental, deben estar presididas por la protección del interés superior del menor. Cabe citar a tal efecto, por todas, la STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 6. La referencia expresa del art. 39.4 CE al disfrute por los niños de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos lleva al Tribunal a concluir la sanción constitucional de una protección integral del niño, que deberá ajustarse, en todo caso, a lo prescrito en los convenios internacionales ratificados por España. A la exposición detallada del «interés superior del menor» en los citados tratados sigue la de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos habida al respecto a través de la interpretación del art. 8 CEDH.

En su FJ 3 aborda, en concreto, el citado art. 39 CE en relación con los arts. 117.3 y 24.1 CE para examinar la exclusividad jurisdiccional, el derecho a la tutela judicial efectiva y los límites del legislador en relación con la valoración del aludido interés del menor. Frente a la alegación de los recurrentes de que tales preceptos constitucionales atribuyen al poder judicial una facultad de supervisión que actuaría como límite constitucional añadido a la libertad de configuración del legislador en su regulación del régimen de visitas y estancias de los menores con sus padres, sostiene el Tribunal que «del contenido del art. 39 CE o de la protección del interés prevalente del menor que resulta de dicho precepto, de los tratados internacionales y de la doctrina del Tribunal Europeo

de Derechos Humanos expuesta, no se infiere —como principio general— la imposibilidad de que el legislador, al determinar la regulación relativa al régimen de estancias, comunicaciones y visitas establezca la ponderación del referido interés».

Ninguno de los preceptos citados veda que el legislador pueda, en su libertad de configuración, establecer una regulación general que module la capacidad decisoria de los órganos judiciales y determine la resolución que deba adoptarse, en relación con las estancias y visitas, en los procedimientos civiles y penales. Más aún si se toma en consideración que el legislador ha de establecer una regulación que garantice los derechos fundamentales de las personas menores de edad, entre los que cabe citar señaladamente el derecho a la vida y a la integridad física y moral del art. 15 CE que la norma controvertida trata de preservar. Corresponderá, en su caso, al control constitucional valorar «si la concreta regulación legal ha respetado el interés superior del menor, los derechos fundamentales o los principios constitucionales, o ha sido irrazonable, desproporcionada o arbitraria por suponer una restricción carente de justificación, en atención a la finalidad de protección del interés del menor». Destaca, en particular, que, conforme a los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la suspensión absoluta del régimen de visitas, comunicaciones y estancias estará justificada cuando persiga garantizar la integridad y seguridad del menor, la suspensión resulte estrictamente necesaria para el logro de dicha finalidad, y sea adecuada y proporcionada para alcanzarla al no existir alternativas menos restrictivas, de menor intensidad, graduación o progresividad para preservar la seguridad y bienestar del menor.

Aplicando la doctrina anterior al caso concreto concluye el Tribunal, FJ 4, la inexistencia en este supuesto de infracción denunciada, en tanto «el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias como afirman los recurrentes, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos o cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género, en la que se comprende también «la violencia que con el objetivo de causar perjuicio o daño a las mujeres se ejerza sobre sus familiares o allegados menores de edad» (apartado 4 del art. 1

de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género —en adelante LOVG—, introducido por la disposición final décima de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio), por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (art. 1.1 LOVG).» La ausencia del automatismo denunciado implica que el precepto «no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores», siendo la autoridad judicial quien toma la decisión correspondiente, guiada, en todo caso, por la finalidad de velar por el interés del menor (art. 39 CE) y ponderando, entre otros factores, «las consecuencias irremediables que el trascurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él (por todas, STEDH *Saleck Bardi c. España*, § 52), el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, así como su deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal».

Tampoco aprecia la sentencia, FJ 7, vulneración del art. 117 CE en relación con este art. 39 CE por atribuir en determinadas circunstancias a un progenitor la decisión de que los hijos menores de edad reciban atención y asistencia psicológica. Reiterando de nuevo la doctrina expuesta en el FJ 3, el Tribunal descarta que la atribución por el art. 156.2 CC a uno de los progenitores de la facultad de decidir —en los supuestos que dicho precepto establece, caracterizados por un claro enfrentamiento y hostilidad entre ambos— sobre la atención y asistencia psicológica de los hijos menores de edad, con información previa al otro progenitor, sea contrario al principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), tratándose, en todo caso, de una decisión que no está exenta del control judicial. No se advierte, ni argumentan los recurrentes, que la medida, en un contexto marcado por la dificultad patente de alcanzar un acuerdo, sea irrazonable, desproporcionada, arbitraria o contravenga el interés del menor (art. 39 CE). Por todo ello se desestima la vulneración alegada también en relación con la modificación de este segundo precepto del CC.

Formulan voto particular concurrente los magistrados Balaguer Callejón, Xiol Ríos y Montalbán Huertas, al entender que «existe otra forma de interpretar la norma sometida a examen que admite llegar al mismo fallo, pero desde una perspectiva de género, que la sentencia aprobada ignora completamente, obviando de este modo la razón que

llevó al legislador a la aprobación del artículo segundo de la Ley 8/2021, de 2 de junio». La discrepancia se acentúa, en particular, en relación con la interpretación conforme de constitucionalidad que se realiza respecto del art. 94 CC, en tanto, a su juicio, «esquiva y elude la dicción literal del precepto, e ignora que la evolución normativa […] tiende a reducir el margen de apreciación del órgano judicial para imponer progresivamente medidas más restrictivas del mantenimiento de las relaciones parentales, en aplicación de un principio de precaución y de protección que no es ajeno a la garantía del interés superior de los menores, buscando preservar además la integridad física y moral de sus madres. Y ello habida cuenta de que se constata, estadísticamente, la existencia de una innegable violencia vicaria, que utiliza el mal trato a los hijos como medida de presión y control de sus madres.» Sostienen que la voluntad del legislador no permanece ajena a la protección de la mujer, resultando claros los términos literales del precepto: «Cuando existan indicios fundados de que alguno de los progenitores ha incurrido en actos o conductas de violencia de género o violencia doméstica (lo que se presupone en caso de que exista un procedimiento penal iniciado que se dirija contra el mismo), la regla general será la suspensión del régimen de estancias, visitas y comunicaciones, y solo de manera excepcional podrá la autoridad judicial acordar tales estancias, visitas y comunicaciones, a través de una resolución judicial en que se justifique adecuadamente cuáles son las razones, basadas en el interés superior del menor, que motivan el apartamiento de la regla general, tras llevar a cabo una valoración adecuada de la relación paternofilial.»

Para el voto particular, el énfasis de la sentencia al referirse a la necesidad de preservar el interés superior del menor para situarse, de manera casi exclusiva, en el mantenimiento de sus relaciones familiares (art. 39 CE), elude que la norma sometida a control de constitucionalidad enfoca el citado interés no tanto hacia la preservación de esas relaciones, cuanto a la protección de los menores de edad frente a su exposición a conductas de violencia de género o violencia doméstica, enlazando con el derecho fundamental consagrado en el art. 15 CE y con el deseo de garantizar el libre desarrollo de su personalidad en los términos que exige el art. 10.1 CE. El legislador sitúa esta última por delante de la primera en aquellas situaciones de conflicto que exijan llevar a cabo un juicio de ponderación entre ambas manifestaciones del interés del menor, encontrando, a su modo de ver, pleno amparo constitucional en la libertad de configuración del legislador y en el art. 39 CE, en relación con los arts. 15 y 10.1 CE.

A todo ello añaden, para finalizar, su desacuerdo con la omisión por la sentencia de cualquier referencia a la otra finalidad del precepto impugnado, orientado también a proteger a las mujeres víctimas de la violencia de género de actos y conductas dirigidos a causarles daño a través de sus hijos e hijas menores de edad, en tanto «constituye una auténtica invisibilización de estas realidades desgraciadamente presentes de manera notoria en nuestra sociedad, invisibilización que resulta particularmente incomprensible en lo que se refiere a la violencia vicaria, que claramente se sitúa en el origen y fundamento del precepto examinado, y que se ha cobrado ya la vida de cuarenta y siete niños y niñas desde el año 2013, en que comenzaron a recopilarse datos relativos a esta particular clase de violencia. La invisibilización de la violencia de género, que constituye la manifestación más grave de la desigualdad entre mujeres y hombres supone también ignorar por completo que el principio de igualdad entre mujeres y hombres, como regla hermenéutica general, ha de integrarse y observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).»

B

Crónica de doctrina constitucional en materia competencial 2022-2023

Antonio Arroyo Gil

SUMARIO

1. Presentación

2. Cuestiones procesales

2.1. Recurso de inconstitucionalidad
2.1.1. Legitimación
2.1.2. Objeto
a. Carga de argumentar la presunta contradicción con la Constitución a fin de determinar el objeto del recurso
b. Pervivencia del objeto del recurso
c. Pérdida sobrevenida del objeto del recurso
2.1.3. Admisión de hechos nuevos
2.1.4. Suspensión de actos y disposiciones de las comunidades autónomas
2.2. Cuestión de inconstitucionalidad
2.2.1. Objeto
a. Concreción del objeto del recurso
b. Pérdida sobrevenida del objeto del recurso
2.2.2. Trámite de audiencia
2.2.3. Juicios de aplicabilidad y relevancia
2.3. Conflicto positivo de competencia: pérdida sobrevenida de objeto

3. Distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas

3.1. Legislación mercantil (art. 149.1.6 CE)
3.2. Legislación procesal (art. 149.1.6 CE)

3.3. Legislación civil (art. 149.1.8 CE)
3.4. Bases de las obligaciones contractuales: art. 149.1.8 CE
  3.4.1. Contención de rentas en los contratos de arrendamientos
  3.4.2. Fijación de la renta en los contratos privados de arrendamiento para uso distinto del de vivienda
  3.4.3. Imposición de requisitos a notarios y registradores para el otorgamiento de escrituras y para la práctica de inscripciones de las transmisiones
3.5. Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (ventas en rebajas, horarios comerciales, régimen sancionador y régimen lingüístico): art. 149.1.13 CE (en conexión con art. 149.1.1 y 18 CE)
3.6. Hacienda general (sistema tributario local: ICIO): art. 149.1.14
3.7. Función pública (policías locales): art. 149.1.18 CE
3.8. Procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE)
3.9. Puertos de interés general (art. 149.1.20 CE)
3.10. Régimen general de comunicaciones; y telecomunicaciones (art. 149.1.21 CE)
3.11. Seguridad pública (art. 149.1.29 CE) en conexión con seguridad nacional (art. 149.1.4 CE) y relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE)
3.12. Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución: art. 149.1.30 CE
3.13. Modificación del régimen económico y fiscal del archipiélago canario (informe previo del Parlamento canario): Disposición adicional tercera CE
3.14. Competencias de otras comunidades autónomas

4. Autonomía local y hecho insular

4.1. Autonomía local en relación con la cooperación para la construcción de nuevos centros docentes públicos: arts. 137 y 140 CE
4.2. Hecho insular: principios de solidaridad y equilibrio económico (art. 138 CE en relación con art. 2 CE) y de lealtad constitucional y cooperación en el ámbito de la financiación autonómica

1. Presentación

La presente crónica jurisprudencial abarca el período comprendido entre el 1 de septiembre de 2022 y el 31 de julio de 2023, dando cuenta detallada de las sentencias y autos dictados por el Tribunal Constitucional en procesos relacionados con la organización territorial del Estado, y, más específicamente, con aquellos que tengan por objeto cuestiones de índole competencial[1], si bien, en algún supuesto, lo abordado tiene más que ver, específicamente, con la autonomía local.

Durante todo este período de tiempo se han dictado un total de veinticinco sentencias (doce de ellas resuelven recursos de inconstitucionalidad[2]; otras doce, cuestiones de inconstitucionalidad[3]; y una, un conflic-

[1] También se puede encontrar una crónica de la doctrina constitucional en la Revista Española de Derecho Constitucional. Véase Duque Villanueva, J.C. / Ortega Carballo, C. / Losada González, H. / de la Quadra-Salcedo Janini, T.: «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2022», *REDC*, 127, pp. 233-283; y «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2023», *REDC*, 128, pp. 185-236. Resultan de especial interés, a estos efectos, los apartados III de cada una de estas crónicas, elaborados por Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, y dedicados a la Organización territorial del Estado.

[2] Se trata de las SSTC 117/2022, de 29 de septiembre; 118/2022, de 29 de septiembre; 8/2023, de 22 de febrero; 10/2023, de 23 de febrero; 16/2023, de 7 de marzo; 34/2023, de 18 de abril; 36/2023, de 19 de abril; 49/2023, de 10 de mayo; 50/2023, de 10 de mayo; 60/2023, de 24 de mayo; 62/2023, de 24 de mayo; y 63/2023, de 24 de mayo.

[3] Son las SSTC 114/2022, de 26 de septiembre; 116/2022, de 27 de septiembre; 127/2022, de 11 de octubre; 128/2022, de 11 de octubre; 129/2022, de 11 de octubre; 133/2022, de 25 de octubre; 134/2022, de 26 de octubre; 135/2022, de 26 de octubre; 136/2022, de 26 de octubre; 137/2022, de 26 de octubre; 138/2022, de 26 de octubre; y 150/2022, de 29 de noviembre.

to positivo de competencias[4]). Asimismo, se han dictado dos autos con contenido competencial, ambos recaídos en recursos de inconstitucionalidad en los que se dirime si procede o no levantar la suspensión de una norma autonómica[5].

Frente a lo sucedido en otros momentos, durante el periodo analizado la mayor parte de los recursos de inconstitucionalidad de contenido competencial de los que aquí se da cuenta han sido interpuestos o bien por gobiernos o parlamentos autonómicos o bien por diputados o senadores de grupos parlamentarios (Popular y de Vox). De hecho, únicamente dos recursos de inconstitucionalidad fueron presentados por el Presidente del Gobierno.

En la mayor parte de los procesos (tanto en los recursos como en las cuestiones de inconstitucionalidad) se ha desestimado la pretensión de que las normas estatales fueran declaradas inconstitucionales y, en su caso, nulas. Por el contrario, en los dos únicos recursos de inconstitucionalidad planteados por el Presidente del Gobierno el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad y, en su caso, nulidad de los preceptos autonómicos impugnados.

Con carácter general, se puede afirmar que la conflictividad territorial, durante el período de referencia que abarca esta crónica, no ha sido muy elevada, a tenor de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional. Se observa, además, cierta demora en las resoluciones de los recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad, en comparación con períodos anteriores. Quizás ello tenga que ver, en parte, con el hecho de que ha coincidido con una renovación parcial del Tribunal (el tercio correspondiente al Gobierno y al Consejo General del Poder Judicial), y que el llamado «plan de choque» puesto en marcha en el Tribunal tras la llegada a la presidencia del magistrado Conde-Pumpido, ha priorizado la resolución de los recursos de amparo, dada la acumulación que existía.

La siguiente crónica se ha estructurado del modo siguiente: en primer lugar, se da cuenta de las principales cuestiones procesales que se han planteado en asuntos de contenido competencial, a fin de poder abordar después las cuestiones sustantivas de índole territorial y/o competencial, siguiendo, siempre que ello sea posible, y como es costumbre, el criterio de ordenación que deriva del art. 149.1 CE.

---

[4] STC 20/2023, de 23 de marzo.

[5] Se trata de los AATC 35/2023, de 7 de febrero; y 265/2023, de 23 de marzo.

2. Cuestiones procesales

2.1. Recurso de inconstitucionalidad

2.1.1. *Legitimación*

La **STC 62/2023**, de 24 de mayo, del Pleno (BOE núm. 150, de 24 de junio de 2023), resuelve el recurso de inconstitucionalidad 2545-2022 interpuesto por la Xunta de Galicia en relación con varios preceptos de la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego.

En ella se plantea la cuestión relativa a la eventual falta de legitimación de la Xunta de Galicia para interponer el recurso de inconstitucionalidad, toda vez que —según el abogado del Estado— nos encontraríamos ante una cuestión cuya potestad legislativa correspondería en exclusiva al Estado, lo que excluiría la afectación de las competencias que ostenta la Comunidad Autónoma de Galicia. Por su parte, la Xunta de Galicia fundamenta su legitimación en la conexión material existente entre la norma estatal impugnada y el campo competencial autonómico (al ser los «pactos sucesorios», que se verían afectados por la normativa impugnada, una manifestación de la competencia gallega sobre el Derecho civil), de manera que, a su juicio, no solo estaría legitimada para actuar en defensa de su propio ámbito competencial en la materia, sino también para la depuración del ordenamiento jurídico que lo regula.

Planteada la cuestión en estos términos, el TC recuerda cuál es su jurisprudencia consolidada en esta materia: «la legitimación de las comunidades autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está al servicio de la reivindicación de una competencia violada, sino de la depuración del ordenamiento jurídico» (SSTC 110/2011, de 22 de junio, FJ 2; 176/2019, de 18 de diciembre, FJ único, y 13/2021, de 28 de enero, FJ 3), en todos aquellos supuestos «en que exista un punto de conexión material entre la ley estatal y el ámbito competencial autonómico» [SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 1; 110/2011, de 22 de junio, FJ 2; 118/2016, de 23 de junio, FJ 1 b), y 176/2019, de 18 de diciembre, FJ único]. No hay que olvidar que cuando una comunidad au-

tónoma impugna una ley está «poniendo de manifiesto la existencia de un interés público objetivo en que el Tribunal Constitucional desarrolle su función de garantizar la supremacía de la Constitución mediante el enjuiciamiento de la ley impugnada» (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 3), razón por la cual, «los condicionamientos materiales a la legitimación de las comunidades autónomas para impugnar leyes del Estado constituyen una verdadera excepción» (SSTC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 1, y 108/2004, de 30 de junio, FJ 3). Están habilitadas, pues, para acudir ante este Tribunal Constitucional no solo en defensa de sus competencias autonómicas cuando hayan sido menoscabadas —directa o indirectamente— por el Estado, sino también en protección de cualquiera de las garantías que tanto la Constitución como el correspondiente estatuto de autonomía les confieran como presupuesto y base de su propio ámbito de autonomía, sea por atribuirles determinadas facultades, sea por imponerles ciertos mandatos (SSTC 84/1982, de 23 de diciembre, FJ 1, y 62/1990, de 30 de marzo, FJ 2). En este sentido, es importante recordar que al conceder los arts. 149.1.8 CE y 27.4 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia, una competencia legislativa propia a esta comunidad, se está otorgando a la legislación civil autonómica una «aplicación preferente frente a la legislación del Estado como se deduce del art. 149.3 CE y se refleja en el art. 13.2 del Código civil» (STC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 2).

Pues bien, ha sido el Estatuto de Autonomía de Galicia, el que en su art. 27.4 atribuyó, al amparo de lo previsto en el art. 149.1.8 CE, la competencia exclusiva de la comunidad autónoma para la «[c]onservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil gallego», en el que «se integran o pueden integrar, con naturalidad, posibles normas consuetudinarias» (STC 182/1992, de 16 de noviembre, FJ 3, respecto de los arrendamientos históricos gallegos), como son las correspondientes a los «pactos sucesorios». En consecuencia, el TC entiende que debe rechazarse la objeción de procedibilidad alegada por el abogado del Estado.

2.1.2. *Objeto*

a. Carga de argumentar la presunta contradicción con la Constitución a fin de determinar el objeto del recurso

En la **STC 8/2023**, de 22 de febrero, del Pleno (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2023), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad

4291-2020 interpuesto por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular en el Senado en relación con el Decreto-ley del Consell 6/2020, de 5 de junio, para la ampliación de vivienda pública en la Comunitat Valenciana mediante los derechos de tanteo y retracto, con carácter previo, se plantea la cuestión de si el recurso cumple adecuadamente con la carga de argumentar su contradicción con la Constitución en relación con la invasión de competencias del Estado, a fin de determinar hasta dónde alcanza el objeto del recurso.

El Tribunal recuerda, a tal efecto, que es doctrina constitucional constante la de que corresponde al recurrente la carga de argumentar la presunta contradicción con la norma fundamental, sin que incumba al TC reconstruir de oficio las demandas y sin que sean admisibles las impugnaciones globales carentes de un razonamiento específico que las sustente (SSTC 54/2018, de 24 de mayo, FJ 9; 82/2020, de 15 de julio, FJ 2; 108/2021, 13 de mayo, FJ 2, y 37/2022, 10 de marzo, FJ 6, y las que en ellas se citan). En concreto, respecto de la denuncia relativa a la invasión de la competencia del Estado en materia expropiatoria (art. 149.1.18 CE) y sobre la fijación de las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1 CE), como consecuencia de la privación de derechos de contenido económico y de la regulación de la garantía patrimonial, según el TC, la invasión competencial se plantea en unos términos genéricos respecto del decreto-ley, sin precisar un concreto precepto o preceptos que incurran en esta invasión competencial. Y se subordina, por otra parte, a que previamente se hubiera declarado que la norma no tiene encaje en la competencia autonómica en materia de vivienda, por lo que no puede considerarse que la argumentación sea autónoma y suficiente, sin perjuicio de lo que se dirá en su momento respecto de la invasión de la competencia estatal en materia de vivienda. Respecto de la posible invasión de la competencia del Estado en cuanto a la fijación de las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1 CE), no desarrolla el recurso en qué sentido podría haberse producido esta invasión competencial.

En consecuencia, el TC recuerda su doctrina según la cual, la obligación del recurrente de levantar la carga alegatoria en todos los procesos ante este tribunal supone no solo una exigencia de colaboración con la justicia, sino además una condición inexcusable inherente a la propia presunción de constitucionalidad de las normas con rango de ley, que no puede desvirtuarse sin un mínimo de argumentación [SSTC 100/2013, de 23 de abril, FJ 2 c); 101/2013, de 23 de abril, FJ 11; 44/2015, de 5 de

marzo, FJ 4; 31/2016, de 18 de febrero, FJ 2; 85/2016, de 28 de abril, FJ 2; 140/2016, de 21 de julio, FJ 2; 27/2017, de 16 de febrero, FJ 2 e); y 65/2020, de 18 de julio, FJ 2, entre otras muchas], lo que impide dar respuesta a la posible invasión competencial de los arts. 149.1.1 y 149.1.18 CE. Por tanto, deja estas dos alegaciones fuera del objeto del presente pronunciamiento.

b. Pervivencia del objeto del recurso

En la anteriormente citada **STC 8/2023**, de 22 de febrero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular en el Senado en relación con el Decreto-ley del Consell 6/2020, de 5 de junio, para la ampliación de vivienda pública en la Comunitat Valenciana mediante los derechos de tanteo y retracto, se plantea también la cuestión relativa a la pervivencia del objeto del recurso. A tal efecto, observa el TC que, después de la interposición de este (el 10 de septiembre de 2020), el Decreto-ley ha sido modificado hasta en cuatro ocasiones. Según el TC, teniendo en cuenta los motivos de impugnación de la demanda de inconstitucionalidad, es necesario analizar, con carácter previo al examen sobre el fondo de esas pretensiones, la incidencia que sobre el objeto del recurso de inconstitucionalidad puedan tener dichas modificaciones legislativas.

Por lo que hace a la impugnación de la totalidad del decreto-ley, por falta de presupuesto habilitante para su aprobación (ex art. 86.1 CE), el TC recuerda que una reiterada jurisprudencia sostiene que la modificación legislativa posterior del decreto-ley impugnado no impide a la jurisdicción constitucional controlar si la potestad reconocida al Gobierno por el art. 86.1 CE se ejerció siguiendo los requisitos establecidos en dicho precepto constitucional. La razón de ser del mantenimiento del interés del recurso y, por tanto, de la conservación del objeto del mismo, es asegurar que el Tribunal vele «por el recto ejercicio de la potestad de dictar decretos-leyes, dentro del marco constitucional, decidiendo la validez o invalidez de las normas impugnadas, sin atender a su vigencia o derogación en el momento en que se pronuncia el fallo [SSTC 31/2011, de 17 de marzo, FJ 2, y 182/2013, de 23 de octubre, FJ 2 B)]» (STC 34/2017, de 1 de marzo, FJ 2). Por tanto, para el TC las modificaciones del Decreto-ley 6/2020 en los años 2020, 2021 y 2022 no han hecho desaparecer el objeto del recurso de inconstitucionalidad en lo relativo a la impugnación basada en la vulneración del art. 86.1 CE.

La pervivencia del recurso, en los casos en los que estos se basaban en la vulneración del reparto constitucionalmente establecido de competencias, dependerá de si la nueva normativa, sustitutoria de la impugnada, viene a plantear o no los mismos problemas competenciales señalados en aquel [por todas, STC 134/2011, de 20 de julio, FJ 2 b)]. Porque si los problemas competenciales subsisten, ello justifica la pervivencia del objeto del recurso y de la competencia para resolverlo del Tribunal, ya que «la función de preservar los ámbitos respectivos de competencias no puede quedar enervada por la sola derogación o modificación de las disposiciones cuya adopción dio lugar al litigio» (STC 18/2016, de 4 de febrero, FJ 2, y jurisprudencia allí citada). Por ello, si «la normativa en relación con la cual se trabó el conflicto no es simplemente derogada, sino parcialmente sustituida por otra que viene a plantear en esencia los mismos problemas competenciales, la doctrina de este tribunal avala la conclusión de la no desaparición del objeto del conflicto» [STC 134/2011, FJ 2 b)]. Es esto lo que lleva al TC a concluir que en el caso al que se refiere este recurso de inconstitucionalidad pervive el objeto en lo que respecta a la totalidad del decreto-ley.

c. Pérdida sobrevenida del objeto del recurso

La **STC 10/2023**, de 23 de febrero, del Pleno (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2023), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 718-2020 interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, declara extinguida, por pérdida sobrevenida del objeto, la impugnación de algunos de los preceptos impugnados con fundamento en su tradicional doctrina que considera que en materia competencial el mantenimiento del objeto del recurso dependerá de si la nueva normativa, sustitutoria de la impugnada, viene a plantear o no los mismos problemas competenciales señalados en el recurso de inconstitucionalidad [por todas, STC 134/2011, de 20 de julio, FJ 2 b)]. Si los problemas competenciales subsisten, ello justifica la pervivencia del objeto del recurso y la competencia para resolverlo del Tribunal porque «la función de preservar los ámbitos respectivos de competencias no puede quedar enervada por la sola derogación o modificación de las disposiciones cuya adopción dio lugar al litigio» (STC 18/2016, de 4 de febrero, FJ 2, y jurisprudencia allí citada). Por ello, si «la normativa en relación con

la cual se trabó el conflicto no es simplemente derogada, sino parcialmente sustituida por otra que viene a plantear en esencia los mismos problemas competenciales, la doctrina de este tribunal avala la conclusión de la no desaparición del objeto del conflicto» [STC 134/2011, FJ 2 b)]. Por el contrario, cuando la nueva normativa, sustitutoria de la impugnada, no viene a plantear los mismos problemas competenciales señalados en el recurso de inconstitucionalidad, se produce la extinción del objeto del proceso constitucional. De este modo, la STC 10/2023 declara la desaparición sobrevenida del objeto del recurso allí donde el conflicto competencial ha sido superado con nuevas previsiones normativas, lo que se proyecta a la impugnación del art. 3, puntos 1 y 2, y a la del art. 6.1 del Real Decreto Ley 14/2019.

Por su parte, en la **STC 36/2023**, de 19 de abril, de Pleno (BOE núm. 121, de 22 de mayo de 2023), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 1220-2021 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación, asimismo, con diversos preceptos del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, el TC señala que gran parte de las impugnaciones han experimentado una pérdida sobrevenida de objeto, precisamente, como consecuencia de la aprobación de la STC 10/2023, de 23 de febrero, a la que acabamos de referirnos. En concreto, según indica el Tribunal, procede la remisión al fundamento jurídico 2 de esa sentencia, relativo a las «observaciones sobre la pervivencia del objeto del recurso de inconstitucionalidad», pues en dicho fundamento se ha sostenido que el recurso había perdido objeto de modo sobrevenido en las impugnaciones sustantivas y competenciales atribuidas específicamente a los apartados primero y segundo del art. 3 del Real Decreto-ley 14/2019, en cuanto modifica los arts. 9.2 c) y 10.2 c) de la Ley 39/2015, atendido el alcance de la modificación producida por la Ley 11/2022 [STC 10/2023, FJ 2 ii)]. En el caso presente, tal pérdida de objeto alcanza a las impugnaciones sustantivas y competenciales del apartado primero del art. 6 del Real Decreto-ley 14/2019, al haber desaparecido la referencia al «orden público» en el actual art. 4.6 de la Ley 11/2022 [FJ 2 iii)], así como, según señala ahora el TC, a «la intervención» como técnica de control, que a juicio del recurrente, infringía la competencia de autoorganización de la Comunidad Autónoma del País Vasco (arts. 2 y 137 CE y 10.2 EAPV).

Finalmente, en la **STC 60/2023**, de 24 de mayo, del Pleno (BOE núm. 150, de 24 de mayo de 2023), que resuelve el recurso de inconstitu-

cionalidad 762-2020 interpuesto por el Parlamento de Cataluña también contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, el TC, en atención a las resoluciones anteriormente referidas (SSTC 20/2023, de 23 de febrero y 36/2023, de 19 de abril), señala que el presente recurso ha perdido parte de su objeto. En concreto, por lo que se refiere a la vulneración competencial que se imputa a los arts. 3.1 y 3.2, en relación con la disposición transitoria primera y la disposición final primera, apartado segundo, tanto la STC 10/2023 como la STC 36/2023 han constatado que los arts. 9.2 c) y 10.2 c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, modificados por aquellos, han sido redactados de nuevo por la Ley 11/2022, de 28 de junio, general de telecomunicaciones. Las referidas sentencias han apreciado que con esta modificación ha quedado solventada la infracción competencial planteada por los Gobiernos de la Generalitat de Cataluña y de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que coincide con la aducida ahora por el Parlamento de Cataluña. Por tanto, el TC declara en esta sentencia la pérdida sobrevenida del objeto respecto de los indicados preceptos del real decreto-ley.

2.1.3. *Admisión de hechos nuevos*

En la ya citada **STC 8/2023**, de 22 de febrero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular en el Senado en relación con el Decreto-ley del Consell 6/2020, de 5 de junio, para la ampliación de vivienda pública en la Comunitat Valenciana mediante los derechos de tanteo y retracto, los recurrentes presentaron dos escritos alegando hechos acaecidos con posterioridad a la interposición del recurso que consideran de interés para acreditar lo allí manifestado, con apoyo en el art. 80 LOTC, en relación con el art. 286 LEC. En el primero de sus escritos, pretenden los recurrentes aportar una circular que establece los criterios de interpretación de la norma, y en el segundo de ellos se trata de cuestionar el presupuesto habilitante del decreto-ley sobre la base de determinadas manifestaciones del vicepresidente segundo del Consell en las Cortes Valencias.

Según el TC, tales escritos no se pueden admitir, porque, en primer lugar, se ha de señalar que el art. 80 LOTC no enumera, entre las cues-

tiones en las que determina la aplicación supletoria de la Ley de enjuiciamiento civil, la relativa a la posibilidad de alegar hechos nuevos en los términos del art. 246 LEC. Y, aunque en algunas ocasiones el Tribunal ha hecho uso del recurso a la analogía para aplicar otros preceptos de la Ley de enjuiciamiento civil distintos de los expresamente previstos en el art. 80 LOTC [por ejemplo, ATC 288/1984, de 16 de mayo; ATC 46/1998, de 24 de febrero, FJ 1 B)], ya se indicó en la STC 86/1982 de 23 de diciembre, FJ 2, que «tal remisión hay que interpretarla en el sentido de que la ley procesal será aplicable en la medida en que no vaya contra la ley orgánica y sus principios inspiradores».

2.1.4. *Suspensión de actos y disposiciones de las comunidades autónomas*

El objeto del **ATC 35/2023**, de 7 de febrero (BOE núm. 61, de 13 de marzo de 2023), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 6440-2022, consiste en determinar si procede levantar o mantener la suspensión de la vigencia del art. 173 de la Ley de les Corts Valencianes 7/2021, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat 2022, por el que se añade un apartado 6 al art. 7 del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell, precepto suspendido en su vigencia y aplicación, como consecuencia de la invocación del art. 161.2 CE al interponerse el recurso de inconstitucionalidad por el presidente del Gobierno. El recurso se fundamenta en un único motivo: la vulneración de la competencia exclusiva del Estado en materia de «puertos de interés general» ex art. 149.1.20 CE.

El TC señala que este incidente cautelar tiene autonomía respecto al procedimiento principal, en el que se debe dilucidar la validez o invalidez de las normas legales recurridas. A tal efecto, recuerda que una vez producida la suspensión de la eficacia de las disposiciones autonómicas impugnadas por invocación del artículo 161.2 CE, su mantenimiento o levantamiento constituye una medida procesal cautelar, cuya finalidad consiste en asegurar el objeto litigioso, evitando la producción de daños y perjuicios irreparables o de difícil reparación. La suspensión acordada cautelarmente tiene un carácter excepcional, pues las leyes gozan de la presunción de legitimidad, en cuanto expresión de la voluntad popular, mientras no se constate que han infringido la Constitución (entre otros,

ATC 277/2009, de 10 de diciembre, FJ 2). Por consiguiente, la decisión sobre el mantenimiento o el levantamiento de la suspensión debe desvincularse plenamente de la decisión sobre la cuestión de fondo, que deberá dirimirse mediante sentencia (entre otros, AATC 12/2006, de 17 de enero, FJ 5, y 18/2007, de 18 de enero, FJ 5).

Según se acordó ya en el ATC 157/2016, de 20 de septiembre, FJ 3, que sintetiza la doctrina sobre los criterios para sustanciar este tipo de incidentes, «para decidir acerca del mantenimiento o levantamiento de la misma [suspensión], es necesario ponderar, de un lado, los intereses que se encuentran concernidos, tanto el general y público como, en su caso, el particular o privado de las personas afectadas, y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. Igualmente, hemos destacado que esta valoración debe efectuarse mediante el estricto examen de las situaciones de hecho creadas y al margen de la viabilidad de las pretensiones que se formulan en la demanda. Asimismo, este tribunal ha precisado que el mantenimiento de la suspensión requiere que el Gobierno, a quien se debe la iniciativa, no solo invoque la existencia de aquellos perjuicios, sino que es igualmente necesario que demuestre, o al menos, razone consistentemente su procedencia y la imposibilidad o dificultad de su reparación».

No obstante, la doctrina constitucional también ha admitido que el mantenimiento de la suspensión se pueda acordar excepcionalmente con arreglo a otros criterios o consideraciones, sin entrar a valorar los perjuicios de imposible o difícil reparación que ello generaría. Uno de esos criterios excepcionales es el criterio del *fumus boni iuris*, que resulta aplicable cuando los preceptos impugnados sobre los que versa el incidente de suspensión contienen previsiones muy similares (una «similitud intensa o coincidencia literal») con otras normas ya declaradas inconstitucionales y nulas por sentencia de este tribunal (así, AATC 78/1987, de 22 de enero, FJ 2; 183/2011, de 14 de diciembre, FJ 4; 182/2015, de 3 de noviembre, FJ 6; 41/2016, de 16 de febrero, FFJJ 2 y 3, y 171/2016, de 6 de octubre, FJ 3). Otro de los supuestos excepcionales es el bloqueo de competencias estatales (AATC 336/2005, de 15 de septiembre, FJ 5; 104/2010, de 28 de julio, FJ 5, y 146/2013, de 5 de junio, FJ 4). Asimismo, en supuestos en los que se suscitan cuestiones de gran relieve constitucional, el Tribunal ha declarado que también procede el mantenimiento de la suspensión de determinadas disposiciones (este fue el caso del ATC 156/2013, de 11 de julio, y el de los AATC 182/2015 y 186/2015, de 3 de noviembre).

A la luz de esta doctrina sobre la suspensión cautelar, de lo que se trata es de dilucidar si los perjuicios que han sido alegados por la abogacía del Estado tienen la gravedad y consistencia necesarias como para prevalecer sobre la presunción de legitimidad de la ley autonómica en virtud de su origen. Y el TC llega a la conclusión de que tales perjuicios no solo resultan meramente hipotéticos y carecen del grado de certeza que según la doctrina constitucional (ATC 428/2004, de 10 de noviembre, FJ 10, entre otros muchos) resulta imprescindible acreditar, sino que, además, dado su contenido exclusivamente económico, son indemnizables, por lo que no pueden servir de soporte a una decisión de mantenimiento de la suspensión.

También descarta el TC la alegación del abogado del Estado acerca de que el levantamiento de la suspensión de la norma autonómica generaría inseguridad jurídica y desigualdad en la gestión estatal de los puertos de interés general. Para el TC se trata de una alegación formulada de forma genérica y sin aportar una justificación concreta, pues los perjuicios habrían de producirse, a juicio de la abogacía del Estado, por la mera existencia de una diversidad regulatoria que, por otra parte, es consustancial con el carácter autonómico de nuestro Estado [AATC 80/2008, de 11 de marzo, FJ 6; 196/2015, de 18 de noviembre, FJ 3 c), y 144/2016, de 19 de julio, FJ 7]. Si dicha argumentación se aceptara, concluye el TC, la suspensión de las normas impugnadas por motivos competenciales en los que concurra una regulación autonómica diferente sería siempre necesaria. Ello le conduce a descartar que este alegato sea idóneo para justificar el mantenimiento de la suspensión del precepto impugnado.

Finalmente, en relación con la alegación del abogado del Estado sobre el bloqueo de la competencia estatal que provocaría el levantamiento de la suspensión, el TC procede, en primer lugar, a recordar su doctrina (por todos, ATC 63/2015, de 17 de marzo, FJ 2), en virtud de la cual, en alguna ocasión y con carácter excepcional, ha declarado que un precepto autonómico bloquea el ejercicio de competencias estatales a fin de justificar el mantenimiento de su suspensión «cuando la controversia suscitada en el recurso que origina el incidente cautelar excede de las situaciones normales de controversia competencial; situaciones que no tienen que ver con la viabilidad de las pretensiones de la demanda o su apariencia de buen derecho, sino con el efecto mismo de bloqueo del ejercicio de las competencias estatales (ATC 153/2014, de 27 de noviembre, FJ 1)». Según el TC, tal bloqueo ocurre, «bien porque la competencia estatal afectada está palmariamente reconocida por el bloque de constitucionalidad y

no es discutida por las partes (ATC 336/2005, de 15 de septiembre, FJ 5); bien porque la norma autonómica impugnada reconoce expresamente que se ha dictado con la única finalidad de dejar en suspenso el ejercicio de una competencia estatal cuya legitimidad se discute (ATC 146/2013, de 5 de junio, FJ 4); bien, finalmente, porque concurren a la vez ambos requisitos (…) (ATC 104/2010, de 28 de julio, FJ 5)».

A la luz de esta doctrina, proyectada al caso planteado, según el TC hay que concluir que no es posible apreciar que tales circunstancias excepcionales concurran en el supuesto que ahora examina. Esto es, el Tribunal considera que no se ha bloqueado el ejercicio de la competencia estatal en materia de puertos de interés general, sino que únicamente se cuestiona la manera en que debe ser entendida dicha competencia en relación con las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio, seguridad industrial y salud pública. Lo que impide considerar que se contravenga la competencia estatal de forma tan meridiana que se pueda llegar a ratificar la suspensión acordada por apreciarse el supuesto excepcional del bloqueo competencial. Y, en consecuencia, concluye que procede levantar la suspensión de la aplicación del precepto autonómico impugnado.

Por su parte, el objeto del **ATC 265/2023**, de 23 de mayo, del Pleno (BOE núm. 150, de 24 de junio de 2023), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 26-2023 interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos del Decreto-ley del Gobierno de Aragón 3/2022, de 6 de abril, por el que se adoptan medidas excepcionales y urgentes en la contratación pública de Aragón, también consiste en determinar si procede levantar o mantener la suspensión de la vigencia de dichos preceptos (arts. 2, 3.1, 3.2, 4 y 5) como consecuencia de la invocación por el presidente del Gobierno de los arts. 161.2 CE y 30 LOTC.

El recurso se fundamenta en un único motivo: la vulneración de la legislación básica sobre contratos administrativos (art. 149.1.18 CE), concretamente de determinados preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, por el que se traspone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE.

El Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, «con el fin de dar respuesta a la magnitud y el carácter imprevisible del alza [de precios] experimentada en los últimos años», prevé en determinados supuestos una revisión excepcional de los precios de los contratos públicos no contempladas en el art. 103 de la Ley de contratos del sector público, permitiendo a las comunidades autónomas aplicar estas medidas si así lo acuerdan. La revisión de precios a la que habilita el Real Decreto-Ley 3/2022 tiene carácter excepcional y, en consecuencia, alcance limitado debido, entre otros requisitos, a que: (i) no es aplicable a cualquier tipo de contrato, sino solo a los de obra y cuya tramitación, además, se encuentre en determinadas fases o estados en el periodo de un año desde la entrada en vigor de la norma; y (ii) se circunscribe a un número limitado de materiales de construcción para la ejecución de tales obras.

El Gobierno de Aragón, con el fin de aplicar dichas medidas, aprobó el decreto-ley hoy impugnado, permitiendo también en el ámbito de la comunidad autónoma la revisión excepcional de precios de los contratos. No obstante, según el recurso de inconstitucionalidad dicha norma vulnera la legislación básica del Estado al contradecir las condiciones y ámbito temporal de la revisión de precios de los contratos.

El abogado del Estado aduce que el decreto-ley impugnado vulnera también la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, debido a que introduce en su art. 5 un supuesto de modificación de los contratos de obra pública por incremento del precio de los materiales que no está previsto en la ley estatal, obviando que el carácter básico de esta obliga al legislador autonómico a respetar, no solo los aspectos procedimentales establecidos en ella, sino también las causas, condiciones y limites sustantivos en materia de modificación de los contratos.

Antes de resolver, el TC recuerda cuál es su doctrina consolidada sobre la naturaleza de este incidente cautelar y los parámetros que deben tenerse en cuenta para acordar el mantenimiento o levantamiento de la suspensión, ya resumida con anterioridad.

Procede, a continuación, a dirimir si corresponde o no mantener la suspensión de las disposiciones autonómicas. Así, por lo que se refiere a las normas sobre revisión de precios en los contratos públicos (arts. 3.1, 3.2, 4.1 y 4.2), y en relación con el argumento del abogado del Estado acerca de que los efectos de una hipotética sentencia estimatoria del recurso de inconstitucionalidad impedirían la restauración de la competen-

cia básica del Estado (debido a que los preceptos impugnados no están llamados a aplicarse de forma indefinida, sino a una serie de contratos determinados temporalmente), recuerda el TC que el mantenimiento de la suspensión requiere que el Gobierno no solo invoque la existencia de perjuicios ciertos y efectivos, sino que razone consistentemente su procedencia y su imposible o difícil reparación. Para el TC, las normas relativas a los contratos que pueden verse beneficiados por la revisión de precios no lleva aparejada necesariamente la ineficacia de una hipotética declaración de inconstitucionalidad ni impone, en consecuencia, la suspensión que se pretende por la Abogacía del Estado. Además, una hipotética declaración de inconstitucionalidad no resultaría ineficaz porque delimitaría la órbita de las respectivas competencias en una determinada materia. Tampoco puede acogerse la alegación referida a que, por la falta de publicidad de los actos de revisión de los precios, los posibles afectados no podrían reaccionar frente a aquellos y, aun pudiendo hacerlo, en muchos casos no sería viable volver a la situación inicial, al menos sin generar una responsabilidad patrimonial para la administración, en tanto que el abogado del Estado no refiere la existencia de perjuicios reales que fueran de imposible o de difícil reparación, sobre todo teniendo en cuenta que es doctrina constitucional reiterada que los perjuicios económicos no son idóneos para justificar el mantenimiento de la suspensión. Por último, el Tribunal tampoco considera como argumento suficiente para mantener la suspensión de una norma que goza del principio de presunción de constitucionalidad la alusión a la infracción del Derecho de la Unión Europea cuando se enuncia sin el grado de certeza necesario para su consideración como tal, constituyendo una mera hipótesis (AATC 42/2011, de 12 de abril, FJ 3,;10/2013, de 15 de enero, FJ 3; 182/2015, de 3 de enero, FJ 6, y 63/2017, de 25 de abril, FJ 5). En consecuencia, el TC acuerda que procede levantar la suspensión de los arts. 3.1, 3.2, 4.1 y 4.2 del Decreto-ley 3/2022.

Por el contrario, el TC considera distinto el caso del art. 5 del Decreto-ley 3/2022, que regula la modificación de los materiales en los contratos de obra pública. Dicha norma establece la posibilidad de que, en los contratos de obra pública, a petición de la empresa adjudicataria de la obra, pueda acordarse a criterio del órgano de contratación una modificación de los materiales tomados en cuenta para la elaboración del proyecto que sirvió de base a la licitación, siempre y cuando la modificación de los materiales permita una rebaja de los precios y no implique una merma en la funcionalidad y seguridad de la obra en ejecución. Entre otras consideraciones, el abogado del Estado alega

para interesar el mantenimiento de la suspensión de este precepto que, de aplicarse el mismo, no sería viable volver a la situación anterior toda vez que no podría exigirse al contratista que, tras la realización de una obra con unos materiales no previstos en el contrato, se le volviera a exigir llevarla a cabo con aquellos inicialmente previstos en este. Para el TC, los perjuicios que el abogado el Estado ha anudado al levantamiento de la suspensión son de la suficiente entidad como para acordar su mantenimiento.

2.2. Cuestión de inconstitucionalidad

2.2.1. *Objeto*

a. Concreción del objeto del recurso

En la **STC 133/2022**, de 25 de octubre, del Pleno (BOE núm. 288, de 01 de diciembre de 2022), que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 1913-2022 planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el TC considera, en cuanto a la determinación del objeto de la cuestión, que, aunque la parte dispositiva del auto de planteamiento se refiere sin más especificaciones al apartado 4 del art. 6 bis de la Ley del Parlamento de Canarias 11/1997, tanto de su fundamentación jurídica como del objeto del proceso *a quo* se desprende indubitadamente que lo cuestionado es exclusivamente el inciso final del precepto, esto es, la norma que equipara la autorización especial autonómica a la actividad de control urbanístico municipal descrita en el art. 100.1 TRLHL a efectos de devengo y liquidación del ICIO. El Tribunal, de este modo, lleva a efecto una concreción del objeto del proceso, formulado de manera más amplia en la parte dispositiva del auto de planteamiento de la cuestión, a partir de una interpretación conjunta de la fundamentación jurídica de esta y del propio objeto del proceso *a quo*.

b. Pérdida sobrevenida del objeto del recurso

Las **SSTC 127/2022; 128/2022 y 129/2022**, de 11 de octubre (BOE núm. 277, de 18 de noviembre de 2022), así como las **SSTC 134/2022, 135/2022, 136/2022, 137/2022 y 138/2022**, de 26 de octubre, todas ellas del Pleno (BOE núm. 288, de 01 de diciembre de 2022), resuelven

las cuestiones de inconstitucionalidad[6] planteadas por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, respecto del artículo 1 de la Ley del Parlamento de Canarias 18/2019, de 2 de diciembre, de medidas urgentes de ordenación del empleo público en las administraciones canarias. En concreto, cuestionan la compatibilidad de este precepto con la normativa básica estatal relativa al régimen estatutario de los funcionarios públicos, aprobada en virtud de la competencia del Estado sobre la materia *ex* art. 149.1.18 CE. Específicamente, dudan de su compatibilidad con la exigencia de que la adscripción del funcionario de carrera de nuevo ingreso a su primer puesto de trabajo tenga carácter definitivo; exigencia que resultaría expresamente del art. 26.1, en conexión con el art. 63, del Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la administración general del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la administración general del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo; y que se derivaría también de los arts. 18.4, 20.1 a) y 21 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, de la que constituye norma de desarrollo ese reglamento.

El TC declara, en aplicación de su reiterada doctrina[7], la pérdida sobrevenida de objeto de todas las cuestiones de inconstitucionalidad referidas, dado que el precepto cuestionado ya había sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 116/2022, de 27 de septiembre.

Por su parte, en la **STC 150/2022**, de 29 de noviembre (BOE núm. 5, de 06 de enero de 2023), que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 5439-2021 planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona en relación con el artículo 2.1, letras a) y b) del Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en los locales de negocio arrendados, el Tribunal no entiende que se haya producido una pérdida sobrevenida de objeto pese a que el Decreto-ley impugnado haya sido derogado, con efectos de 19 de mayo de 2022, por la disposición derogatoria 12 del Decreto-ley 5/2022, de 17 de mayo, de medidas urgentes para contribuir a paliar los efectos del conflicto bélico de Ucra-

[6] Se trata de las cuestiones de inconstitucionalidad 6113-2021; 6506-2021; 1972-2022; 5378-2021; 5384-2021; 5786-2021; 6945-2021; y 6946-2021, respectivamente.

[7] Véanse, entre otras, las SSTC 47/2017, de 27 de abril, FJ 3 c); 49/2017, de 8 de mayo, FJ 4; 55/2017, de 11 de mayo, FJ 3 c); 60/2018, de 4 de junio, FJ 3, y 153/2019, de 25 de noviembre, FJ único b).

nia en Cataluña y de actualización de determinadas medidas adoptadas durante la pandemia de la Covid-19.

Según el Tribunal, «la circunstancia de que la norma sobre la que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad haya sido derogada [por razones de seguridad jurídica] no implica sin embargo que la cuestión haya perdido su objeto. Debe tenerse en cuenta la doctrina constitucional reiterada, conforme a la cual, en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso, como consecuencia de la modificación o derogación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esa modificación o derogación, resulte o no aplicable en el proceso *a quo*, y de que se su validez dependa la decisión a adoptar en este» (por todas, STC 22/2019, de 14 de febrero, FJ 2, y doctrina que cita). En el presente caso —señala el Tribunal— el órgano judicial razona adecuadamente sobre la aplicabilidad y relevancia del precepto cuestionado para el resultado del proceso, habida cuenta de que este se sustancia sobre un contrato de arrendamiento de local de negocio, en el que se solicita la revisión en el pago de la renta durante un período temporal específico, coincidente con la adopción de medidas de suspensión o restricción de actividad como consecuencia de la pandemia de la Covid-19.

2.2.2. *Trámite de audiencia*

En la ya citada **STC 133/2022**, de 25 de octubre, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en relación con el requisito de la previa audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal acerca de la pertinencia del planteamiento de la cuestión (art. 35.2 LOTC), entiende el Tribunal que puede considerarse cumplido correctamente, a pesar de que los preceptos del bloque de la constitucionalidad que el auto de planteamiento reputa vulnerados no coincidan exactamente con los que se pusieron de manifiesto a las partes en el auto por el que se abrió dicho trámite de audiencia (a saber, los arts. 133.2, 149.1.14 y 157.3 CE). Y ello porque los preceptos en que definitivamente se sustentan las dudas de constitucionalidad fueron traídos a colación por las propias partes (en concreto, por la entidad mercantil recurrente en el proceso *a quo*) en el marco del trámite del art. 35.2 LOTC [SSTC 67/1985, de 24 de mayo, FJ 1 a); 138/2005, de 26 de mayo, FJ 2, y 55/2017, de 11 de mayo, FJ 2 b)].

Además, y como señala el Ministerio Fiscal, los preceptos incluidos como parámetro de constitucionalidad en el auto de planteamiento de la cuestión se encuentran estrechamente relacionados con los identificados en el trámite de audiencia y en el propio auto de admisión del recurso de casación, de modo que, según el Tribunal, no cabe entender —ni se ha alegado ante el propio TC— que ninguno de los intervinientes en el proceso *a quo* se haya visto privado de la posibilidad de conocer que la norma cuestionada podía contradecir tales previsiones constitucionales ni de formular alegaciones al respecto.

En conexión con ello, el Tribunal desestima las alegaciones del letrado del Parlamento de Canarias relativas a la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, y recuerda que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es «una prerrogativa exclusiva e irrevisable» de los órganos judiciales (por todas, STC 26/2009, de 26 de enero, FJ 2), sobre cuyo ejercicio corresponde únicamente a ellos decidir. En este sentido, el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal previsto en el art. 35.2 LOTC es una pieza preliminar del posterior proceso constitucional (ATC 220/2012, de 27 de noviembre), de celebración imperativa y cuya finalidad es «garantizar la audiencia […] ante una posible decisión judicial de tanta entidad como es la apertura de un proceso constitucional y de poner a disposición del órgano judicial un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso» (STC 140/2008, de 28 de octubre, por todas).

Por lo demás, la fundamentación del auto de planteamiento, según el Tribunal, ha de considerarse suficientemente expresiva de las razones por las cuales el órgano proponente considera inviable realizar una interpretación del precepto acorde con la Constitución y, asimismo, pone de manifiesto que se han tenido en cuenta las alegaciones formuladas por las partes en el trámite de audiencia, con independencia de que el órgano judicial las comparta o no, careciendo de relevancia a estos efectos el motivo de interés casacional objetivo apreciado al admitir el recurso de casación.

2.2.3. *Juicios de aplicabilidad y relevancia*

En la **STC 114/2022**, de 26 de septiembre, de la Sala Segunda (BOE núm. 262, de 01 de noviembre de 2022), que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 3853-2022 planteada por el Juzgado de lo Contencio-

so-Administrativo núm. 4 de Oviedo, en relación con la disposición transitoria primera, apartado segundo, de la Ley de la Junta General del Principado de Asturias 2/2007, de 23 de marzo, de coordinación de policías locales, el letrado del gobierno autonómico de Asturias plantea un óbice procesal relacionado con el juicio de relevancia, que es desestimado por la Sala segunda del Tribunal, tras recordar su doctrina al respecto, establecida, entre otras muchas, en la STC 9/2019, de 17 de enero, FJ 2. Considera, así, que el juicio de relevancia ha de ser entendido «como el «esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada», y erigido en requisito esencial de este tipo de proceso constitucional, es a los jueces y tribunales a quienes compete realizarlo en cada asunto concreto, «sin que le corresponda a este tribunal sustituir o rectificar su criterio, salvo en los casos en que de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos, se advierta que la argumentación judicial en relación con dicho juicio de relevancia carece de consistencia» (STC 86/2016, de 28 de abril, FJ 3)». En el caso presente, según el Tribunal resulta claro del auto de planteamiento que el precepto sobre el que gravita la duda de constitucionalidad, en particular, el inciso final que permite sustituir la exigencia de titulación académica por cursos de formación, es el fundamento del recurso contencioso-administrativo que da origen al proceso *a quo* y su validez es determinante de la sentencia que haya de dictarse en él. Por tanto, se cumple lo dispuesto por el art. 35.2 LOTC.

Por su parte, en la ya citada **STC 150/2022**, de 29 de noviembre, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona en relación con el artículo 2.1, letras a) y b) del Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en los locales de negocio arrendados, el representante autonómico alega que la inadmisibilidad de la cuestión planteada podría fundarse en su carencia de fundamento, en cuanto el órgano judicial no aporta razonamiento suficiente de la supuesta inconstitucionalidad. Sin embargo, no lo entiende así el TC, que rechaza dicha objeción, habida cuenta de que, a su juicio, el auto formula una argumentación explícita y razonada en la que expresa los motivos por los que, a su juicio, los preceptos cuestionados pueden resultar inconstitucionales, expone la doctrina constitucional que considera aplicable y especifica el precepto constitucional que considera vulnerado, por lo que incorpora una fundamentación razonada de la duda de inconstitucionalidad planteada.

2.3. Conflicto positivo de competencia: pérdida sobrevenida de objeto

La **STC 20/2023**, de 23 de marzo, de Pleno (BOE núm. 98, de 25 de abril de 2023), dictada con ocasión del conflicto positivo de competencia 5253-2021, planteado por el Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma del País Vasco, en relación con diversos preceptos del Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, aprobado por el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, declara la extinción del conflicto constitucional por pérdida sobrevenida de su objeto[8]. Aunque el Reglamento impugnado no ha sido formalmente modificado para adaptarlo a una nueva regulación legal recogida en la Ley 11/2022, de 28 de junio, general de telecomunicaciones, materialmente, sin embargo, el conflicto ha perdido su objeto, porque ha desaparecido el aspecto sobre el que se asentaba la impugnación y que fundamentaba las tachas competenciales alegadas por el Gobierno vasco.

En concreto, las disposiciones reglamentarias objeto de discusión en el conflicto han de considerarse derogadas, al resultar incompatibles con el actual contenido de los arts. 9.2.c y 10.2.c de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, en la redacción dada por la disposición final primera de la Ley general de telecomunicaciones de 2022. Tras esa modificación legal el problema competencial que planteaba el conflicto de competencias (régimen de autorización estatal previa para la implantación de la clave concertada y de otros sistemas de identificación y firma electrónica de los ciudadanos, sustituido por un sistema de comunicación acompañada

[8] En aplicación de la reiterada doctrina que el TC tiene establecida en relación con los procesos de naturaleza competencial, conforme a la cual, «la eventual apreciación de la pérdida de objeto del proceso dependerá de la incidencia real que sobre el mismo tenga la derogación, sustitución o modificación de la norma y no puede resolverse apriorísticamente en función de criterios abstractos o genéricos, pues lo relevante no es tanto la expulsión de la concreta norma impugnada del ordenamiento, cuanto determinar si con esa expulsión ha cesado o no la controversia competencial, toda vez que poner fin a la misma a la luz del orden constitucional de reparto de competencias es el fin último al que sirven tales procesos [por todas, STC 149/2012, de 5 de julio, FJ 2 b)]. De modo que si la normativa en torno a la cual se trabó el conflicto resulta parcialmente modificada por otra que viene a plantear los mismos problemas competenciales la consecuencia será la no desaparición del objeto del conflicto (por todas, STC 133/2012, de 19 de junio, FJ 2)» [STC 65/2013, de 14 de marzo, FJ 2 b); en el mismo sentido, SSTC 88/2014, de 9 de junio, FJ 2; 112/2014, de 7 de julio, FJ 2, y 185/2021, de 28 de octubre, FJ 2].

de declaración previa responsable) no subsiste, por lo que cabe entender que aquel ha perdido sobrevenidamente su objeto.

3. Distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas

3.1. Legislación mercantil (art. 149.1.6 CE)

Como ya se ha señalado, la **STC 8/2023**, de 22 de febrero, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular en el Senado en relación con el Decreto-ley del Consell 6/2020, de 5 de junio, para la ampliación de vivienda pública en la Comunitat Valenciana mediante los derechos de tanteo y retracto. Entre los motivos de inconstitucionalidad de carácter competencial en que basan los recurrentes su recurso se apunta a la invasión de competencias del Estado en materia de legislación mercantil (art. 149.1.6 CE) y de la competencia de las demás comunidades autónomas en caso de operaciones de transmisión que afecten a sociedades mercantiles propietarias de inmuebles en territorios distintos de la Comunitat Valenciana; vulneración que derivaría de lo previsto en el art. 10.1 c) y d) del Decreto ley, en la medida en que establece un derecho de adquisición preferente sobre acciones o participaciones sociales de mercantiles cuyo objeto social esté vinculado con la actividad inmobiliaria cuando se transmita un porcentaje de un edificio o un número de viviendas. El TC, sin embargo, desestima esta alegación, pues, en su opinión, resulta lógico entender que el establecimiento de un derecho de adquisición preferente sobre acciones o participaciones sociales no significa establecer una regulación mercantil.

3.2. Legislación procesal (art. 149.1.6 CE)

También en la **STC 8/2023**, de 22 de febrero, se alega, entre los motivos de inconstitucionalidad de carácter competencial, la invasión de competencias del Estado en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE) por parte del art. 10.1.b y concordantes del Decreto-ley del Consell 6/2020 en relación con los procedimientos de ejecución. Este precepto atribuye a la Generalitat Valenciana el derecho de retracto en las trans-

misiones de viviendas, y sus anejos, que hubieren sido adquiridas en un proceso judicial de ejecución hipotecaria o en un procedimiento de venta extrajudicial en sede notarial. Para el TC, sin embargo, la norma invocada no es de carácter procesal ni incide siquiera sobre el procedimiento de ejecución, pues el derecho de adquisición preferente no se establece respecto de la adquisición de una vivienda dentro del proceso de ejecución hipotecaria, sino que afecta a las ulteriores transmisiones de viviendas cuando estas hayan sido previamente adquiridas a través de una ejecución hipotecaria. En consecuencia, no aprecia la alegada invasión competencial.

3.3. Legislación civil (art. 149.1.8 CE)

En el marco asimismo de la **STC 8/2023**, de 22 de febrero, otro de los motivos de inconstitucionalidad de carácter competencial en que basan los recurrentes su recurso frente al Decreto-ley del Consell 6/2020, apunta hacia la invasión de la competencia del Estado en materia de legislación civil (art. 149.1.8 CE). A tal efecto, considera el TC que los derechos de adquisición preferente que se regulan en el decreto ley impugnado, y cuya titularidad se atribuye a la Generalitat, son una regulación administrativa que se incardina en la competencia de la Comunitat Valenciana en materia de vivienda, sin que quepa apreciar, por tanto, invasión de la competencia del Estado en materia de legislación civil (art. 149.1.8 CE). Para el TC, el establecimiento a favor de la Administración de un derecho de tanteo y retracto para determinados supuestos no implica la regulación de una institución civil. No hay, por consiguiente, invasión competencial del título del art. 149.1.8 CE, a diferencia de lo que sucedía con la regulación canaria que se juzgaba en la STC 28/2012, de 1 de marzo, que, al no establecer un derecho de retracto a favor de una Administración pública, sino en beneficio de una persona física o jurídica de carácter privado, llevó al TC a considerar que se trataba de un supuesto de regulación entre particulares, incidiendo así en un ámbito propio del derecho privado, en concreto, del derecho civil, «privilegiando a unos potenciales adquirentes frente a otros y limitando la libre disposición de su titular que viene obligado a vender a las personas privadas designadas por la disposición cuestionada», motivo por el cual se consideró entonces que no era posible incardinar la norma en el ámbito propio de la competencia autonómica sobre legislación turística, sino que formaba parte de la legislación civil, competencia del Estado.

La sentencia cuenta con dos votos particulares: uno discrepante de la magistrada Concepción Espejel Jorquera y otro concurrente de la magistrada Laura Díez Bueso.

En su voto discrepante, y por lo que hace a los aspectos competenciales, la magistrada Espejel Jorquera no comparte el modo en que se descarta en la sentencia la invasión de las competencias del Estado en materia de legislación civil. Según sostiene, la doctrina constitucional permite crear a favor de la administración autonómica un derecho de tanteo y de retracto, pero sin establecer, en modo alguno, una regulación del régimen jurídico de tales derechos. En su opinión, la sentencia, sin embargo, se limita a descartar la vulneración de las competencias del Estado sin analizar si el decreto-ley impugnado ha regulado el régimen jurídico de tales derechos y si, con ello, ha vulnerado las competencias del Estado en materia de legislación civil.

En su voto concurrente, la magistrada Díez Bueso discrepa respecto de las razones que considera hubieran debido fundamentar la desestimación de la impugnación relativa a la invasión competencial en materia de legislación civil, así como respecto de la confusa interpretación que, en su opinión, se efectúa de la jurisprudencia constitucional relativa a los derechos de adquisición preferente creados por la legislación autonómica a favor de la administración. Para la magistrada Díez Bueso, los diputados recurrentes ni siquiera afirman con rotundidad en su escrito de demanda que haya existido una invasión competencial, pues se limitan a enumerar las competencias que consideran vulneradas por los preceptos impugnados y a citar extensamente las SSTC 170/1989, de 7 de noviembre; 207/1999, de 11 de noviembre; y 28/2012, de 1 marzo, relativas a los derechos de adquisición preferente. En ningún momento fundamentan que la aplicación de la doctrina establecida en esas sentencias determina la inconstitucionalidad de los preceptos recurridos en este caso. Y considera que la debida argumentación de esta impugnación es especialmente importante, pues según se afirma en el recurso «con respecto a los demás posibles [sic] conflictos competenciales que se aprecian, precisamente exigirán la resolución de este primero, pues a él son subordinados», con lo que parece darse a entender que la impugnación relativa a la invasión competencial del art. 149.1.8 CE es la principal, siendo el resto de carácter subsidiario. Recuerda la magistrada, que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, «cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga de los recurrentes no solo la de abrir la vía para que el tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del tribunal en un pormenorizado análisis de

las graves cuestiones que se suscitan. Es justo, pues, hablar […] de una carga del recurrente y, en los casos en que aquella no se observe, de una falta de diligencia procesalmente exigible, que es la diligencia de ofrecer la fundamentación que razonablemente es de esperar»; o, dicho de otro modo, «que la presunción de constitucionalidad de normas con rango de ley no puede desvirtuarse sin un mínimo de argumentación y no caben impugnaciones globales y carentes de una razón suficientemente desarrollada» (STC 82/2020, de 15 de julio). Según la magistrada Díez Bueso, la decisión mayoritaria, en aplicación de esta doctrina, ha desestimado las impugnaciones por las que se aducía que el decreto-ley impugnado vulneraba los arts. 149.1.1 y 149.1.18; sin embargo, a su juicio, estos mismos argumentos hubieran debido utilizarse también para rechazar el análisis de la impugnación relativa al art. 149.1.8 CE, por falta de levantamiento de la carga alegatoria.

Por su parte, en relación con los derechos de tanteo y retracto en materia competencial, la magistrada Díez Bueso muestra sus dudas con la solución adoptada en la sentencia; dudas que derivan de la conclusión a la que llega la mayoría al estimar que, como los derechos de adquisición preferente que regula el decreto-ley impugnado son derechos cuya titularidad se atribuye a la Generalitat, «no se pueden aplicar aquí los razonamientos de la STC 28/2012 y sí considerar, más bien, que la regulación de estos derechos es una regulación administrativa que se incardina en la competencia de la Comunitat Valenciana en materia de vivienda, por lo que no cabe apreciar la invasión competencial en materia de legislación civil». Esta conclusión, así formulada, podría dar lugar a entender, según la magistrada, que las normas autonómicas no pueden regular derechos de adquisición preferente a favor de particulares, pero sí que pueden hacerlo cuando se constituyen a favor de una administración pública. En su opinión, esta posible interpretación de la decisión mayoritaria no sería correcta, pues una cosa es que las normas autonómicas, en materia de su competencia, puedan crear derechos de tanteo y retracto a favor de la administración pública y regular las peculiaridades que conlleva la atribución de tales derechos a la administración y otra muy distinta es que estas normas puedan establecer su régimen jurídico.

Por último, la magistrada Díez Bueso disiente también de la opinión mayoritaria cuando parece equiparar todos los tipos de retracto y entiende que todos ellos se rigen por la legislación civil. Señala, así que los arts. 7.3 y 8.3 del Decreto-ley 6/2020 no están regulando ninguna cuestión civil, sino administrativa, y, en consecuencia, el legislador autonómico establece expresamente que deben pagarse los gastos de la transac-

ción y quién debe hacerlo. Por el contrario, los arts. 3.7 y 12.3, al referirse a un tipo de retracto en el que su ejercicio por la administración no presenta ninguna singularidad que requiera una regulación específica, no contiene ninguna previsión sobre este particular y se rigen directamente por lo dispuesto en el ordenamiento jurídico civil. Por este motivo, en su opinión, no resulta necesario realizar la interpretación conforme a la que alude el último inciso del FJ 10 de la decisión mayoritaria, sino simplemente aplicar el sistema de distribución competencial previsto en los arts. 148 y 149.1 de la CE.

3.4. Bases de las obligaciones contractuales: art. 149.1.8 CE

3.4.1. *Contención de rentas en los contratos de arrendamientos*

La **STC 118/2022**, de 29 de septiembre, del Pleno (BOE núm. 262, de 01 de noviembre de 2022), resuelve el recurso de inconstitucionalidad 5390-2021 interpuesto por el presidente del Gobierno respecto del artículo 4 del Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 50/2020, de 9 de diciembre, de medidas urgentes para estimular la promoción de viviendas con protección oficial y de nuevas modalidades de alojamiento en régimen de alquiler.

El recurso es estimado y se declara inconstitucional y nulo el precepto impugnado, que introduce un nuevo apartado en el art. 9 de la Ley 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda, con la siguiente redacción:

«3. En los contratos de arrendamiento de viviendas que habían estado arrendadas dentro de los cinco años anteriores a la entrada en vigor de esta ley, es nulo el pacto que obliga a la parte arrendataria a asumir los gastos generales y de servicios individuales que no habían sido previstos en el contrato de arrendamiento anterior».

Según el TC, este precepto incurre en la misma vulneración del art. 149.1.8 CE que ya se apreció en relación con los apartados 1 y 2 del art. 9 en la STC 37/2022, de 10 de marzo, al establecer una regla sobre los gastos generales y de servicios individuales que es aplicable a los contratos de arrendamiento sujetos al régimen de contención de rentas regulados por la Ley 11/2020. En consecuencia, se declara la inconstitu-

cionalidad y nulidad del precepto impugnado, por cuanto establece una limitación de la renta en los contratos de arrendamientos, que es contraria al principio de libre determinación de la renta que establece el art. 17.1 de la Ley 29/1994, de arrendamientos urbanos (ley dictada en ejercicio de la competencia estatal sobre las bases de las obligaciones contractuales).

No obstante, el Tribunal, al igual que hizo en la STC 37/2022, de 10 de marzo, decide limitar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad al establecer que «la decisión que se adopta no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, pues el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE y la necesidad de atender al fin legítimo de procurar la estabilidad en las relaciones contractuales preexistentes aconseja limitar los efectos de esta sentencia, de manera que la inconstitucionalidad y nulidad del precepto impugnado tendrá solo efectos pro futuro, manteniéndose en sus términos los contratos de arrendamiento de viviendas celebrados con anterioridad al momento de la presente resolución y a los que resultase de aplicación la mencionada norma».

3.4.2. *Fijación de la renta en los contratos privados de arrendamiento para uso distinto del de vivienda*

La ya citada **STC 150/2022**, de 29 de noviembre, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona en relación con el artículo 2.1, letras a) y b) del Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 34/2020, de 20 de octubre, de medidas urgentes de apoyo a la actividad económica desarrollada en los locales de negocio arrendados. Según el órgano judicial proponente, la cuestión se fundamenta también en la posible vulneración de la competencia atribuida al Estado por el art. 149.1.8 CE en materia de «bases de las obligaciones contractuales».

El litigio principal del que trae causa la presente cuestión de inconstitucionalidad tenía por objeto una solicitud de revisión de la renta en un contrato de arrendamiento de local de negocio ante el cambio sobrevenido e imprevisible de circunstancias provocado por la crisis sanitaria derivada de la Covid-19. Según el demandante en el proceso *a quo* su actividad comercial, de espectáculos y restauración, se había visto gravemente afectada por las normas estatales que suspendían este tipo de actividades, o las restringían significativamente, al reducir su aforo, lo

que le había provocado una minoración extraordinaria de los ingresos de explotación del local, razón por la cual solicitaba la modificación de las condiciones económicas del contrato de arrendamiento. En este sentido, interesa recordar que, precisamente, los preceptos legales autonómicos cuestionados autorizan al arrendatario a exigir la reducción forzosa de la renta pactada en los contratos de arrendamiento de local de negocio que cumplan determinadas condiciones.

Lo que se cuestiona el órgano judicial es si estos preceptos autonómicos vulneran la competencia exclusiva atribuida «en todo caso» al Estado por el art. 149.1.8 CE en materia de «bases de las obligaciones contractuales», en tanto que los mismos despliegan efectos sobre la renta y sobre aspectos del contrato de arrendamiento sobre finca urbana para usos distintos del de vivienda que, por constituir plasmaciones concretas en este tipo contractual de principios esenciales de la legislación sobre contratos, pudieran considerarse incluidos en las bases de las obligaciones contractuales reservadas a la exclusiva competencia del Estado. Según el auto, tales preceptos inciden, de un lado, sobre el principio de libre fijación de la renta contemplado en el art. 4.3 de la Ley de arrendamientos urbanos, congruente con el art. 1255 CC; y, de otro, en el principio de obligatoriedad del contrato consagrado en el art. 1091 del mismo cuerpo legal. Por ello, los preceptos del Decreto-ley 34/2020 pueden afectar directamente a la organización económica de los contratos suscritos en su ámbito de aplicación; a la libertad contractual y la relación entre los contratantes; a la relación de conmutatividad entre prestaciones establecida por las partes al reglamentar su relación; y, en definitiva, a la obligatoriedad del contrato y a las condiciones para hacer efectivos los derechos nacidos del mismo. A juicio del órgano judicial proponente, son todos ellos aspectos que pueden considerarse incluidos en el concepto de bases de las obligaciones contractuales contemplado en el art. 149.1.8 CE (competencia del Estado), interpretado de conformidad con la STC 132/2019.

Así pues, la cuestión de fondo que plantea el proceso constitucional tiene un carácter netamente competencial, dado que su objeto no es otro que determinar cuál es el legislador competente, si el estatal o el autonómico, para establecer una regulación que incide directamente en la fijación de la renta en los contratos privados de arrendamiento para uso distinto del de vivienda.

A tal efecto, el TC se remite a lo ya establecido en la STC 37/2022, de 10 de marzo (FJ 4.c), en la que se resolvió una cuestión similar en relación con los contratos de arrendamiento de vivienda. Para el TC, en efec-

to, la doctrina expuesta en esa sentencia resulta de directa aplicación al supuesto que se examina ahora, pues, en el caso del contrato de arrendamiento de local de negocio, rige también como principio rector el principio dispositivo y el de autonomía de voluntad de las partes, en los términos previstos en el Código civil. En concreto, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (LAU), contempla en su art. 3 los denominados contratos de «arrendamiento para uso distinto del de vivienda», entre los que se incluye el arrendamiento de locales comerciales e industriales. El régimen aplicable a estos es el previsto en el art. 4.3 de la citada ley, conforme al cual: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el título III de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código civil».

En la medida en que los preceptos cuestionados del Decreto Ley 34/2020 establecen medidas dirigidas a la limitación de la renta en estos contratos, inciden directamente en la prestación que configura la obligación principal del arrendatario, y afectan de igual modo a la estructura obligacional de las relaciones contractuales privadas. Y como para el TC la determinación de la renta en los contratos de arrendamiento está sujeta a la autonomía de la voluntad y al principio de libertad de pactos, en los términos previstos en el art. 4.3 LAU, y, supletoriamente, en el art. 1255 del Código Civil, de modo análogo a lo que se establece para el contrato de arrendamiento de vivienda, y en los términos recogidos en la STC 37/2022, cabe entender que este respeto al principio de libertad de fijación de la renta forma parte de las bases de las obligaciones contractuales, reservadas en exclusiva al Estado por el art. 149.1.8 CE. Por ello, según el TC, queda excluida la competencia del legislador autonómico para incidir sobre las reglas de determinación de la renta derivadas del contrato de arrendamiento de local de negocio, y, en consecuencia, procede a declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos autonómicos cuestionados.

No obstante, el TC modula el alcance temporal de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad al precisar que, en atención al principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE y a la necesidad de atender al fin legítimo de procurar la estabilidad en las relaciones contractuales preexistentes, no se verán afectadas las situaciones jurídicas consolidadas, manteniéndose en sus términos los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados con anterioridad al momento de la presente resolución y a los que resultasen de aplicación los preceptos cuya inconstitucionalidad y nulidad se declaran.

El magistrado Xiol Ríos firma un voto particular concurrente con el fallo en el que procura aclarar algunos conceptos. En concreto, considera que se debería haber profundizado en los argumentos esgrimidos para declarar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas, pues el argumento del juego de la autonomía de la voluntad como base del contrato de arrendamiento no queda suficientemente desarrollado de modo que se pueda aprehender en su totalidad el problema competencial suscitado. En su opinión, es conveniente aclarar que una cosa es que la libertad de pactos (art. 1255 CC) sea la esencia de cualquier relación contractual y otra muy distinta es que el principio de autonomía de la voluntad pueda ser configurado de modo abstracto como una de las «bases de las obligaciones contractuales» en virtud art. 149.1.8 CE. A tal efecto, recuerda que en la STC 132/2019, de 13 de noviembre, se afirmó que «en materia contractual solo debe considerase normativa básica aquellas reglas que incidan directamente en la organización económica, en las relaciones inter partes y en la economía interna de los contratos, comprobando, por ejemplo, si se respetan directrices básicas tales como el principio de la iniciativa privada y la libertad de contratación, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe en las relaciones económicas, la seguridad del tráfico jurídico o si el tipo contractual se ajusta al esquema establecido en la norma estatal» (STC 132/2019, de 13 de noviembre, FJ 6, y STC 157/2021, de 16 de septiembre, FJ 9). En efecto, «hay que entender que cuando el art. 149.1.8 CE hace referencia a la competencia exclusiva del Estado para dictar las bases de las obligaciones contractuales está aludiendo al núcleo esencial de la estructura de los contratos y a los principios que deben informar su regulación», porque «la finalidad de la reserva estatal en materia de Derecho de contratos estriba en la necesidad de garantizar un común denominador en los principios que deben regir las obligaciones contractuales, lo que se logra cuando las categorías generales son las mismas en todo el territorio nacional» (STC 132/2019, de 13 de noviembre, FJ 6).

Pues bien, trasladada aquella doctrina a la cuestión suscitada en este recurso, entiende el magistrado Xiol que, siendo evidente, no está de más aclarar que el principio de la autonomía de la voluntad, sin más, no puede considerarse básico y, por consiguiente, intangible para las comunidades autónomas con derecho civil propio, de modo que cualquier alteración en su aplicación por el legislador autonómico resulte inconstitucional. De ser así, considera que debería afirmarse que el derecho contractual en su conjunto sería materia indisponible para los parlamentos autonómicos, porque su fundamento mismo y su esencia precisamente es la libertad de pacto entre los otorgantes. Sin embargo, esta no es la

interpretación que el Tribunal ha hecho de la reserva final contenida en el art. 149.1.8 CE en materia de obligaciones contractuales. El recto entendimiento de la norma debe pasar, a su juicio, por considerar que lo que vulnera el reparto de competencias previsto en el art. 149.1.8 CE es el resultado que producen las normas cuestionadas, pues modificando el juego del principio de la autonomía privada mediante la anulación de la libertad de los contratantes para pactar la renta arrendaticia, indefectiblemente provocan la desnaturalización del contrato de arrendamiento urbano, haciéndolo irreconocible.

En su opinión, el equilibrio económico del contrato de arrendamiento y su finalidad quiebra desde el momento en que no se permite a las partes fijar convencionalmente el canon arrendaticio, de tal suerte que se altera la base del negocio y el fin para el que estaba previsto. En esta sentencia no se pone en duda que en los contratos de tracto sucesivo de larga o indeterminada duración, como lo es el de arrendamiento, ante la superveniencia de hechos o acontecimientos extraordinarios, imprevisibles y capaces de provocar el desequilibrio de las prestaciones básicas del contrato, como lo ha sido la pandemia producida por el Covid-19, el legislador, si así lo considera necesario y oportuno, puede intervenir reajustándolo, pero esta competencia pertenece exclusivamente al legislador estatal, en tanto con dicho reajuste se desnaturaliza el contrato imponiendo una limitación muy relevante a la autonomía de la voluntad de los contratantes que fue la base de su otorgamiento. Deja de ser en parte, por así decirlo, un acto de autonomía privada regulador de una relación jurídico-privada que persigue intereses particulares, para pasar a estar conformado en aspectos de la máxima relevancia por un acto de autoridad o de ordenación que persigue el interés general por encima de la voluntad de una de las partes. Es, por así decirlo, un contrato impuesto, imperativo o forzoso, que prescinde de la voluntad concorde de los contratantes (art. 1261 CC), concluye el magistrado Xiol.

A su modo de ver, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, las comunidades autónomas con competencia en materia de derecho contractual pueden legislar sobre el contrato de arrendamiento, pero lo que no entra en su competencia civil es variar su naturaleza, su finalidad, sus elementos característicos y diferenciales o los principios vertebradores de su regulación, que deben ser idénticos para todos los agentes económicos en el territorio nacional, porque «son la garantía estructural de un mercado único y supone un límite directo desde la Constitución a la diversidad reguladora que pueden introducir los legisladores autonómicos» (STC 157/2021, de 16 de septiembre, FJ 9).

3.4.3. *Imposición de requisitos a notarios y registradores para el otorgamiento de escrituras y para la práctica de inscripciones de las transmisiones*

En la ya referida **STC 8/2023**, de 22 de febrero, del Pleno, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular en el Senado en relación con el Decreto-ley del Consell 6/2020, de 5 de junio, para la ampliación de vivienda pública en la Comunitat Valenciana mediante los derechos de tanteo y retracto, entre los motivos de inconstitucionalidad de carácter competencial en que basan los recurrentes su recurso se encuentra la invasión de la competencia del Estado sobre las bases de las obligaciones contractuales por parte del art. 6 del Decreto ley, en tanto que el mismo impone ciertos requisitos a notarios y registradores para el otorgamiento de escrituras y para la práctica de inscripciones de las transmisiones.

El TC desestima, sin embargo, esta alegación. A tal efecto, recuerda que la función pública notarial incorpora un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público, y, por ello, el deber del notario de velar por la legalidad forma parte de su función como fedatario público. Por lo que concierne a la función registral de inscripción de las transmisiones de bienes sujetos a tanteo y retracto legal urbanístico, el TC señala que la función calificadora que realiza el registrador de la propiedad comporta, asimismo, un juicio de legalidad, atinente no solo a la legalidad formal o extrínseca del documento o título inscribible, sino también, como establece el art. 18 de la Ley hipotecaria, a «la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del registro». Y dado que aquellos requisitos u obligaciones que impone el Decreto ley a notarios y registradores en el art. 6 no afectan al núcleo de sus funciones, en los términos antes señalados, el TC considera que no se produce invasión de la competencia del Estado sobre la materia.

3.5. *Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (ventas en rebajas, horarios comerciales, régimen sancionador y régimen lingüístico): art. 149.1.13 CE (en conexión con art. 149.1.1 y 18 CE)*

La **STC 117/2022**, de 29 de septiembre, del Pleno (BOE núm. 262, de 1 de noviembre de 2022), resuelve el recurso de inconstitucionalidad

5332-2017 interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 18/2017, de 1 de agosto, de comercio, servicios y ferias, por los que se regulan distintas cuestiones que pueden ser agrupadas en cuatro bloques: ventas en rebajas, horarios comerciales, régimen sancionador y régimen lingüístico. En realidad, se examina una cuestión controvertida que ya había sido resuelta, en buena medida, por el propio Tribunal, y que, sin embargo, el Parlament de Catalunya reabre mediante la aprobación de normas que tienen una redacción si no idéntica, sí muy similar, a otras que ya habían sido declaradas inconstitucionales. Es esto lo que explica que el Tribunal resuelva el recurso mediante la aplicación de su doctrina (consolidada).

La tacha de inconstitucionalidad alegada por el recurrente (presidente del Gobierno) en relación con los preceptos impugnados relativos a las ventas en rebajas y horarios comerciales tiene que ver con la supuesta infracción de las normas básicas estatales, dictadas al amparo del art. 1491.13 CE (previstas, sobre todo, en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, y en la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales). De igual modo, para el recurrente el régimen lingüístico que se impone en el art. 8.3 de la ley catalana impugnada contraviene la doctrina establecida a este respecto por el Tribunal en la STC 31/2010, de 28 de junio (Estatut de Catalunya). Nos encontramos, por tanto, ante un problema de constitucionalidad mediata o indirecta, dada la eventual incompatibilidad existente entre los preceptos autonómicos impugnados y la normativa básica estatal; normativa esta cuyo carácter materialmente básico es puesto en duda por la representación procesal autonómica.

a) Por lo que se refiere a la impugnación del primer bloque de preceptos (ventas en temporada de rebajas) el recurso de inconstitucionalidad dirige su impugnación exclusivamente contra el art. 20.6, al que imputa condicionar las épocas del año en que pueden tener lugar las ventas promocionales, mientras que el art. 25 de la Ley de ordenación del comercio minorista lo deja a la libre elección del comerciante. En efecto, el art. 20.6 de la Ley del Parlamento de Cataluña 18/2017 establece que «[l]as temporadas habituales para llevar a cabo la venta en rebajas son el invierno y el verano, en el que tradicionalmente se realiza este tipo de venta con finalidad extintiva», a lo que se añade que «[a]nualmente, antes del 30 de septiembre, el consejo asesor de la Generalidad en materia de comercio debe recomendar las fechas de inicio y finalización de las temporadas del año siguiente, atendiendo, en cada momento,

a las demandas del sector comercial». Por su parte, el art. 25 de la Ley estatal 7/1996, de ordenación del comercio minorista deja al libre criterio de cada comerciante la determinación de los períodos estacionales de mayor interés comercial para llevar a cabo la venta en rebajas. Norma estatal, por cierto, que la STC 59/2016, de 17 de marzo, FJ 5, ya sostuvo que es disposición básica en tanto que se encuentra integrada en las normas que velan por la defensa de la competencia, correspondiendo, por consiguiente, a la competencia del Estado prevista en el art. 149.1.13 CE.

El TC desestima la impugnación al considerar que, pese a las apariencias, no hay, en realidad, contradicción entre la referida norma básica estatal y el precepto autonómico impugnado, en la medida en que es posible entender que este último no concreta de manera prescriptiva los períodos anuales en los que habrán de tener lugar las rebajas, sino que establece tan solo una «regla puramente descriptiva» («las temporadas habituales» para llevar a cabo la venta en rebajas son el invierno y el verano, en las que «tradicionalmente se realiza este tipo de venta»), lo que no impide a los comerciantes establecer otros períodos de rebajas fuera de esas temporadas habituales. Esta forma de interpretar este precepto se ve corroborada por lo dispuesto en el inciso final del mismo, que prevé que el consejo asesor de la Generalitat en materia de comercio, antes del 30 de septiembre de cada año, efectúe una recomendación —sin carácter imperativo, por tanto— sobre las fechas de inicio y finalización de las temporadas de rebajas del año siguiente, «atendiendo, en cada momento, a las demandas del sector comercial».

b) El segundo bloque de preceptos impugnados se refiere a los horarios comerciales [arts. 36.2.b), 37.1.j) y k), 37.2 y 38, apartados 5 y 6, de la Ley del Parlamento de Cataluña 18/2017]. La decisión del TC sobre la constitucionalidad de cada uno de ellos es la siguiente:

— El art. 36.2.b establece que los establecimientos comerciales pueden permanecer abiertos al público setenta y cinco horas semanales, como máximo. El TC lo considera inconstitucional y nulo por vulnerar lo previsto en el art. 3 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales, que en su apartado 2 permite a las comunidades autónomas establecer un límite máximo de horario global semanal, si bien esta posibilidad está condicionada por el límite mínimo que impone el apartado anterior (1), que impide a aquellas reducir el horario semanal a menos de noventa

horas; norma esta, por cierto, que ya la STC 18/2016, de 4 de febrero, consideró básica [FJ 9.a)].

— Por su parte, según el Tribunal, los apartados j) y k) del art. 37.1 contradicen de manera manifiesta lo dispuesto en el art. 5.2 de la Ley 1/2004. Así, mientras que este último precepto reconoce la plena libertad horaria a los establecimientos de venta de reducida dimensión, no incluidos en el apartado 1, que dispongan de una superficie útil para la exposición y venta al público inferior a 300 metros cuadrados, los preceptos autonómicos impugnados reducen ese límite a 150 metros cuadrados y, además, en el caso de los municipios de menos de 5000 habitantes, exigen la previa autorización del pleno municipal y la comunicación del ayuntamiento al departamento competente en materia de comercio. A tal efecto, el Tribunal se remite a su doctrina sentada en la ya mencionada STC 18/2016, FJ 9 c), en la que se estableció que es «legítimo que el Estado (…) establezca un régimen homogéneo de libertad para todo el territorio nacional, de modo que el empresario decida el régimen de horarios que en cada caso resulta más conveniente para la atención de dicha demanda», así como a la establecida en la STC 25/2017, de 16 de febrero, FJ 3.b, que declaró inconstitucionales preceptos que coincidían con los ahora impugnados. En consecuencia, los apartados j) y k) del art. 37.1 son declarados inconstitucionales y nulos, por incurrir en contradicción con la norma básica estatal, y resultar, por ello, contrarios al orden constitucional de distribución de competencias.

— También entiende el Tribunal que el art. 37.2 («Los establecimientos situados en municipios turísticos y las tiendas de conveniencia deben adelantar el horario de cierre a las ocho de la tarde, como máximo, los días 24 y 31 de diciembre, y deben permanecer cerrados los días 1 de enero y 25 de diciembre»), contraviene la normativa básica del Estado al contradecir el principio de libertad de decisión de cada comerciante, reconocido en el art. 3.2 de la Ley 1/2004, de horarios comerciales, para determinar el horario diario de apertura y cierre de su establecimiento [SSTC 26/2012, de 1 de marzo, FJ 7, y 211/2016, de 15 de diciembre, FJ 8.g)]. Además, en relación con los establecimientos situados en municipios turísticos y con las tiendas de conveniencia, en la medida en que el precepto autonómico impone restricciones que la ley estatal (Ley 1/2004) no contempla, al haber previsto un régimen de absoluta libertad por parte de los comerciantes «para de-

terminar los días y horas en que permanecerán abiertos al público en todo el territorio nacional» dichos establecimientos (art. 5.1), liberalización de horarios que ya fue declarada básica en las SSTC 88/2010, de 15 de noviembre (FJ 5) y 140/2011, de 14 de septiembre (FJ 4), se ha de considerar aquel precepto autonómico inconstitucional y nulo.

— Por lo que afecta a la impugnación de los apartados 5 y 6 del art. 38 de la Ley catalana, relativo a la determinación de los municipios turísticos, se ha de tener presente que el art. 5.4 de la Ley 1/2004, precepto considerado básico por la STC 195/2016, de 16 de noviembre (FJ 5), establece que si la comunidad autónoma no responde a la solicitud o propuesta del ayuntamiento interesado en la declaración de zona de gran afluencia turística se ha de entender que dicha propuesta o solicitud ha sido aprobada. Por su parte, los apartados 5 y 6 del art. 38 de la Ley 18/2017 establecen que, en el caso de que no se resuelvan en el plazo de tres meses la propuesta para acogerse a la excepción de municipio turístico o la solicitud de prórroga de la condición de municipio turístico, se considerarán ambas denegadas. Dada la patente incompatibilidad entre ambas disposiciones, se declaran inconstitucionales los incisos «se considera denegada» de los apartados 5 y 6 del art. 38 de la Ley autonómica, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de los plazos de resolución que contempla la norma autonómica.

— También se declara inconstitucional y nula la disposición transitoria primera de la Ley catalana por imponer un plazo de duración a las calificaciones de municipio turístico vigentes en el momento de entrada en vigor de la ley que es contrario a lo establecido en la ley estatal (art. 5), dado que esta no contempla ninguna limitación de la duración de las zonas declaradas de gran afluencia turística. Vulneración, y consiguiente declaración de inconstitucionalidad y nulidad, que, en virtud de lo dispuesto en el art. 39.1 LOTC, se hace extensiva a todas aquellas otras disposiciones de la Ley 18/2017 que, por conexión o consecuencia, incluyan una limitación temporal similar a la declaración de municipio turístico.

c) En un tercer bloque, relacionado con el régimen sancionador, es objeto de impugnación el art. 69 de la Ley 18/2017, en la medida en que establece unos plazos de prescripción para las infracciones muy graves y leves (5 años y 18 meses, respectivamente) y para las sanciones no

coincidentes con los previstos en el art. 70 de la Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista (3 años y 6 meses, respectivamente), precepto este que, de acuerdo con su disposición final única, se dicta en ejercicio de las competencias estatales sobre condiciones básicas de igualdad de los derechos y deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE) y bases del régimen jurídico de las administraciones públicas (art. 149.1.18 CE). Esa diferencia motiva que el Tribunal declare la inconstitucionalidad del inciso «Las infracciones muy graves prescriben a los cinco años», así como del inciso «y las leves a los dieciocho meses», ambos del art. 69.1, y del inciso «y las leves al año» del art. 69.2.

d El último bloque de preceptos impugnados se refiere al régimen lingüístico (art. 8.3 *in fine* y, por extensión, art. 72.1.b) de la Ley 18/2017). El primero dispone que quienes accedan a la actividad comercial y a la prestación de servicios, aunque sea en condición de trabajadores asalariados, «deben estar en condiciones de poder atender a los consumidores cuando se expresen en cualquiera de las lenguas oficiales en Cataluña». El segundo establece como infracción leve el incumplimiento de esa previsión.

En sintonía con su doctrina, el Tribunal considera que el citado art. 8.3 se ajusta a la doctrina establecida en la STC 88/2017, de 4 de julio, FJ 4, que, en relación con el Código de consumo de Cataluña y el derecho de los consumidores a ser atendidos en cualquiera de las lenguas cooficiales establecido en el mismo, afirma que «en el ámbito de las relaciones entre privados no cabe imponer obligaciones individuales de uso de cualquiera de las dos lenguas oficiales de modo general, inmediato y directo». Según el Tribunal, el precepto no ha de verse como una imposición de uso de una determinada lengua oficial, sino como una garantía de respeto a la opción lingüística ejercida por el ciudadano, una previsión de defensa de los consumidores y usuarios que tiene como fin garantizar un trato respetuoso y no discriminatorio del cliente que usa libremente cualquiera de las lenguas oficiales, pero sin imponer el necesario conocimiento de una de ellas. Entendido en estos términos, para el TC el art. 8.3 ha de ser considerado constitucional, conclusión que ha de extenderse a la previsión sancionadora del art. 72.1 b), que se limita a tipificar como infracción leve, en general, el incumplimiento de «las condiciones y los requisitos establecidos en el artículo 8 para el ejercicio de cualquier actividad comercial o de prestación de servicios en el ámbito territorial de Cataluña», sin identificar expresamente ninguna conducta relativa al incumplimiento de un deber de conocimiento lingüístico.

3.6. Hacienda general (sistema tributario local: ICIO): art. 149.1.14

La ya mencionada **STC 133/2022**, de 25 de octubre, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo respecto del apartado cuarto del art. 6 bis de la Ley del Parlamento de Canarias 11/1997, de 2 de diciembre, de regulación del sector eléctrico canario, en la redacción dada por la Ley del Parlamento de Canarias 2/2011, de 26 de enero. En concreto, lo que se cuestiona es si resulta exigible el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO) a la sociedad mercantil recurrente, dada la equiparación que el precepto autonómico cuestionado realiza entre la autorización especial autonómica regulada en el art. 6 bis de la Ley canaria 11/1997 —relativo a un procedimiento excepcional relativo a obras de interés general para el suministro de energía eléctrica— y la licencia urbanística municipal a que se refiere el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (TRLHL), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

Según el Tribunal Supremo, esa equiparación supondría ampliar o extender el hecho imponible de un impuesto de creación y regulación estatal por medio de una norma autonómica, y, por ello, el alto tribunal duda de la compatibilidad de dicho precepto autonómico con la competencia del legislador estatal para regular el sistema tributario local (arts. 149.1.14 y 18, en relación con los arts. 31.3 y 133.1 y 2 CE) y con la suficiencia financiera de los entes locales (art. 142 CE). Estos preceptos se invocan en el auto de planteamiento en relación tanto con el art. 100.1 TRLHL, que regula el hecho imponible del ICIO, como con el art. 6.3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las comunidades autónomas (LOFCA), conforme a su redacción dada en la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, que fija los límites a la potestad tributaria de las comunidades autónomas.

En su enjuiciamiento, el TC procede, en primer término, a determinar si el precepto autonómico cuestionado se encuadra en las materias de energía, urbanismo y ordenación del territorio —como sostiene la representación del Parlamento de Canarias— o si, por el contrario, constituye una regulación propiamente tributaria —como mantienen el órgano proponente de la cuestión y el resto de las partes personadas en el proceso—.

Según el Tribunal, el régimen de autorización especial regulado en el art. 6 bis de la Ley canaria se refiere a los mecanismos de control ad-

ministrativo previo de los actos de construcción, edificación y uso del suelo de determinadas instalaciones de generación, transporte o distribución de energía eléctrica. El precepto regula tanto el tipo de control previo («autorización especial») como la competencia para su ejercicio (que se atribuye al Gobierno de Canarias cuando el ayuntamiento afectado no se manifieste favorablemente sobre el proyecto en el plazo de un mes desde su recepción). En consecuencia, entiende el Tribunal que estas son cuestiones relativas a la energía, al urbanismo y a la ordenación del territorio. Ahora bien, este encuadramiento material no puede extenderse a la norma específicamente cuestionada, conclusión a la que llega el Tribunal a partir de lo dispuesto en el propio apartado cuarto del art. 6 bis de la Ley del Parlamento de Canarias 11/1997, que establece que la autorización especial regulada en tal artículo será «equivalente a la licencia urbanística municipal», especificando a continuación, y esto es lo relevante, que ello se establece «a los efectos de lo previsto en el artículo 100.1 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales [...] con relación al devengo y a la liquidación municipal de oficio o a la autoliquidación del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras». Es esto, en consecuencia, lo que lleva al TC a concluir que la finalidad y efectos de este precepto son estrictamente tributarios. Y de manera adicional señala que la materia tributaria regulada se enmarca específicamente en el ámbito de los tributos propios de los entes locales —que a su vez forma parte del régimen de las haciendas locales—, y no en el de los tributos autonómicos. En efecto, la regulación examinada se refiere expresamente al ICIO, tributo local de regulación estatal, sin que de su contenido quepa deducir en modo alguno que nos encontramos ante la regulación de un tributo propio de la comunidad autónoma de Canarias. Por ello, el TC desestima en esta sentencia la duda de inconstitucionalidad fundada en la posible vulneración de los arts. 133.2 CE y 6.3 LOFCA, precepto orgánico que fija los límites y las condiciones dentro de los que las comunidades autónomas podrán establecer tributos autonómicos, pero que nada dice sobre la regulación de los tributos locales (en sentido análogo, STC 184/2011, de 23 de noviembre, FJ 5).

Establecido, de este modo, que la norma examinada afecta al régimen de un tributo propio de los entes locales, el TC procede a continuación a recordar su doctrina sobre el alcance de las competencias estatales para regular dicha cuestión y sobre su conexión con la suficiencia financiera de los entes locales. Señala, a tal efecto, que sobre la materia de las «haciendas locales» pueden operar dos títulos competenciales del Estado, a saber, los referidos a la hacienda general (art. 149.1.14 CE) y a las

bases del régimen jurídico de las administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), si bien, en la medida en que en la materia «administración local» concurren competencias tanto estatales como autonómicas, en el ejercicio de las suyas propias el Estado deberá atenerse al reparto competencial correspondiente (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 139). Así, dado que la regulación de las haciendas locales frecuentemente estará llamada a incidir sobre el régimen jurídico de la administración local (cuya disciplina queda reservada al Estado ex art. 149.1.18 CE únicamente por lo que afecta a sus aspectos básicos), «solo de manera puntual podrá el Estado regular con carácter exclusivo tal materia haciendo prevalecer el [título competencial] de la 'hacienda general' del artículo 149.1.14 CE» (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 4). Por lo que aquí interesa, ha de recordarse que la competencia estatal exclusiva del art. 149.1.14 CE entra en juego «en aquellos casos en los que la normativa estatal tenga por objeto la regulación de instituciones comunes a las distintas haciendas o de medidas de coordinación entre la hacienda estatal y las haciendas de las corporaciones locales», o también «cuando su finalidad sea la salvaguarda de la suficiencia financiera de las haciendas locales garantizada por el art. 142 CE, en cuanto presupuesto indispensable para el ejercicio de la autonomía local constitucionalmente reconocido en los arts. 137, 140 y 141 CE» (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 4, con ulteriores referencias).

Por lo que respecta específicamente a la regulación de los tributos locales, el Tribunal reitera doctrina bien asentada: que la reserva de ley en materia tributaria impuesta por el art. 31.3 CE se extiende a la creación *ex novo* de los tributos y a la configuración de los elementos esenciales de los mismos (así, desde la STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 4). En el caso de que se trate de tributos que constituyan recursos propios de las corporaciones locales —carentes de potestad legislativa, aunque habilitadas por el art. 133.2 CE para establecerlos y exigirlos—, aquella reserva habrá de operarse necesariamente a través del legislador estatal, «cuya intervención reclaman los apartados 1 y 2 del artículo 133 de la Constitución», en tanto en cuanto la misma «existe también al servicio de otros principios —la preservación de la unidad del ordenamiento y de una básica igualdad de posición de los contribuyentes—» (STC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4), principios que solo puede satisfacer la ley del Estado.

Además, «desde el momento en que esta concreta potestad normativa del Estado tiene como inmediata finalidad garantizar la suficiencia financiera de tales corporaciones […], su ejercicio encuentra anclaje

constitucional en la competencia exclusiva sobre hacienda general (art. 149.1.14 CE), debiendo entenderse vedada, por ello, la intervención de las comunidades autónomas en este concreto ámbito normativo» (STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22). Lo que lleva al Tribunal a concluir que nos encontramos ante «una potestad exclusiva y excluyente del Estado que no permite intervención autonómica en la creación y regulación de los tributos propios de las entidades locales» [STC 31/2010, FJ 140; doctrina reiterada después en las SSTC 65/2020, de 18 de junio, FJ 7 B), y 125/2021, de 3 de junio, FJ 7 b)].

En conclusión, en tanto que impuesto integrante del sistema tributario local como tributo propio de los entes locales (arts. 100 a 104 TRLHL), la regulación del ICIO recae bajo la órbita de la competencia exclusiva del Estado prevista en el art. 149.1.14 CE, lo que ya fue establecido en la STC 184/2011, de 23 de noviembre, en la que se declaró inconstitucional y nula por motivos competenciales la exención del ICIO prevista en el art. 59.2, segundo inciso, de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1993, de 30 de septiembre, del patrimonio cultural catalán.

Finalmente, el TC recuerda también que, a tenor de su doctrina, el principio de suficiencia financiera de los entes locales recogido en el art. 142 CE no constituye en sí mismo título competencial alguno a favor del Estado, sino que presupone la competencia estatal sobre la materia en virtud de los títulos competenciales previstos en el art. 149.1.14 y 18 CE [STC 233/1999, FJ 4 b)]. Y ello sin perjuicio de su intensa conexión con la competencia del Estado en materia de hacienda general, pues «es al Estado, a tenor de la competencia exclusiva que en materia de hacienda general le otorga el art. 149.1.14 CE, a quien, a través de la actividad legislativa y en el marco de las disponibilidades presupuestarias, incumbe en última instancia hacer efectivo el principio de suficiencia financiera de las haciendas locales» (por todas, STC 48/2004, de 25 de marzo, FJ 10), lo que, sin embargo, no excluye completamente la actuación de las comunidades autónomas en este concreto ámbito, pues del art. 142 CE cabe extraer un mandato cuyos destinatarios son tanto el Estado como las comunidades autónomas (STC 82/2020, de 15 de julio, FJ 7). Dicho mandato implica la necesidad de que las entidades locales cuenten con fondos suficientes para cumplir con las funciones que tienen legalmente encomendadas, esto es, «para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocido» (SSTC STC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7, y 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2). Así, «la comunidad autónoma, que tiene atribuida la capacidad de determinar el ámbito competencial local

en el ámbito de sus competencias, es constitucionalmente responsable, junto con el Estado, de garantizar la suficiencia financiera de los entes locales», de modo que «la atribución a los entes locales de nuevas tareas, o la ampliación de aquellas que ya venían desempeñando, debe tener como consecuencia, en su caso, la garantía de aquellos ingresos que le permitan hacer frente a la eventual necesidad de gasto que la nueva atribución de competencias pueda suponer, debiendo encargarse también aquel nivel de gobierno al que el bloque de constitucionalidad ha reservado la concreta competencia —y que decide atribuirla al ente local— de acordar aquellas medidas pertinentes al objeto de garantizar su suficiencia financiera» (STC 82/2020, FJ 7).

Delimitado, así, el titular de la competencia (exclusiva del Estado en virtud de lo previsto en el art. 149.1.14 CE), el Tribunal se enfrenta después a la cuestión de determinar si la disposición autonómica cuestionada ha introducido, o no, una regulación propia del hecho imponible del impuesto que modifica el ámbito de supuestos sujetos a dicho tributo (ICIO) para la comunidad autónoma de Canarias, en contraste con lo previsto por el legislador estatal. Y, a tal efecto, analiza, en primer lugar, cuál es la delimitación del hecho imponible de este tributo que realiza el art. 100.1 TRLHL, que está integrado por tres elementos que deben verificarse de forma cumulativa, de modo que la ausencia de cualquiera de ellos determina la no exigibilidad del impuesto: i) «la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra»; ii) que para ello se exija la «obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia», o bien la «presentación de declaración responsable o comunicación previa»; y iii) que «la expedición de la licencia o la actividad de control corresponda al ayuntamiento de la imposición».

En el caso de la norma cuestionada, el debate planteado —según el TC— está conectado con la tercera y última de estas condiciones: la necesaria realización de una actividad de control urbanístico por parte del municipio de la imposición. Esto es, para determinar si el legislador autonómico ha reelaborado el hecho imponible — cuestión vedada por el orden constitucional de distribución de competencias— hay que dilucidar si en el procedimiento de autorización especial el ayuntamiento puede expedir la licencia o realizar la actividad de control urbanístico, como exige el art. 100.1 TRLHL. Pues bien, dado que la norma autonómica controvertida, el art. 6 bis de la Ley 11/1997, excluye con claridad esa posibilidad, al establecer que los proyectos de construcción, modificación y ampliación de las instalaciones «se someterán a un régimen

especial de autorización y no estarán sujetos a licencia urbanística ordinaria o a cualquier otro acto de control preventivo municipal o insular», cabe entender que la ley autonómica atribuye la capacidad de denegar la autorización exclusivamente al Gobierno de Canarias, reteniendo los municipios afectados solo la facultad de participar en el procedimiento de autorización a través de la emisión de un informe «sobre la conformidad o disconformidad de tales proyectos con el planeamiento territorial o urbanístico en vigor». En consecuencia, el TC concluye que la norma cuestionada, al establecer que la autorización especial será equivalente a la licencia urbanística municipal a los efectos de lo previsto en el art. 100.1 TRLHL, viene a extender el hecho imponible del ICIO a un supuesto no previsto por el legislador estatal, lo que supone una invasión de la competencia estatal en materia de hacienda general (art. 149.1.14 CE en relación con el art. 133.1 CE), de modo que el último inciso del art. 6 bis.4 de la Ley canaria 11/1997 es declarado inconstitucional y nulo.

Finalmente, el TC modula los efectos del fallo al considerar que, dado que la norma declarada inconstitucional y nula incide en el devengo y liquidación del ICIO correspondiente a las obras de interés general para el suministro de energía eléctrica autorizadas en virtud del mecanismo especial regulado en el art. 6 bis de la Ley 11/1997, afecta tanto a los derechos de los titulares de las correspondientes instalaciones —que realizaron las obras pensando que quedaban sujetos al ICIO— como a los ingresos de los entes locales involucrados —que procedieron a la recaudación del impuesto al amparo de lo previsto en la norma ahora declarada inconstitucional y nula y que, en consecuencia, legítimamente incluyeron el importe de tal recaudación en su estado de ingresos—. Siendo así, el TC considera que el principio constitucional de seguridad jurídica reclama que no puedan considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en la propia sentencia aquellas obligaciones tributarias devengadas por este impuesto que, a la fecha de dictarse esta, hayan sido decididas definitivamente mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o mediante resolución administrativa firme. A estos exclusivos efectos, tendrán también la consideración de situaciones consolidadas i) las liquidaciones provisionales o definitivas que no hayan sido impugnadas a la fecha de dictarse esta sentencia y ii) las autoliquidaciones cuya rectificación no haya sido solicitada ex art. 120.3 de la Ley general tributaria a dicha fecha.

Precisamente, con esta modulación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la disposición cuestionada acordada

por la sentencia muestra su discrepancia, formulada en voto particular, el magistrado Arnaldo Alcubilla, a quien la apelación al principio de seguridad jurídica no le parece, en este caso, convincente, dado que se está poniendo en entredicho el principio de justicia tributaria, al hacer de peor condición a quienes no cuestionaron la aplicación de una norma tributaria, confiando en la corrección de la decisión del legislador, que a quienes optaron por su impugnación: «quien se aquietó en el cumplimiento de la obligación tributaria establecida en una ley, debe soportar que le siga siendo aplicable esa ley pese a que esa ley tiempo después es expulsada del ordenamiento jurídico, por ser inconstitucional». A lo que añade: «La limitación de efectos es así la consecuencia que la sentencia asocia a la actitud de aquel que confió en la presunción de constitucionalidad de la norma. Por eso mismo, no era razonable exigirle una actitud beligerante o de desconfianza respecto a su aplicación, bajo la amenaza de que, de no hacerlo así, va a ver roto el vínculo legal entre inconstitucionalidad y nulidad. Es como si se insinuase que el contribuyente que no discutía la existencia de su obligación debería, en una suerte de juicio retrospectivo, haber sabido que la norma iba a ser declarada inconstitucional y haber ajustado su conducta a esa convicción combatiendo sus actos de aplicación. Resulta entonces que el invocado valor de la seguridad jurídica proyectado sobre las circunstancias del caso significa, lisa y llanamente, que la inconstitucionalidad de la norma tributaria no tiene ninguna consecuencia para aquellos que se aquietaron en su aplicación». Y concluye: «No parece que ese resultado pueda reputarse justo. (…) Una justicia tributaria que se pone en entredicho cuando se hace de peor condición a quienes no cuestionaron la aplicación de una norma tributaria, confiando en la corrección de la decisión del legislador, frente a quienes optaron por su impugnación».

Para el magistrado Arnaldo Alcubilla tampoco se acierta a vislumbrar la relación entre la seguridad jurídica y la preservación de «los ingresos de los entes locales afectados por la aplicación de dicho mecanismo de autorización especial […] que procedieron a la recaudación del impuesto al amparo de lo previsto en la norma ahora declarada inconstitucional y nula», pues se trata de una afirmación que está falta de cualquier explicación respecto a las concretas repercusiones económicas que para dichos entes locales tenga la declaración de inconstitucionalidad. Además, en su opinión, ello supone, paradójicamente, un trato de favor al legislador que aprobó una norma inconstitucional por cuanto hace pechar con las consecuencias de tal inconstitucionalidad al sujeto del tributo en lugar de al autor de la norma declarada inconstitucional.

3.7. Función pública (policías locales): art. 149.1.18 CE

La anteriormente citada **STC 114/2022**, de 26 de septiembre, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Oviedo, en relación con la disposición transitoria primera, apartado segundo, de la Ley de la Junta General del Principado de Asturias 2/2007, de 23 de marzo, de coordinación de policías locales (Ley 2/2007, en adelante), que dispone lo siguiente:

> «Disposición transitoria primera. Clasificación e integración de los funcionarios de los Cuerpos de Policía Local. […] 2. Los funcionarios de los Cuerpos de Policía Local del Principado de Asturias que carezcan de la titulación requerida permanecerán en las plazas de las anteriores escalas y categorías con la consideración de a extinguir, con respeto a los derechos económicos, hasta que acrediten la obtención de titulación académica exigida en cada caso o superen los cursos de formación que a tal efecto pudieran establecerse, siempre que tales cursos tengan validez a efectos de integración en las distintas Escalas y Categorías».

El órgano judicial considera que esta norma dispensa de titulación académica en casos no autorizados por la normativa básica, en concreto, por la disposición adicional vigésima segunda de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, por lo que podría vulnerar el art. 149.1.18 CE. Se trata, por consiguiente, de una cuestión de carácter competencial que suscita un caso de posible inconstitucionalidad mediata o indirecta (por todas, STC 210/2014, de 18 de diciembre, FJ 4).

El TC, tras reiterar su doctrina en relación con las competencias del Estado y las comunidades autónomas en materia de función pública y, específicamente, sobre funcionarios de la policía local (entre otras, SSTC 175/2011, de 8 de noviembre; 200/2015, de 24 de septiembre; 154/2017, de 21 de diciembre; 171/2020, de 16 de noviembre, y 17/2022, de 8 de febrero), considera que el caso enjuiciado suscita un problema como el resuelto por la STC 171/2020, que analizó un precepto de la Ley 1/2018, de 22 de febrero, de coordinación de policías locales de la Comunidad de Madrid, que para la promoción exigía la titulación académica correspondiente, desconociendo una excepción prevista en la norma básica. Como afirma la citada STC 171/2020, FJ 2, la regulación madrileña «se ajusta

perfectamente a la regla general establecida por el legislador básico (art. 149.1.18 CE) en desarrollo de los principios de mérito, capacidad e igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos (arts. 23.2 y 103.3 CE), que es la titulación como condición de acceso a escalas o categorías superiores y la correlativa prohibición de que las comunidades autónomas dispensen esta exigencia». Sin embargo —prosigue— hay «una concreta previsión estatal válidamente establecida como legislación básica en materia de función pública ex art. 149.1.18 CE. Se trata de la disposición adicional vigésima segunda de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, que, a modo de excepción, establece una dispensa de titulación para la promoción interna desde «cuerpos o escalas del grupo D» a «cuerpos o escalas del grupo C». En este concreto caso basta que el funcionario cuente con una antigüedad determinada (diez años o cinco años con superación de un curso específico de formación)». El carácter básico de la citada disposición de la Ley 30/1984 —aclara el Tribunal— ya había sido constatado por la STC 200/2015, de 24 de septiembre, FJ 4, al resolver un caso análogo en relación con la Ley 8/2013, de 12 de septiembre, de coordinación de las policías locales de Aragón. Por tal motivo, la norma madrileña se declaró inconstitucional, aunque «únicamente en su aplicación a la integración de los miembros de los cuerpos de policía local en el subgrupo C1 de clasificación», por ser el caso en que contradice a la norma básica.

Para el TC, en el caso presente, la norma es inconstitucional porque permite la promoción sin titulación académica en más casos de los que autoriza la norma básica. Mientras que el precepto enjuiciado por la STC 171/2020 exigía el título en todos los casos, incluso allí donde la norma básica no lo hace, la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley 2/2007, ahora enjuiciada, lo dispensa siempre, ofreciendo como alternativa la superación de un curso. La STC 171/2020, FJ 2, insistió en que la dispensa de titulación prevista por la disposición adicional vigésima segunda de la Ley 30/1984 es una regla «muy excepcional» aplicable únicamente al acceso al grupo C (actual subgrupo C1) desde el grupo D (actual subgrupo C2) y, por esa razón, declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la norma madrileña, aunque solo en su aplicación a la integración de los miembros de los cuerpos de policía local en el subgrupo C1 de clasificación. En definitiva, sostiene el Tribunal, si la norma madrileña incurría en inconstitucionalidad por no prever una excepción que establecía la norma estatal, el precepto aquí enjuiciado lo hace por generalizar la dispensa, sin acotarla al único caso en que procede, conforme a la norma básica.

Por lo demás, el TC rechaza la pretensión de interpretación conforme que postula el gobierno autonómico, porque, como se señaló en la STC 17/2022, de 8 de febrero, «la salvaguarda del principio de conservación de la norma encuentra su límite en las interpretaciones respetuosas tanto de la literalidad como del contenido de la norma cuestionada, de manera que la interpretación de conformidad con los mandatos constitucionales sea efectivamente deducible, de modo natural y no forzado, de la disposición impugnada (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 7), sin que corresponda a este tribunal la reconstrucción de la norma en contra de su sentido evidente con la finalidad de encontrar un sentido constitucional, asumiendo una función de legislador positivo que en ningún caso le corresponde» [SSTC 14/2015, FJ 5; 118/2016, FJ 3 d); 20/2017, FJ 9; 26/2017, FJ 6; 37/2017, FJ 4 e); 62/2017, FJ 7, y 116/2017, FJ 3]. La norma analizada en el presente proceso permite sustituir la titulación por un curso para acceder a cualquier categoría de funcionario, lo que no admite una interpretación de conformidad con la norma básica que, excepcionalmente, solo lo permite en un caso.

En consecuencia con lo señalado, el TC declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso «o superen los cursos de formación que a tal efecto pudieran establecerse, siempre que tales cursos tengan validez a efectos de integración en las distintas escalas y categorías» de la disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley 2/2007, salvo en su aplicación a la integración de los miembros de los cuerpos de policía local en el subgrupo C1 de clasificación, caso en que sí se ajusta a la norma básica.

Por su parte, la **STC 116/2022**, de 27 de noviembre, del Pleno (BOE núm. 262, de 01 de noviembre de 2022), resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 5344-2021 planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife en relación con el art. 1 de la Ley del Parlamento de Canarias 18/2019, de 2 de diciembre, de medidas urgentes de ordenación del empleo público en las administraciones canarias, que establece:

> «Artículo primero. Adjudicación de los puestos de trabajo derivados de la ejecución de las ofertas de empleo público correspondientes a los ejercicios 2015, 2016, 2017 y 2019. Las plazas inicialmente incluidas en las ofertas de empleo público de 2015, aprobada mediante Decreto 46/2015, de 9 de abril; de 2016, aprobada mediante Decreto 152/2016, de 12 diciembre; de 2017, aprobada mediante Decreto 249/2017, de 26 diciembre; y, la que correspondiera al año 2019, en el

turno libre podrán ser incrementadas con las correspondientes a las ofertadas en promoción interna y turno de discapacidad que no hayan sido cubiertas en los procesos correspondientes. La adjudicación de puestos de trabajo a quienes hayan superado o superen los procesos selectivos derivados de las referidas ofertas de empleo público, OEP, de 2015, 2016, 2017 y 2019 se llevará a cabo con arreglo a lo dispuesto en los preceptos de esta ley y, en particular, se ajustará a las siguientes reglas:

1. Quienes resulten seleccionados en las convocatorias derivadas de las referidas ofertas de empleo público correspondientes a los años 2015, 2016, 2017 y 2019 tomarán posesión de los puestos de trabajo que se les oferten y elijan, con carácter provisional. Sin perjuicio del reconocimiento, cuando proceda, de sus servicios previos, su antigüedad será computada desde la fecha de su toma de posesión, a todos los efectos, tanto retributivos como de promoción profesional, y el tiempo servido en puestos a los que el citado personal funcionario se haya adscrito provisionalmente se computará para la adquisición, reconocimiento y consolidación del grado personal.
2. El Gobierno de Canarias vendrá obligado a convocar los correspondientes concursos de provisión de puestos, en el ámbito de la administración general, a la finalización de los procesos selectivos de las ofertas públicas de empleo de los años indicados y, en todo caso, antes del día 1 de julio de 2021.»

El órgano judicial proponente cuestiona la compatibilidad de este precepto con la normativa básica estatal relativa al régimen estatutario de los funcionarios públicos, aprobada por el Estado en ejercicio de su competencia sobre la materia prevista en el art. 149.1.18 CE. Duda, en concreto, de su compatibilidad con la exigencia de que la adscripción del funcionario de carrera de nuevo ingreso a su primer puesto de trabajo tenga carácter definitivo; exigencia que resultaría expresamente del art. 26.1, en conexión con el art. 63, del Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la administración general del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la administración general del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo; y que se derivaría también de los arts. 18.4, 20.1 a) y 21 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, de la que constituye norma de desarrollo dicho Reglamento.

Al igual que en la sentencia de la que se dio cuenta con anterioridad, también aquí se plantea un supuesto de inconstitucionalidad mediata o indirecta, ya que la posible vulneración de la Constitución no derivaría de la incompatibilidad directa con esta de las disposiciones autonómicas impugnadas, sino de la contradicción de estas con la normativa básica del Estado.

El Tribunal acomete el enjuiciamiento de la norma impugnada realizando, en primer lugar, un repaso de su doctrina relativa a:

a) el alcance de la competencia estatal sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos [STC 57/1982, de 27 de julio, FJ 12; 99/1987, de 11 de junio, FJ 3 c); 102/1988, de 28 de junio, FJ 4; 363/1993, de 13 de diciembre, FJ 4; 1/2003, de 16 de enero, FJ 3; 148/2006, de 11 de mayo, FJ 6; 192/2012, de 29 de octubre, FJ 5; 39/2014, de 11 de marzo, FJ 5; 156/2015, de 9 de julio, FJ 8; 236/2015, de 19 de noviembre, FJ 5 a); 99/2016, de 25 de mayo, FJ 7; 131/2017, de 13 de noviembre, FJ 4; 171/2020, de 16 de noviembre, FJ 2, entre otras muchas].
b) el concepto de legislación básica (en sentido formal y material) [SSTC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5; 50/1999, de 6 de abril, FJ 3; 242/1999, de 21 de diciembre, FJ 8; 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 8]; y
c) la contradicción efectiva (real y verdadera) e insalvable por vía interpretativa de la norma autonómica con la estatal [STC 4/1981, de 2 de febrero].

Seguidamente, procede a examinar el carácter legítimamente básico de las normas estatales invocadas como parámetro de contraste. Según el TC, aunque no ha sido discutido por ninguna de las partes, procede comenzar el enjuiciamiento aclarando que la regulación del régimen de adscripción de los funcionarios de carrera a su puesto de trabajo forma parte del núcleo del régimen estatutario de los funcionarios públicos cuya regulación básica corresponde al Estado *ex* art. 149.1.18 CE, porque el modo —provisional o definitivo— en que el funcionario se vincula a su puesto de trabajo es en todo caso un extremo que atañe a sus «derechos, deberes y responsabilidades», máxime teniendo en cuenta que el desempeño del puesto se configura en el ordenamiento español como la pieza fundamental de la carrera administrativa de los funcionarios.

Para el TC no cabe, como hizo el órgano judicial proponente, reconocer naturaleza básica a preceptos que, como los arts. 26.1 y 63 del Reglamento general de ingreso, son de rango reglamentario y resultan de

aplicación meramente supletoria a las comunidades autónomas. De este modo, el objeto del enjuiciamiento constitucional queda reducido a la posible contradicción del precepto autonómico cuestionado de la Ley del Parlamento de Canarias 18/2019 con la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública.

Pues bien, para el TC ambas disposiciones son incompatibles, en la medida en que la ley estatal básica exige que la asignación del funcionario de nuevo ingreso al puesto de trabajo se haga en régimen de adscripción definitiva, mientras que la norma autonómica establece que dicha adscripción será provisional, lo que conlleva la inconstitucionalidad de esta por invasión de la competencia estatal básica en materia de función pública.

Señala, además, el TC que el régimen de adscripción de los funcionarios de carrera de nuevo ingreso previsto en la citada Ley 30/1984 es plenamente coherente con el que deriva del vigente texto refundido del estatuto básico del empleado público, que únicamente se refiere a la posible vinculación provisional del funcionario de carrera al puesto de trabajo en dos preceptos (art. 78, relativo a los procedimientos básicos de provisión de puestos de trabajo: concurso y libre designación con convocatoria pública; y art. 81.3, relativo a la movilidad del personal funcionario de carrera), ninguno de los cuales se refiere a situaciones en las que pueda encontrarse un funcionario de nuevo ingreso.

En definitiva, el TC concluye que procede declarar la inconstitucionalidad de la regla de la adscripción provisional de los funcionarios de nuevo ingreso prevista en el segundo párrafo del art. 1 de la Ley del Parlamento de Canarias 18/2019, debido a su contradicción con el carácter definitivo que a dicha adscripción atribuye el art. 18.4 de la Ley 30/1984, en conexión con los arts. 20.1, 21.2 b) y 29 bis de dicha ley. Declaración de nulidad que alcanza también a las dos reglas complementarias recogidas en el párrafo segundo del art. 1 de la Ley del Parlamento de Canarias 18/2019, debido a su indisociable conexión con la norma declarada inconstitucional y nula, en cuya ausencia carecen de todo sentido.

No obstante esta declaración de inconstitucionalidad y nulidad, el TC modula sus efectos en un doble sentido:

En primer lugar, dicha declaración no puede afectar a la condición de funcionario de carrera de quienes hubiesen adquirido esta condición a través de la toma de posesión de un puesto de trabajo asignado, en virtud del precepto declarado inconstitucional y nulo, en régimen provisional; tampoco la declaración de nulidad puede obstar al reconocimien-

to de los derechos retributivos y de promoción profesional, incluyendo los relativos a la adquisición, reconocimiento y consolidación del grado personal, que el precepto anulado garantiza a los funcionarios que, en contra de la normativa básica estatal, hayan sido adscritos provisionalmente a su primer puesto de trabajo, pues al haber accedido a sus puestos de trabajo (provisionales) mediante la superación de un proceso selectivo respetuoso de los principios de mérito y capacidad, a los funcionarios de nuevo ingreso a quienes se haya aplicado el precepto anulado deben entendérseles reconocidos los derechos propios de la adscripción definitiva obtenida a través de los procedimientos ordinarios de provisión de puestos de trabajo, también regidos por los principios de mérito y capacidad.

En segundo término, tras recordar que ««la declaración de invalidez de un precepto legal, por vulneración del orden constitucional de competencias, no puede ser a costa de un sacrificio desproporcionado en la efectividad de otras normas constitucionales» (STC 54/2002, de 27 de febrero, FJ 8)», entre las que «ocupa un papel destacado el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al que responde la previsión contenida en el art. 40.1 LOTC, según el cual las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes «no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada» en los que se haya hecho aplicación de las leyes inconstitucionales», señala el TC que, como ya se estableció en la STC 54/2022, FJ 9, «la modulación del alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad no se limita a preservar la cosa juzgada, sino que puede ir más allá si ello es necesario para evitar que la declaración de nulidad perjudique indebidamente otros bienes constitucionales (en sentido análogo, SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11, y 180/2000, de 29 de junio, FJ 7)». Pues bien, dado que «la norma declarada inconstitucional y nula afecta tanto a la estabilidad de las plantillas de funcionarios que conforman la función pública canaria —y, con ello, a la eficacia de dicha administración (art. 103.1 CE)—, como al estatuto jurídico de los propios funcionarios, incluyendo no solo a los de nuevo ingreso que hubiesen sido provisionalmente adscritos a su primer destino, sino también a quienes se hubiesen incorporado a la función pública con anterioridad y participen en los concursos de provisión de puestos previstos por el precepto anulado (…), el principio constitucional de seguridad jurídica reclama que la declaración de inconstitucionalidad y nulidad no permita revisar la adjudicación de plazas en régimen de adscripción definitiva producida a través de los concursos convocados al amparo de la norma anulada, salvo

aquellos respecto de los cuales se hayan entablado procedimientos administrativos o procesos judiciales en relación con el nombramiento provisional en los que aún no haya recaído resolución firme».

3.8. Procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE)

En la ya citada **STC 10/2023**, de 23 de febrero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, se impugna, entre otras cosas, la restricción de la potestad de autoorganización autonómica en relación con la administración digital, lo que, según el recurrente, contravendría los arts. 150 y 159 EAC. La referida restricción se derivaría de la reforma de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC); la Ley 59/2003, de 9 de diciembre, de firma electrónica; y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

En concreto, la tacha de inconstitucionalidad se refiere, entre otras, a la siguiente cuestión: la restricción del uso de las denominadas tecnologías de registro distribuido (*blockchain*) que deriva del art. 3.3 del Real Decreto Ley 14/2019, en cuanto añade una nueva disposición adicional sexta a la citada Ley 39/2015, que dispone que no serán admisibles, en ningún caso, y, por lo tanto, no podrán ser autorizados, los sistemas de identificación y los sistemas de firma basados en dichas tecnologías, en tanto que no sean objeto de regulación específica por el Estado en el marco del derecho de la Unión Europea.

Para el TC, el precepto impugnado, en la medida en que tiene relación con los posibles sistemas de identificación que utilizar por los interesados en sus relaciones con las Administraciones, ha de encuadrarse en la competencia del Estado sobre el procedimiento administrativo común prevista en el art. 149.1.18 CE, siendo su finalidad garantizar un tratamiento común a los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas. Para el TC puede considerarse básica la decisión en torno a la eventual utilización de una determinada tecnología en el concreto ámbito discutido. La restricción —que el TC considera provisional en tanto no exista un marco regulatorio *ad hoc* de carácter estatal o europeo— cobra su sentido en cuanto se refiere a la posible utilización de un

determinado sistema de identificación y firma de los interesados respecto del que todavía es preciso valorar sus implicaciones desde el punto de vista de la necesaria protección en el acceso a los sistemas de información de las Administraciones públicas y de los derechos de los ciudadanos que con ellas se relacionan, en la medida en que en este tipo de sistemas todos los participantes disponen de igual información en tiempo real y los datos están interconectados y, por tanto, disponibles. Así las cosas, para el TC resulta posible entonces que el Estado, al amparo de sus competencias en materia de procedimiento administrativo común, proyectadas al ámbito específico de los sistemas de Administración electrónica, establezca prevenciones al respecto a fin de garantizar la seguridad jurídica de las relaciones electrónicas entre la Administración y los ciudadanos, descartando, por consiguiente, la vulneración de las competencias autonómicas de los arts. 150 y 159 EAC, en cuanto que dichas competencias no son ilimitadas, sino que han de ajustarse al marco previamente definido por la norma estatal cuando actúa legítimamente en el ámbito competencial que le es propio.

Por su parte, la también mencionada **STC 36/2023**, de 19 de abril, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación asimismo con diversos preceptos del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones. Entre las cuestiones competenciales que no han sufrido la pérdida de objeto se encuentra el tercer motivo de impugnación, en el que el Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco cuestiona el art. 3 en su apartado tercero del referido Real Decreto-ley 14/2019, en lo referente a la prohibición de las tecnologías de registro distribuido (*blockchain*) en los sistemas de identificación y firma de registro previo, por incurrir en la vulneración de la competencia de autoorganización del art. 10.2 EAPV en relación con el principio de proporcionalidad de las normas e interdicción de arbitrariedad (art. 9.3 CE) en relación con el art. 139.2 CE, al considerarlo una limitación de carácter desproporcionado. Recuerda, a tal efecto, el TC que esta impugnación, planteada en términos similares en el recurso de inconstitucionalidad núm. 718-2020, fue desestimada por la STC 10/2023, al ser constitucionalmente admisible que el Estado, «al amparo de sus competencias en materia de procedimiento administrativo común, proyectadas al ámbito específico de los sistemas de administración electrónica, establezca prevenciones al respecto a fin de garantizar la seguridad jurídica de las re-

laciones electrónicas entre la administración y los ciudadanos», sin que se trate de una «prohibición general», pues se «persigue restringir de forma puntual y provisional su uso, en tanto no exista un marco regulatorio ad hoc de carácter estatal o europeo» [FJ 4 (ii)], por lo que dicha regulación —según el TC— no puede ser calificada de desproporcionada. En consecuencia, se desestima la impugnación.

Finalmente, en la asimismo ya citada **STC 60/2023**, de 24 de mayo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña también contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 14/2019, el Tribunal constata que solo se mantiene el objeto del recurso respecto de la infracción competencial imputada al art. 3.3 del real decreto-ley, sobre el uso de sistemas de identificación basados en tecnologías de registro distribuido. Y, en tal sentido, recuerda que esta impugnación del art. 3.3 ya se ha enjuiciado en el fundamento jurídico 4 ii) de la STC 10/2023, en donde se estableció que la prohibición temporal del uso de sistemas de identificación basados en tecnologías de registro distribuido no desborda los límites del art. 149.1.18 CE y, por tanto, no invade las competencias autonómicas en materia de organización y procedimientos administrativos. Por remisión a ese pronunciamiento, el Tribunal desestima también esta queja del Parlamento de Cataluña, tal y como hizo en la anteriormente mencionada STC 36/2023, FJ 3. B).

3.9. Puertos de interés general (art. 149.1.20 CE)

La **STC 63/2023**, de 24 de mayo, del Pleno (BOE núm. 150, de 24 de junio de 2023), resuelve el recurso de inconstitucionalidad 6440-2022 interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con el artículo 173 de la Ley de les Corts Valencianes 7/2021, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat 2022, por el que se añade un apartado 6 al art. 7 del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2021, de 18 de junio, del Consell.

La controversia objeto de este proceso se encuadra en la materia «puertos de interés general», sobre la que el Estado, al amparo del art. 149.1.20 CE, ostenta competencia exclusiva. Las discrepancias se sitúan en el alcance e intensidad de la interferencia que en dicha competencia estatal produce el correspondiente ejercicio de las competencias autonómicas. A este respecto, les Corts Valencianes y la Generalitat Valenciana coinciden en negar que se produzca una interferencia no legítima en la

competencia estatal, pero divergen al concretar el título competencial que, a su juicio, ampara la intervención autonómica: (i) ordenación del territorio y protección del medio ambiente (arts. 49.1.9 y 50.6 EAV), en el primer caso; (ii) seguridad en materia industrial (art. 52.1.2 EAV), en el segundo caso.

El precepto recurrido (art. 7.6 del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, en la redacción dada por el art. 173 de la Ley 7/2021) se enmarca dentro de los criterios generales que, según el texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, han de presidir el crecimiento territorial y urbano en la Comunidad Valenciana, a saber: clasificar suelo urbano y suelo urbanizable «en una dimensión suficiente para satisfacer las demandas que lo justifiquen e impedir la especulación, basándose en necesidades reales, previstas o sobrevenidas (…)» (art. 7.1 del citado texto refundido).

Los criterios generales se completan con una serie de previsiones relativas a operaciones urbanísticas singulares, tales como el tratamiento de los terrenos forestales tras sufrir los efectos de un incendio (art. 7.4), la instalación de centrales fotovoltaicas (art. 7.7), o, en lo que aquí interesa, la implantación de actividades económicas en nuevos desarrollos urbanísticos (arts. 7.5 y 6). Respecto de la implantación de actividades económicas que impliquen riegos para la salud o manipulación de sustancias peligrosas, el citado texto refundido hace una remisión a las normas estatales que regulan estas sustancias (Real Decreto 840/2015, de 21 de septiembre, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves, en los que intervengan sustancias peligrosas; y Real Decreto 2085/1994, de 20 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de instalaciones petrolíferas), limitándose a establecer una distancia mínima de seguridad respecto de los suelos calificados como residenciales, dotacionales educativos o sanitarios, y de uso terciario especial. Distancia mínima que se concreta en (i) 500 metros con carácter general para todo tipo de actividad económica y para cualquiera que sea su localización (incluidos los recintos portuarios) (apartado quinto); y (ii) 1000 metros para el concreto caso de tanques para almacenamiento de productos petrolíferos combustibles de más de 5000 metros cúbicos situados en el interior de recintos portuarios (apartado sexto, que es el precepto impugnado); distancia que, en ambos casos, puede ser objeto de excepción a través de su plan de ordenación estructural o de ordenación pormenorizada.

Para el TC la fijación de esta distancia mínima responde a un criterio de ordenación territorial del crecimiento urbano, como es el delimitar la

localización o ubicación de determinadas actividades económicas, por más que esa determinación de localización o ubicación atienda a la necesidad de minimizar los riesgos para la salud o la seguridad de las personas, o, por extensión, proteger el medio ambiente. Más allá de este criterio territorial de localización, las actividades económicas que impliquen el uso, manipulación o almacenaje de sustancias peligrosas —entre las que se incluyen *ad hoc* los productos petrolíferos combustibles que sean objeto de almacenamiento en recintos portuarios—, se someterán a su específica regulación en materia de seguridad industrial. Regulación específica que está integrada, sin perjuicio de las normas dictadas por las comunidades autónomas en materia de industria, por las normas reglamentarias estatales de seguridad industrial que tienen carácter de normativa básica y recogen previsiones de carácter exclusiva y marcadamente técnico. A dicha regulación estatal básica se remite la propia norma autonómica (Real Decreto 2085/1994 y Real Decreto 840/2015). El precepto impugnado no efectúa, por tanto, una regulación que incida materialmente en el ámbito de la seguridad industrial, dado el carácter marcadamente territorial y urbanístico de las previsiones que contiene.

De acuerdo con el razonamiento expuesto, el TC considera que, desde la perspectiva de la comunidad autónoma, el título de ordenación del territorio y urbanismo es el que, en su caso, ampara el impugnado art. 7.6 del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, por cuanto fija un criterio respecto a la posible ubicación de este tipo de instalaciones, y por ello ha de entenderse como prevalente frente al invocado título de seguridad industrial. Por las mismas razones, también se considera que prevalece sobre el título de protección del medio ambiente, sin negar, por ello, el carácter complementario o adicional del mismo.

Planteado en estos términos la controversia competencial, el Tribunal habrá de pronunciarse sobre si el precepto objeto de recurso, dictado al amparo de la competencia autonómica en materia de ordenación del territorio y urbanismo (art. 49.1.9 EAV), produce, como sostiene el abogado del Estado, por su carácter indiferenciado en cuanto a su ámbito de aplicación, una interferencia ilegítima en el ejercicio de las competencias estatales en materia de puertos de interés general (art. 149.1.20 CE), al condicionar el posible contenido de la delimitación de los espacios y usos portuarios (DEUP).

Dado que se produce una concurrencia de títulos competenciales sobre un mismo espacio físico —los recintos portuarios— es necesario proceder —según el Tribunal— a la búsqueda de fórmulas que permitan,

en cada caso, su concreta articulación. Así, de acuerdo con su doctrina, dos son los parámetros utilizados para resolver este tipo de conflictos: 1) la previsión de adecuadas técnicas de cooperación; y 2) para el caso de que dicha cooperación o colaboración no sea posible, porque los intereses sean muy contradictorios, la determinación de cuál de las competencias en presencia haya de considerarse prevalente (STC 46/2007, de 1 de marzo, FJ 6; y en el mismo sentido, SSTC 77/1984, de 3 de julio, FJ 3, y 40/1998, FJ 30). En todo caso, la aplicación del criterio del interés prevalente no exime al titular de la competencia prevalente del deber de ser respetuoso con el orden constitucional de distribución de competencias.

Será, pues, a partir de este planteamiento, como afrontará el Tribunal la resolución de la controversia aquí planteada, si bien, con carácter previo, recordará su doctrina constitucional relativa a la competencia estatal sobre «puertos de interés general» y su articulación con la competencia autonómica de ordenación del territorio y urbanismo, con especial atención a la STC 40/1998. Lo que le sirve para poner de relieve que la calificación de interés general de un puerto no impide que sobre la realidad física del puerto, e incluso sobre la actividad en él desarrollada, no puedan incidir otros títulos competenciales (como, por ejemplo, los de urbanismo y ordenación del territorio). Es decir, según el Tribunal, la existencia de un puerto estatal no supone la desaparición de cualesquiera otras competencias sobre su espacio físico, ya que mientras que «la competencia exclusiva del Estado sobre puertos de interés general tiene por objeto la propia realidad del puerto y la actividad relativa al mismo, pero no cualquier tipo de actividad que afecte al espacio físico que abarca un puerto[,] (…) [l]a competencia de ordenación del territorio y urbanismo tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial» (STC 77/1984, FJ 2).

Señala, asimismo, el Tribunal que la noción de «interés general» también actúa como criterio de prevalencia para solucionar los conflictos de intereses. En aquellos supuestos en los que las técnicas de cooperación no permitan llegar a una solución satisfactoria para los intereses de las partes en conflicto —intereses estatales portuarios e intereses autonómicos de ordenación del territorio y urbanismo—, la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente (STC 77/1984, FJ 3); esto es, al Estado en materia portuaria. Y ello porque «cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva lo hace porque bajo la misma subyace —o, al menos, así lo entiende el constituyente— un interés general, interés que debe prevalecer sobre los intereses que pue-

dan tener otras entidades territoriales afectadas» (STC 40/1998, FJ 30). No obstante, esta prevalencia del interés general solamente operará cuando la competencia sea ejercida de manera legítima: «es decir, cuando la concreta medida que se adopte encaje, efectivamente, en el correspondiente título competencial, cuando se haya acudido previamente a cauces cooperativos para escuchar a las entidades afectadas, cuando la competencia autonómica no se limite más de lo necesario, etc.» (STC 40/1998, FJ 30).

A la luz de esta doctrina constitucional, en el caso presente la controversia competencial planteada hace necesario que el TC se pronuncie sobre si la previsión contenida en el art. 7.6 del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, en la redacción dada por el art. 173 de la Ley 7/2021, en la medida en que se aplica de forma indiferenciada tanto a los puertos de titularidad estatal como a los que son de titularidad autonómica, interfiere o no en el ejercicio de la exclusiva competencia estatal para fijar, de acuerdo con lo previsto por el art. 69 del texto refundido de la Ley de puertos del Estado, el contenido del principal instrumento de ordenación portuaria —la Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios (DEUP)—, vulnerando, con ello, la competencia exclusiva del Estado en materia de puertos de interés general (art. 149.1.20 CE).

A tal efecto, recuerda el Tribunal que la DEUP es el instrumento de ordenación portuaria que sirve, fundamentalmente, como instrumento de delimitación del perímetro portuario, y que tanto la ubicación del puerto como dicha delimitación deben de ser decididas por el Estado en cuanto titular de la competencia sobre puertos de interés general y del dominio público. Junto a la definición exterior e interior del dominio público portuario, corresponde a la DEUP incluir también, entre sus determinaciones, «los usos previstos para cada una de las diferentes áreas en las que se divida la zona de servicio del puerto» (art. 69.3 del texto refundido de la Ley de puertos del Estado). En este sentido, el legislador sectorial estatal prevé que en el dominio público portuario solo podrán llevarse a cabo actividades, instalaciones y construcciones acordes con los «usos portuarios» (art. 72.1, párrafo segundo del mencionado texto refundido), entendiendo por tales: los comerciales [letra a)], los pesqueros [letra b)], los náutico-deportivos [letra c)] y los «usos complementarios o auxiliares de los anteriores, incluidos los relativos a actividades logísticas y de almacenaje y los que correspondan a empresas industriales o comerciales cuya localización en el puerto esté justificada por su relación con el tráfico portuario, por el volumen de los tráficos marítimos que generan o

por los servicios que prestan a los usuarios del puerto» [letra d)] (STC 40/1998, FJ 34).

Desde esta perspectiva, según el TC, la ubicación en el recinto portuario de una instalación destinada al almacenaje y distribución de combustibles es posible en la medida en que tiene la consideración legal de uso portuario, con independencia de que quepan otras localizaciones y sin perjuicio del incuestionable cumplimiento de las normas vigentes en materia de seguridad industrial y de la obtención de los permisos, licencias, autorizaciones y concesiones que sean exigidos por otras disposiciones legales. Esto es, los usos de almacenaje son usos portuarios y como tales su tratamiento es diferente del dispensado por el legislador estatal a aquellos otros usos vinculados a favorecer la interacción puerto-ciudad o recuperar instalaciones que formen parte del patrimonio histórico, tales como equipamientos culturales, recreativos, certámenes feriales, exposiciones y otras actividades hoteleras o comerciales no estrictamente portuarias. Usos respecto de los cuales no quedan excluidas las competencias que sobre las mismas pueden corresponder a las comunidades autónomas y cuyo desarrollo quedará supeditado, en todo caso, a las determinaciones del plan especial de ordenación del puerto que tramita y aprueba la administración urbanística competente (STC 40/1998, FJ 33).

Precisa el Tribunal que la determinación de los usos portuarios como parte del contenido de la DEUP no vacía, si bien condiciona o modula, el contenido de las competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo de las administraciones afectadas (autonómica y local); competencias que, por otra parte, son ejercitadas por dichas administraciones a través de otro instrumento de planificación: el plan especial o instrumento equivalente que ordene la zona de servicio del puerto, diseñado para «articular la necesaria coordinación entre las administraciones con competencia concurrente sobre el espacio portuario» (art. 56.1 y 2 del texto refundido de la Ley de puertos del Estado). La tramitación y aprobación del plan especial de ordenación del puerto se realizará de acuerdo con lo previsto en la legislación urbanística y de ordenación del territorio, por la administración competente en materia de urbanismo [art. 56.2 b) del texto refundido de la Ley de puertos del Estado], con ciertas limitaciones encaminadas a garantizar la coordinación. La DEUP no tiene, pues, por objeto regular el uso urbanístico de los espacios portuarios, sino que su función es determinar qué usos y actividades se van a desarrollar y cómo se van a distribuir dentro del recinto portuario delimitado» (STC 40/1998, FJ 35).

En relación con este instrumento de planificación sectorial, la legislación estatal también prevé técnicas de cooperación y coordinación, en la medida en que las decisiones adoptadas por el Estado, con la aprobación de la DEUP, pueden afectar también a la comunidad autónoma en cuyo territorio se sitúe el puerto. Así, por una parte, en su tramitación se articula la participación vía informe de las administraciones urbanísticas [art. 69.4 a) del texto refundido de la Ley de puertos del Estado]; informe preceptivo pero no vinculante, «pues ello sería tanto como supeditar el ejercicio de la competencia exclusiva del Estado sobre puertos a la competencia sobre ordenación del territorio y urbanismo de las entidades territoriales afectadas, lo que […] no resulta constitucionalmente legítimo. Estamos, en definitiva, ante uno de los supuestos en los que la competencia exclusiva estatal permite condicionar legítimamente la competencia autonómica sobre ordenación del territorio y urbanismo» (STC 40/1998, FJ 34). Por otra parte, como ya indicamos, la DEUP condiciona el contenido del plan especial de ordenación del puerto en la medida en que «no podrán incluir determinaciones que supongan una interferencia o perturbación en el ejercicio de las competencias de explotación portuaria» (art. 56.1 del texto refundido de la Ley de puertos del Estado), lo que incide en las competencias sobre ordenación del territorio y urbanismo de las entidades territoriales afectadas.

En definitiva, el examen de la regulación de la DEUP en el texto refundido de la Ley de puertos del Estado permite concluir —según el Tribunal— que compete exclusivamente al Estado, a través de este instrumento de planificación sectorial, determinar el cómo y el dónde de los usos y actividades portuarias que se van a desarrollar en la zona de servicio de los puertos de interés general. Siendo esto así, para el Tribunal es evidente que, en este caso, el precepto impugnado prevé una intervención autonómica singularmente intensa que interfiere en el ejercicio de la competencia estatal, y lo hace de tal modo que las técnicas de cooperación y coordinación previstas por el legislador estatal, a los efectos de conciliar los contradictorios intereses en juego, no es que resulten insatisfactorias, sino que devienen en irrelevantes por la propia naturaleza de la intervención autonómica.

En conclusión, el conflicto competencial suscitado en este caso surge al establecer el legislador autonómico, al amparo de su competencia sobre ordenación del territorio y urbanismo, una previsión normativa que fija un criterio territorial sobre localización de actividades económicas. Esta intervención autonómica interfiere en la competencia

estatal para elaborar y aprobar la DEUP; en concreto, en la implantación efectiva de los usos previstos para cada una de las diferentes áreas en las que se divida la zona de servicio de un puerto de interés general. Es, por ello, que la solución de este conflicto ha de abordarse, de acuerdo con la doctrina constitucional, desde el criterio del interés prevalente. Por un lado, la atribución competencial exclusiva que tiene el Estado ex art. 149.1.20 CE responde a un criterio general —concurrencia de un interés general— basado en la trascendencia que el puerto en cuestión, con independencia del tipo de actividad que en él se realice, tiene para el conjunto del Estado (STC 40/1998, FJ 17), y que lleva consigo el principio de unidad de gestión (STC 40/1998, FJ 12). Por otro lado, la existencia de un puerto de interés general implica, necesariamente, modular el alcance de las competencias autonómicas (y municipales) sobre ordenación del territorio y urbanismo, en la medida en que el Estado adopte decisiones referidas únicamente a su ámbito competencial; cosa que ocurre en este caso, pues corresponde exclusivamente al Estado determinar los usos portuarios de los distintos espacios del recinto portuario (STC 40/1998, FJ 30), en cuanto parte del contenido necesario de la DEUP. El interés general que subyace tanto en la atribución competencial estatal, como en la justificación de la modulación del alcance del contenido de las competencias sobre ordenación del territorio y urbanismo, conduce a considerar prevalente el interés del Estado en relación con la determinación de los usos en materia de puertos de interés general.

En atención a todo lo señalado, el Tribunal considera que el art. 7.6 del texto refundido de la Ley de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, en la redacción dada por el art. 173 de la Ley 7/2021, regula, en realidad, la intervención autonómica en una decisión estatal —la elaboración y aprobación de la DEUP—, y lo hace con tal intensidad que implica la prevalencia del criterio autonómico de un modo que ha de reputarse contrario al orden constitucional de distribución de competencias, lo que lleva al TC a estimar el recurso de inconstitucionalidad. No obstante, dicha estimación es parcial, dado que el precepto puede ser también aplicable a puertos de titularidad autonómica. Es, por ello, que el precepto impugnado no se declara nulo sino inconstitucional, y por tanto, inaplicable, en cuanto a los puertos de titularidad estatal (en un sentido similar, SSTC 5/2013, de 17 de enero, FJ 7; 79/2019, de 5 de junio, FJ 7, y 135/2020, de 23 de septiembre, FJ 8).

3.10. Régimen general de comunicaciones; y telecomunicaciones (art. 149.1.21 CE)

En la más arriba referida **STC 10/2023**, de 23 de febrero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, se formulan, entre otras, quejas competenciales relacionadas con la modificación de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de telecomunicaciones, que suponen el establecimiento de la obligación de comunicar al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital el proyecto de instalación o explotación de redes en régimen de autoprestación que hagan uso del dominio público, tanto si la actividad se realiza de forma directa como si se hace de manera indirecta. A tal efecto, el TC entiende que esta exigencia de información se justifica en la competencia exclusiva del Estado para la normación del régimen general de comunicaciones (art. 149.1.21 CE), que abarca incluso la función ejecutiva necesaria para configurar un sistema materialmente unitario, sin que, por tanto, dicha exigencia implique una supervisión de la actuación autonómica incompatible con su autonomía. Lejos de establecer fórmula alguna de control o supervisión, el precepto impugnado regula un mecanismo de suministro de información que se incardina con naturalidad en el marco de la colaboración y la lealtad institucional, implícitos en el correcto funcionamiento del sistema autonómico.

Por otro lado, se resuelve la impugnación del art. 6.5 que da una nueva redacción al apartado 1 del art. 81 LGTel, y que prevé una medida cautelar consistente en que pueda ordenarse por el órgano competente del Ministerio de Economía el cese de la actividad presuntamente infractora antes de iniciar un procedimiento sancionador. El TC desestima la impugnación por considerar que la medida se integra en la materia de telecomunicaciones y de régimen general de comunicaciones, lo que supone que corresponde al Estado la conformación, regulación o configuración del propio sector, en el que se incluye el establecimiento de las condiciones de explotación de las redes y de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, así como el régimen jurídico de los operadores. Señala el TC que el titular de la competencia sustantiva lo es también de las potestades de naturaleza ejecutiva referidas a la inspección, vigilancia y control, a la adopción de medidas provisionales y a la

instrucción de expedientes sancionadores. En consecuencia, corresponde al Estado definir el régimen sancionador aplicable a la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y los recursos asociados (art.1.1 LGTel), determinando a quién incumbe la responsabilidad por las infracciones en materia de telecomunicaciones (art. 74 LGTel), tipificando las conductas (arts. 76 a 78 LGTel) y las sanciones correspondientes (arts. 79 y 80 LGTel). No hay, por tanto, previsión alguna de control de las infraestructuras de comunicaciones de competencia de la Generalidad de Cataluña.

3.11. Seguridad pública (art. 149.1.29 CE) en conexión con seguridad nacional (art. 149.1.4 CE) y relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE)

También en la **STC 10/2023**, de 23 de febrero, se impugna, entre otras cosas, la restricción de la potestad de autoorganización autonómica en relación con la administración digital, lo que, según el recurrente, contravendría los arts. 150 y 159 EAC. La referida restricción se derivaría de la reforma de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC); la Ley 59/2003, de 9 de diciembre, de firma electrónica; y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas. En concreto, la tacha de inconstitucionalidad se refiere, entre otras, a la siguiente cuestión: las medidas relativas al documento nacional de identidad establecidas en los arts. 1 y 2 del Real Decreto Ley 14/2019, por los que se modifican el art. 8.1 LOPSC y el art. 15.1 de la Ley 59/2003, de firma electrónica (modificación consistente en añadir que el DNI es «el único documento» con suficiente valor por sí solo para acreditar «a todos los efectos» la identidad del titular y sus datos personales).

En su análisis de la impugnación, el TC recuerda que la disposición final primera del Real Decreto Ley 14/2019, relativa a los títulos competenciales, afirma que «los artículos 1 y 2 de este real decreto-ley se dictan al amparo del artículo 149.1.29 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de seguridad pública». Encuadre competencial que el Tribunal considera adecuado en cuanto que la acreditación de la identidad de los ciudadanos es una premisa para que los poderes públicos puedan cumplir su función de perseguir los delitos y garantizar a la vez la seguridad ciudadana y la paz social. Por su parte, las comunidades autónomas, en materia de seguridad pública, no pueden

asumir estatutariamente más competencias que las previstas en dicho precepto constitucional (creación de cuerpos propios de policía).

El TC precisa, no obstante, que la regulación del DNI convive con el mantenimiento de aquellas reglas prescritas por la legislación estatal en materia de procedimiento administrativo común recogidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, conforme a las cuales las Administraciones públicas pueden verificar la identidad de los interesados en el procedimiento administrativo mediante la comprobación del nombre y apellidos que consten en el DNI o documento identificativo equivalente (art. 9.1), si bien se mantiene igualmente la posibilidad de que los interesados se identifiquen ante las Administraciones públicas a través de sistemas basados en certificados electrónicos, de clave concertada o de cualquier otro sistema que las Administraciones consideren válido (art. 9.2 de la Ley 39/2015), como, por ejemplo, el conocido como sistema Cl@ve. En definitiva, y en contra de lo señalado en la demanda, la regulación impugnada no impide la utilización de otro sistema de identificación, posibilidad abierta por la norma estatal en materia de procedimiento administrativo común en el referido art. 9 de la Ley 39/2015.

En realidad, lo que sucede, según el TC, es que el recurso parte de un inadecuado entendimiento de la regulación que cuestiona, lo que condiciona toda su argumentación. Y es que la atribución al DNI del carácter de único documento válido para acreditar a todos los efectos la identidad y los datos personales de su titular no va en detrimento de la utilización de otros posibles sistemas de identificación que puedan utilizar las Administraciones públicas. Lo que sí queda vedado con esta regulación, sin que ello plantee para el TC problema competencial alguno, dado el carácter exclusivo del título estatal sobre seguridad pública, es que se regulen otros sistemas de identificación a los que se les otorgue la misma consideración y eficacia descritas en el art. 8.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana. Es decir, las normas cuestionadas lo único que hacen es cercenar la posibilidad de introducir un nuevo documento de acreditación de la identidad que pudiera sustituir al DNI. Respetando tal límite, impuesto por las competencias estatales en materia de seguridad pública, en nada se afecta a la posibilidad, abierta por las propias normas estatales y confirmada por la doctrina constitucional, de que las Administraciones públicas establezcan sistemas de identificación electrónica, con lo que la reforma llevada a cabo por el Real Decreto Ley 14/2019 no afecta a la competencia de la Generalitat de Cataluña para organizar su propia Administración (art. 150 EAC), ni a la que le corresponde en materia

de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas catalanas (art. 159 EAC).

Por lo que se refiere a la impugnación de la nueva redacción del apartado 3 del art. 155 de la Ley 40/2015, que regula un procedimiento que tiene por finalidad comprobar si la finalidad ulterior a la que se quiere destinar los datos es o no compatible con la que inicialmente legitimó su tratamiento, hay que señalar que, a este respecto, se establece una obligación adicional de consulta a la Administración que comunica los datos a otra, a resultas de la cual la destinataria, responsable del nuevo tratamiento, no podrá llevarlo a cabo hasta que lo haya comunicado a la Administración que los recogió inicialmente, de forma que esta puede comprobar que se da la citada compatibilidad, pudiendo oponerse, en caso contrario, en un plazo de diez días. Concretamente, lo discutido es la posibilidad que el precepto otorga a la Administración General del Estado para suspender la transmisión de datos por razones de seguridad nacional de forma cautelar por el tiempo estrictamente indispensable para su preservación. Pues bien, para el TC, esta nueva regulación encuentra su fundamento en consideraciones basadas en la preservación de la seguridad nacional, lo que enlaza con la competencia exclusiva del Estado prevista en el art. 149.1.4 y 29 CE. Se trataría, en definitiva, de una medida de prevención que tendría por finalidad proporcionar al Estado capacidad de reacción ante situaciones que afectan a la seguridad nacional. Ahora bien, esta excepción al régimen general de comunicación de datos entre Administraciones públicas no es incondicionada, sino que incorpora una serie de cautelas o garantías que contribuyen a delimitar su ejercicio. Por un lado, esta potestad de suspensión de la cesión de datos tiene carácter excepcional y se ha de adoptar de manera motivada y por el tiempo estrictamente indispensable para la preservación de la seguridad nacional. Por otro, atendiendo a su ubicación sistemática, no puede aplicarse a los supuestos en que el tratamiento para otro fin distinto de aquel para el que se recogieron los datos personales esté previsto en una norma con rango de ley.

Por otro lado, el TC desestima también la impugnación del art. 7 del Real Decreto Ley 14/2019, que atribuye al Centro Criptológico Nacional la coordinación estatal de todas las autoridades o equipos de respuesta a incidentes de seguridad informática (CSIRT) en materia de seguridad de las redes y sistemas de información, y que, adicionalmente, obliga a todos los CSIRT de las Administraciones públicas a colaborar en el ejercicio de las funciones respectivas y a consultar, cuando proceda, a los órganos con competencias en materia de seguridad nacional, seguridad

pública, seguridad ciudadana y protección de datos de carácter personal, atribuyendo al Centro Criptológico Nacional la función de enlace para garantizar la cooperación transfronteriza de los CSIRT de las Administraciones públicas con los CSIRT internacionales, cuando se trate de la respuesta a los incidentes y la gestión de los riesgos de seguridad que les corresponden. El TC pone de manifiesto la relación que el precepto impugnado guarda con la materia de ciberseguridad, respecto a la que ya se ha pronunciado en la STC 142/2018, de 20 de diciembre[9]. Para el Tribunal no cabe formular ninguna objeción al hecho de que la función de coordinación sea ejercida por un órgano estatal, sin que con ello se produzca detrimento o menoscabo de las competencias autonómicas. Asimismo, considera que tampoco cabe realizar reproche alguno al mecanismo de consulta, en tanto que no es más que una manifestación de los principios de colaboración y cooperación que han de regir en las relaciones entre las Administraciones públicas. Por último, la función de enlace atribuida al Centro Criptológico Nacional no tiene otra finalidad que garantizar la cooperación transfronteriza con los CSIRT internacionales, por lo que nos encontraríamos en el ámbito de la competencia estatal del art. 149.1.3 CE, en relación con la que corresponde igualmente al Estado en materia de ciberseguridad.

3.12. Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución: art. 149.1.30 CE

La **STC 34/2023**, de 18 de abril, del Pleno (BOE núm. 121, de 22 de mayo de 2023), resuelve el recurso de inconstitucionalidad 1760-2021 interpuesto por cincuenta y dos diputados del grupo parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación. Aunque son muchos los aspectos controvertidos, únicamente nos centraremos en el último motivo de impugnación planteado por los recurrentes, cuya singularidad es que «por primera vez»

[9] Según el Tribunal, «la ciberseguridad se incluye en materias de competencia estatal en cuanto, al referirse a las necesarias acciones de prevención, detección y respuesta frente a las ciberamenazas, afecta a cuestiones relacionadas con la seguridad pública y la defensa, las infraestructuras, redes y sistemas y el régimen general de telecomunicaciones» (STC 142/2018, de 20 de diciembre, FJ 4).

se alega ante el TC la inconstitucionalidad de una ley «por defecto de lo básico», en este caso del art. 149.1.30 CE, que atribuye al Estado competencia para la «[r]egulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia».

Para los recurrentes, al igual que el Estado no puede rebasar al dictar las bases un límite máximo vaciando las competencias autonómicas, debe existir igualmente un «límite mínimo» que impida «desarticular la configuración constitucional del Estado autonómico». Dicho de otro modo, al igual que ocurre con el límite máximo, «esa elasticidad [de las bases] tiene un límite mínimo a partir del cual lo básico quiebra». Según sostienen, la Constitución no ha previsto la «eventualidad» de que el Estado central estime necesario intervenir para uniformar sectores inicialmente atribuidos a las comunidades autónomas, sino que establece una serie de competencias «de ejercicio necesario» por su parte. En consecuencia, para los recurrentes, el Estado «carec[e] de libertad para resolver si en determinados ámbitos ha de existir o no un Derecho común, resolución que, a lo largo del artículo 149.1, adoptó ya el poder constituyente». Que esto es así lo demuestran la determinación material y no formal de las bases establecida por la doctrina de este Tribunal o la necesaria deducción de las normas básicas de normas preconstitucionales no ajustadas a la estructura territorial del Estado una vez aprobada la Constitución.

Partiendo de este sustrato común, los recurrentes cuestionan por insuficiencia normativa la regulación de las siguientes materias (todos los artículos citados son por la numeración de la LOE): (i) la fijación de enseñanzas mínimas (arts. 6, 27 y 28); (ii) las pruebas de evaluación en educación primaria y secundaria obligatoria (arts. 21 y 29) y de acceso a la universidad (art. 28); (iii) la evaluación del sistema educativo (arts. 143 y 144); (iv) el reconocimiento de improcedentes competencias normativas a las comunidades autónomas en educación secundaria, bachillerato y formación profesional ocupacional (arts. 31, 32, 34 y 42 bis); y (v) la inspección del sistema educativo y supervisión de libros de texto y materiales curriculares (art. 148 y disposición adicional cuarta).

El TC comienza recordando que las competencias son «indisponibles e irrenunciables» y comparte con los recurrentes la premisa de que existen ciertas normas mínimas que el legislador básico no puede desconocer, singularmente cuando de derechos constitucionales se trata.

La inactividad o el silencio del legislador no pueden bloquear mandatos o derechos con eficacia inmediata y directa que establece la Constitución, tanto para particulares como para entes públicos, como es el «derecho a la autonomía» y a la gestión de sus propios intereses de las comunidades autónomas una vez constituidas (arts. 2 y 137 CE). Este fue el mandato o «derecho» con eficacia jurídica directa que hizo valer el TC en sus primeros años cuando dedujo de la normativa preconstitucional las bases o normas básicas en materias aún no reguladas por el legislador democrático, y esa es la que invocan ahora los recurrentes para pretender que el TC fije las bases mínimas en materia de educación. Se trataba, en aquellos casos, de garantizar la autonomía de las comunidades autónomas o su «derecho» (art. 2) a elaborar políticas propias a través de su potestad legislativa de desarrollo estatutariamente asumida, con la eficacia directa propia de los estatutos de autonomía (art. 147.2.d CE).

Pero la asunción del concepto material de las bases invocado aquí por los recurrentes no llevó al TC a asumir la tarea de fijar esas bases, sino a deducirlas «racionalmente de la legislación vigente». Más allá de derechos o mandatos constitucionales con eficacia jurídica inmediata y plena, el TC considera que no le corresponde a él la función de crear derecho; esa es una función de los Parlamentos democráticamente elegidos y políticamente responsables ante el electorado, y en concreto a las Cortes Generales, como «representante en cada momento histórico de la soberanía popular». En consecuencia, «es al Estado a quien corresponde, en el ejercicio de su competencia […] realizar la concreción de lo básico con el margen de apreciación y oportunidad política que ello supone»; a tal efecto, «goza de completa libertad para establecer con carácter general las bases de una determinada materia, sin que su acción legislativa en este extremo, plasmación de una legítima opción política, pueda ser fiscalizada por este Tribunal Constitucional, que no es un juez de la oportunidad, salvo que traspase los límites que para esa acción legislativa resulten del bloque de la constitucionalidad», lo que le ha llevado también a reconocer la «variabilidad de las bases».

En definitiva, el TC concluye que no le corresponde a él fijar de una vez y para siempre las bases de una determinada materia, sino que es el legislador, en ejercicio de su mandato democrático, el llamado a hacerlo, pudiendo revisar su decisión en virtud de consideraciones políticas o de oportunidad. La «ponderación de lo que el interés nacional demanda» corresponde a las Cortes Generales, respetando, en todo caso, la distribución de poderes y competencias efectuada por la Constitución.

A partir de estas primeras consideraciones, el TC desestima la impugnación de la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 3/2020 del art. 6, apartados 3, 5, 6 y 7, LOE, que, según los recurrentes, supone el «abandono» por el Estado del ejercicio de su competencia sobre ordenación del currículo, tras reconocer la competencia del Estado ex art. 149.1.30, segundo inciso (bases sobre la educación), para «la fijación de las que en las sucesivas leyes educativas han sido denominadas «enseñanzas mínimas», posteriormente «enseñanzas comunes» y, en el presente, «aspectos básicos del currículo»». Para el TC la Ley Orgánica 3/2020 no se separa del sistema seguido por sus predecesoras, salvo en una cuestión de grado, ya que el nuevo art. 6.3 continúa reservando al Estado, a través del Gobierno de la nación, la fijación de «los aspectos básicos del currículo, que constituyen las enseñanzas mínimas». Y el hecho de que se prevea, a este respecto, una consulta previa a las comunidades autónomas no convierte la decisión del Gobierno de la Nación regulada en el art. 6.3 en una decisión «conjunta» con aquellas, de la misma manera que los trámites de consulta, audiencia e información públicas o de informe de órganos consultivos previstos en otras normas del ordenamiento con carácter previo a la toma de decisiones por el mismo órgano no sustraen a este su competencia y responsabilidad. Más bien, esta es una técnica de colaboración constitucionalmente posible que puede prever el Estado para preparar la toma de decisiones en ámbitos de competencia compartida, sin que ello suponga privar al titular de la competencia de la adopción de la decisión final.

Los diputados recurrentes impugnan, asimismo, aquellos incisos de los arts. 21, primer párrafo, y 29, primer párrafo, que consideran «responsabilidad de las administraciones educativas», y, por tanto, de las comunidades autónomas, la evaluación de diagnóstico que debe realizarse en el cuarto curso de educación primaria y en el segundo curso de educación secundaria obligatoria, por entender que, de ese modo, la evaluación pasa a «depender enteramente» de las comunidades autónomas sin que exista una «garantía real» de formación común. En su opinión, esta «insuficiente densidad normativa» es contraria a la competencia del Estado para fijar «los niveles de exigencia requeridos» y «agotar normativamente» el diseño de las pruebas resultante del art. 149.1.30, primer inciso, que atribuye competencia al Estado para la «regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales». Pero el TC desestima la impugnación al entender que, de acuerdo con los propios preceptos recurridos, la evaluación que se atribuye a las comunidades autónomas es «de diagnóstico de las

competencias adquiridas/alcanzadas» por los alumnos y es una evaluación de «carácter informativo, formativo y orientador» para centros, profesores, alumnos, familias y comunidad educativa en general, sin que se trate, por tanto, de pruebas conducentes a la obtención de títulos académicos, tal y como prevé el primer inciso del art. 149.1.30ª CE, invocado en el recurso. El TC recuerda que en su sentencia 14/2018, de 20 de febrero, reconoció la competencia del Estado para establecer «pruebas finales de evaluación» conducentes a la obtención de títulos educativos y «acometer [su] entera normación», como hacía la LOMCE, al quedar encuadradas esas pruebas en dicho precepto constitucional; ahora bien, eso no significa que sea constitucionalmente imperativo establecer esas pruebas, su número, amplitud, contenido y momento de realización, pues esa es una decisión de oportunidad que corresponde adoptar a las Cortes Generales.

A continuación, los diputados recurrentes cuestionan una serie de preceptos que ofrecen un margen de decisión a las comunidades autónomas y a los profesores sobre la evaluación y obtención de títulos por parte de los alumnos: arts. 31.1, párrafo segundo, y 4 (en relación con el título de graduado en educación secundaria obligatoria); 32.3, segundo párrafo (sobre la realización del bachillerato); 34.3 (sobre la estructura del bachillerato); 37.1 (sobre la evaluación del bachillerato); y 42 bis.2 (en relación con la formación profesional). Según los recurrentes, esto supone una renuncia por el Estado a establecer el «mínimo» que permita «alcanzar la imprescindible y necesaria homogeneidad» y la «verdadera homologación» del sistema educativo, atribuyendo a las comunidades autónomas «una competencia normativa que no les corresponde». No lo entiende así el TC, para el que no hay nada inconstitucional en que el Estado regule en ámbitos de su competencia trámites de consulta o informe a las comunidades autónomas, sin que se pueda entender que ello conlleva una dejación de funciones; por el contrario, se trata de una técnica de «participación autonómica en la adopción de decisiones estatales», que deja «a salvo la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado», y un «mecanismo de colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas consustancia[l] a la estructura compuesta del Estado de las Autonomías», que «respeta» y no altera el «orden constitucional de distribución de competencias […] ni su carácter indisponible». En consecuencia, el TC entiende que las previsiones de los arts. 32.3, párrafo segundo, 37.1 y 42 bis.2 no vulneran el art. 149.1.30 CE, de igual modo que tampoco

lo hace la previsión de que «el profesorado» (art. 31.1, párrafo segundo) o «el equipo docente» (art. 37.1) sean quienes tomen la decisión sobre la obtención de un título educativo, o las condiciones en que deben hacerlo, pues todo ello forma parte del ámbito de decisión que otorga al Estado el art. 149.1.30, primer inciso, CE para regular las condiciones de obtención de títulos académicos.

A juicio de los recurrentes también contraviene el primer inciso del art. 149.1.30 CE que el art. 38. 3 y 4 LOE atribuya a las comunidades autónomas la determinación del contenido de la prueba de acceso a la universidad. Además, también cuestionan que el apartado 1 de la disposición final quinta LOE mencione solamente como título competencial el segundo inciso del art. 149.1.30 CE, y no el primero, que es el ejercido en el art. 38 impugnado con carácter principal. Sin embargo, para el TC, al no tratarse de un título, la regulación del acceso a la universidad se debe encuadrar en el segundo inciso del art. 149.1.30 CE («normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución») y no en el primero. De este modo, el Estado ostenta competencia para establecer la prueba de acceso de los estudiantes a los centros universitarios, si bien, de conformidad con el marco constitucional y estatutario, dicha competencia ha de entenderse circunscrita al contenido básico de esta, lo que lleva al TC a desestimar la impugnación también en este punto.

También impugnan los recurrentes el art. 143.2 LOE, porque, al regular la organización conjunta por el Estado y las comunidades autónomas de las pruebas de evaluación general del sistema educativo, «permite que una competencia que solo al Estado corresponde […] y que resulta imprescindible para garantizar la homogeneidad [del] sistema educativo se transforme en competencia de ejercicio compartido», así como el art. 144 , que, al no imponer parámetros homogéneos de evaluación para las pruebas que realizar en los centros educativos a que se refieren los arts. 21 y 29, y dejar, además, su realización en manos de las comunidades autónomas, impide que se puedan obtener resultados comparables entre todas ellas. Sin embargo, el TC no comparte estos argumentos, pues no cabe deducir del art. 149.1.30 CE que el Estado deba regular necesariamente pruebas de diagnóstico individuales y generales representativas y que, además, deba realizar esas pruebas por sí mismo con carácter exclusivo y excluyente. El razonamiento que conduce a extraer esa norma de los preceptos constitucionales citados es de oportunidad, no jurídico.

Finalmente, los recurrentes impugnan el art. 148.1 y la disposición adicional cuarta, apartado 3 LOE, por «vaciar de contenido» las funcio-

nes de la alta inspección del Estado establecidas en el art. 150 y alterar así la distribución constitucional de competencias. A tal efecto, recuerda el TC que la función de alta inspección ha sido definida como una función de «vigilancia, supervisión o fiscalización», sin que ello signifique que la «supervisión» sea una función exclusiva y excluyente del Estado y de la alta inspección. Por el contrario, son las comunidades autónomas las que de modo prioritario inspeccionan, supervisan o fiscalizan la actividad de sus propios órganos, debiendo ser los controles del Estado limitados (arts. 153 y 155 CE), tal y como corresponde a un régimen de autonomía (art. 2 CE). La inspección «ordinaria» por las comunidades autónomas de su sistema educativo, libros de texto y material didáctico forma parte de su competencia en materia de desarrollo y ejecución de las bases estatales sobre educación (art. 149.1.30, segundo inciso, CE) y no elimina la competencia y responsabilidad del Estado sobre la alta inspección que deriva de la Constitución. Son las comunidades autónomas, por tanto, las primeras responsables en ajustar su sistema educativo a los valores constitucionales. Pero si, llegado el caso, el Estado detectara actuaciones concretas de adoctrinamiento o contrarias a tales valores y principios, es su deber constitucional actuar a través de la alta inspección; deber que no puede verse menoscabado por los artículos recurridos. En definitiva, para el TC no puede considerarse una «renuncia» por parte del Estado a sus competencias el reconocimiento de facultades de inspección o supervisión a «los poderes públicos» (art. 148.1 LOE) o a la «administración educativa» (disposición adicional cuarta, apartado 3), ni ese reconocimiento merma las competencias del Estado sobre la «alta inspección».

Formularon voto particular a esta sentencia los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera y don César Tolosa Tribiño, si bien entre sus discrepancias no se encuentran las relativas a cuestiones competenciales.

3.13. Modificación del régimen económico y fiscal del archipiélago canario (informe previo del Parlamento canario): Disposición adicional tercera CE

La **STC 16/2023**, de 7 de marzo, del Pleno (BOE núm. 89, de 14 de abril de 2023), resuelve el recurso de inconstitucionalidad 5935-2021 interpuesto por el Parlamento de Canarias respecto de la disposición final tercera del Real Decreto Ley 12/2021, de 24 de junio, por el que se

adoptan medidas urgentes en el ámbito de la fiscalidad energética y en materia de generación de energía, y sobre gestión del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua.

En relación con las impugnaciones de carácter competencial, el Tribunal Constitucional resuelve, en primer lugar, la relativa a si la modificación del régimen económico y fiscal de Canarias, sin contar con el informe previo del Parlamento autonómico, vulnera la garantía procedimental formal prevista en la disposición adicional tercera CE «(la modificación del régimen económico y fiscal del archipiélago canario requerirá informe previo de la Comunidad Autónoma o, en su caso, del órgano provisional autonómico») y en el art. 167 del Estatuto de Autonomía (en cuyo apartado 1 se prevé que el régimen económico y fiscal de Canarias solo podrá ser modificado de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional tercera CE, previo informe del Parlamento Canario que, para ser favorable, debe ser adoptado por las dos terceras partes de sus miembros; regulándose en el apartado 2 el procedimiento que habrá de seguirse en el supuesto de que el informe resulte desfavorable). Se ha de tener además en cuenta que, de conformidad con la doctrina constitucional existente, en caso de que la modificación se lleve a efecto mediante real decreto ley, la emisión del preceptivo informe del Parlamento de Canarias habrá de producirse «antes de la convalidación» de aquel.

En el caso de autos, el Gobierno de la Nación dictó el Real Decreto Ley 12/2021 el 24 de junio, el mismo día en que la solicitud del informe por la ministra de Hacienda tuvo entrada en la Consejería de Hacienda del Gobierno de Canarias; sin que la misma fuese registrada en el Parlamento de Canarias, por remisión de la Administración autonómica, hasta el 30 de junio. Por su parte, el Real Decreto-ley fue objeto de convalidación por resolución del Congreso de los Diputados de 21 de julio de 2021, sin que, hasta esa fecha, ni con posterioridad, se emitiera el preceptivo informe por parte del Parlamento de Canarias.

Según el TC, estas circunstancias ponen en cuestión que el procedimiento seguido se haya ajustado al óptimo constitucional que sería deseable en cuanto a las exigencias derivadas de los principios de lealtad y colaboración que han de regir las relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas. No obstante, dado que el informe fue solicitado y tuvo entrada en el órgano legislativo autonómico con anterioridad al trámite de convalidación del decreto ley, de conformidad con la doctrina constitucional no se produjo la aducida extemporaneidad, debiéndose rechazar, en consecuencia, la infracción constitucional alegada.

Con carácter sustantivo, el Parlamento de Canarias alega, en segundo término, la vulneración de su régimen económico y fiscal, consagrado en la disposición adicional tercera CE y el art. 166 EACan, debido a que la disposición final tercera del Real Decreto-ley 12/2021 lleva a cabo una reforma de la Ley 19/1994, de 5 de julio, de modificación del régimen económico y fiscal de Canarias, con el fin de actualizar el límite absoluto de una deducción de 5,4 a 12,4 millones, siguiendo los cambios que se han introducido en el límite a nivel estatal, de modo que Canarias pueda mantener el diferencial respecto al límite de deducción en la Península.

A tal efecto, el TC recuerda su doctrina en relación con la disposición adicional tercera CE, en virtud de la cual «no resulta fácil extraer de este precepto la garantía de un contenido inalterable del régimen económico y fiscal de Canarias», pues «frente a otros supuestos en los que la Constitución (disposición adicional primera) expresamente «ampara y respeta» derechos históricos y se refiere a la «actualización» de los mismos […] aquella se limita a requerir de un informe previo de la comunidad autónoma para la «modificación» del régimen económico y fiscal del archipiélago canario». Y a partir de aquí deduce que el régimen económico y fiscal canario no reúne las características de una garantía institucional, entendida como el reconocimiento de un núcleo mínimo indisponible para el legislador estatal.

Por todo ello, dado que el objeto inmediato de la disposición final tercera del real decreto ley aquí examinado no es otro que modificar el régimen económico y fiscal canario, mediante la actualización del límite de deducción aplicado en Canarias para adaptar dicho límite a los cambios derivados del Real Decreto Ley 17/2020, con la finalidad explícita de incorporar el reconocimiento del tratamiento fiscal diferenciado que constituye el sustrato nuclear del régimen económico-fiscal canario, y en tanto que la modificación operada por la norma controvertida viene precisamente a preservar la diferencia fiscal de las deducciones aplicables en el archipiélago, respetando esa diferenciación o especialidad fiscal que caracteriza el régimen económico y fiscal de Canarias, el TC considera que se ha de rechazar la tacha de inconstitucionalidad competencial alegada.

3.14. Competencias de otras comunidades autónomas

En la ya citada **STC 8/2023**, de 22 de febrero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta senadores

del Grupo Parlamentario Popular en el Senado en relación con el Decreto-ley del Consell 6/2020, de 5 de junio, para la ampliación de vivienda pública en la Comunitat Valenciana mediante los derechos de tanteo y retracto, entre los motivos de inconstitucionalidad de carácter competencial en que basan los recurrentes su recurso, se encuentra la posible invasión de competencias de otras comunidades autónomas. Esta alegación, sin embargo, es descartada por el Tribunal. Precisa, a tal efecto, que en la medida en que el art. 10.3 del Decreto ley establece como requisito esencial de los derechos de adquisición preferente que «las viviendas sobre las que se podrán ejercitar los derechos de tanteo y retracto deberán estar ubicadas en los municipios incluidos en las áreas de necesidad de vivienda o, en su caso, en sus áreas de influencia», ello permite circunscribir el ámbito de actuación de estos derechos respecto de acciones y participaciones sociales a los casos en que las viviendas estén ubicadas dentro de la Comunitat Valenciana, sin que, en consecuencia, quepa apreciar aquí invasión de las competencias de otras comunidades autónomas.

4. Autonomía local y hecho insular

4.1. Autonomía local en relación con la cooperación para la construcción de nuevos centros docentes públicos: arts. 137 y 140 CE

La **STC 49/2023**, de 10 de mayo, del Pleno (BOE núm. 139, de 12 de junio de 2023) resuelve el recurso de inconstitucionalidad 1828/2021 interpuesto por ochenta y ocho diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contra diversos preceptos incluidos en el artículo único de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (en lo sucesivo, LOMLOE). Si bien se alegan, fundamentalmente, vulneraciones sustantivas y determinados vicios en el procedimiento seguido para su aprobación, también hay alguna cuestión competencial, a la que seguidamente se hará referencia.

En concreto, el FJ 8 se dedica a analizar una cuestión atinente a la cooperación en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes públicos. Los recurrentes impugnan el artículo único, apartado 81 bis LOMLOE, que modifica el apartado cuarto de la disposición adicional decimoquinta LOE, que preveía hasta aho-

ra la cooperación de los municipios con las administraciones educativas, es decir, con las comunidades autónomas, en la obtención de los solares necesarios para la construcción de «nuevos centros docentes», expresión que, tras la modificación, queda circunscrita a nuevos centros docentes «públicos». Más allá de considerar que esta limitación es contraria a la libertad de creación y elección de centros docentes (arts. 27.3 y 6 CE) y a la libertad de empresa (art. 38 CE), los recurrentes también entienden que la misma vulnera la autonomía local (arts. 137 y 140 CE), puesto que la «cooperación» está conectada con la voluntariedad, no con la imposición.

Según el Tribunal, el examen debe comenzar por el segundo de los motivos aducidos, ya que si el mandato de cooperación para la obtención de solares destinados a nuevos centros docentes vulnerara la autonomía local —como postula la demanda—, lo haría con independencia de la naturaleza pública o privada de los centros. A tal efecto, se ha de tener en cuenta que la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), atribuye a los municipios determinadas competencias en materia educativa. Así, el art. 25.2.n) dispone que «[l]as corporaciones locales cooperarán con las administraciones educativas competentes, en el marco de lo establecido por la legislación vigente y, en su caso, en los términos que se acuerden con ellas, en la creación, construcción y mantenimiento de los centros públicos docentes, así como en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria». Y en su disposición adicional decimoquinta la LOE recoge determinadas reglas de colaboración entre administraciones. De este modo, junto a la cooperación para la obtención de solares: (i) prevé que las administraciones educativas establezcan «procedimientos e instrumentos para favorecer y estimular la gestión conjunta con las administraciones locales» (apartado 1); (ii) atribuye a los municipios «la conservación, el mantenimiento y la vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial» (apartado 2), con la cautela de que, si el Estado o las comunidades autónomas necesitaran afectar alguno de dichos edificios para impartir educación secundaria o formación profesional, deberán asumir los gastos que vinieran sufragando los municipios (apartado 3); y (iii) concreta la colaboración entre administraciones educativas y corporaciones locales para las enseñanzas artísticas (apartado 5), el uso de los centros docentes en actividades municipales de carácter educativo, cultural, deportivo o de carácter social (apartado 6) y el doble uso de las de las instalaciones deportivas pertenecientes a los centros docentes o a los municipios (apartado 7).

Queda así constancia, según el TC, de que la participación de los municipios, como principales propietarios de suelo público, en la construcción de nuevos centros docentes es una vía más de cooperación en una materia en la que se entrelazan las competencias estatales, autonómicas y locales, como es la materia educativa. Y, a tal efecto, recuerda el Tribunal que nuestro sistema constitucional de distribución territorial del poder se apoya en el principio de cooperación entre administraciones públicas, como viene reiterando la doctrina constitucional (entre muchas otras, SSTC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 29; 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 6, y 13/2007, de 18 de enero, FJ 7), que, entre otras cosas, ha destacado «el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias, para lo que deben estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible» (SSTC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 39, y 82/2020, de 15 de julio, FJ 6).

Para el TC, la cooperación a que se refiere el precepto controvertido pondera los intereses locales y supralocales (en este caso, autonómicos) que están presentes en la necesidad de suelo para la construcción de centros docentes. Así las cosas, las distintas leyes educativas (la LODE/1985, la LOGSE/1990 y la LOE/2006) no han hecho sino reflejar lo que la Ley reguladora de las bases de régimen local reconoce desde 1985 como una competencia propia de los municipios: la cooperación con las administraciones educativas en la construcción de nuevos centros docentes. Lejos de vulnerar la autonomía local, dicha responsabilidad municipal es una forma de ejercerla. Por tanto, no se infringen los arts. 137 y 140 CE.

En cuanto a la alegación de que la adición del término «públicos» es inconstitucional por introducir una discriminación respecto de la enseñanza concertada, señala el Tribunal que conviene reparar en que, cuando la Ley reguladora de las bases de régimen local de 1985 recogió esta competencia municipal, la refería únicamente a centros docentes «públicos» en su redacción original del art. 25.2.n). Así lo recogió la LODE poco después en su disposición adicional segunda, apartado 1. Y, aunque la Ley 27/2013 eliminó de la Ley reguladora de las bases de régimen local el adjetivo «públicos», este requisito subsistió en la LODE. Esta medida cuestionada se configura como una vía de cooperación entre administraciones públicas para facilitar la creación de nuevos centros do-

centes. La responsabilidad de las administraciones educativas en la programación de nuevos centros alcanza a los «públicos», ya que la creación de centros privados depende esencialmente de la iniciativa privada, como ha señalado el propio Tribunal en la STC 34/2023, FJ 3. Por tanto, concluye el Tribunal, no debe extrañar que la cooperación entre dos entes públicos, en este caso para conferir un determinado uso al suelo municipal, se circunscriba a los centros docentes «públicos», que son los que las administraciones educativas deben programar para garantizar la «oferta suficiente de plazas públicas» (art. 109 LOE).

Por lo que se refiere a la ponderación de intereses locales y supralocales, que está en la base de la norma controvertida, señala el Tribunal que es distinta según se trate de centros promovidos por las administraciones educativas o de centros privados. Esta circunstancia permite que el legislador haga una ponderación diferente de tales intereses en uno y otro supuesto. En todo caso, el precepto impugnado no prohíbe que los municipios puedan también ceder suelo para iniciativas docentes privadas como medida de fomento. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3, sostuvo que «[e]l citado art. 27.9 [CE], en su condición de mandato al legislador, no encierra, sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública. Esta, materializada en la técnica subvencional o, de otro modo, habrá de ser dispuesta por la ley […] de la que nacerá, con los requisitos y condiciones que en la misma se establezcan, la posibilidad de instar dichas ayudas y el correlativo deber de las administraciones públicas de dispensarlas, según la previsión normativa». Es decir, precisa el Tribunal, de la misma forma que los arts. 27 y 38 CE no consagran un derecho subjetivo a obtener un concierto educativo, tampoco comprenden el de obtener suelo municipal para la construcción del centro docente. Por consiguiente, al igual que en la STC 34/2003, FJ 3, se ha descartado que sea inconstitucional referir la programación de la oferta de plazas suficientes a las plazas «públicas», por estar amparada en el margen de configuración del legislador, a la misma conclusión llega el Tribunal ahora respecto de la cooperación municipal para la obtención de suelo destinado a nuevos centros docentes «públicos», desestimando, en suma, la alegada vulneración de los arts. 27.3 y 6 y 38 CE.

Hay un voto particular que formulan los magistrados don Enrique Arnaldo Alcubilla y doña Concepción Espejel Jorquera, pero carece de contenido competencial.

4.2. Hecho insular: principios de solidaridad y equilibrio económico (art. 138 CE en relación con art. 2 CE) y de lealtad constitucional y cooperación en el ámbito de la financiación autonómica

La **STC 50/2023**, de 10 de mayo, del Pleno (BOE núm. 139, de 10 de mayo de 2023), resuelve el recurso de inconstitucionalidad 1875-2021 interpuesto por el Parlamento de las Illes Balears respecto de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2021, por entender que la misma omite la aplicación de lo dispuesto en los arts. 15 y 17 del Real Decreto-ley 4/2019, de 22 de febrero, del régimen especial de las Illes Balears, lo que implica la desatención de las circunstancias del hecho insular y determina que se haya vulnerado el art. 138.1 CE en relación con el principio de solidaridad del art. 2 CE, así como también los principios de lealtad constitucional y de cooperación en el ámbito de los instrumentos de financiación autonómicos.

A fin de acometer su enjuiciamiento, el TC comienza haciendo una serie de consideraciones sobre el reconocimiento de la insularidad como hecho diferencial en la Constitución y el Estatuto de Autonomía y su desarrollo legal que permitan disponer de un adecuado contexto normativo. A tal efecto, recuerda el Tribunal que la Constitución reconoce el hecho insular como un hecho diferencial que debe ser particularmente tenido en cuenta al establecer el adecuado y justo equilibrio económico entre los territorios del Estado español, en orden al real y efectivo cumplimiento de la solidaridad interterritorial al que obliga el art. 138.1 CE. En desarrollo del mismo se dictó la Ley 30/1998, de 29 de julio, del régimen especial de las Illes Balears, que tenía por objeto «establecer y regular el régimen de medidas de todo orden, destinadas a compensar los efectos de la insularidad de las Illes Balears» (art. 1). Por su parte, la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, también contempla el denominado hecho insular en varios de sus preceptos (art. 3 —insularidad como hecho diferencial del que no pueden derivarse desequilibrios económicos—; y 120.2 c) —principios que fundamentan la financiación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears: solidaridad, equidad y suficiencia financiera, atendiendo al reconocimiento específico del hecho diferencial de la insularidad, para garantizar el equilibrio territorial, y a la población real efectiva—; y disposición adicional sexta —intitulada «Del régimen especial insular de las Illes Balears»—).

A este respecto, también se ha de tener en cuenta el Real Decreto-ley 4/2019, de 22 de febrero, del régimen especial de las Illes Balears, que, además de derogar la Ley 30/1998, en lo que resulte incompatible, señala, entre otras cosas, en su preámbulo que las «desventajas de la insularidad deben ser corregidas mediante la acción del Estado a fin de establecer un adecuado y justo equilibrio económico interterritorial» y que «[l]a realidad insular o plurinsular balear, y la necesidad de un tratamiento propio, se traduce principalmente en la previsión estatutaria contenida en la disposición adicional sexta del Estatuto mediante la articulación del régimen especial balear». De acuerdo con ello, el título I contiene medidas referentes al sector energético, justificadas por la condición aislada del sistema energético balear respecto del peninsular. El título II contiene una regulación específica en materia de transporte de viajeros, mercancías y residuos en las Illes Balears, y el título III se dedica al factor de insularidad de las Illes Balears, que se concibe como el instrumento financiero destinado a asegurar la debida compensación de las consecuencias económicas inherentes a la discontinuidad territorial que implica el hecho insular, especialmente en materia de inversión pública, y que se revisará quinquenalmente.

Dados los términos en los que se ha planteado este proceso, según el Tribunal interesa resaltar lo fijado en los arts. 15 («Transporte público terrestre») y 17 («Factor de insularidad», cuya dotación inicial, destino y distribución también se regulan en el Real Decreto-ley 4/2019), pues, a juicio del recurrente, la omisión de su cumplimiento es lo que determina la inconstitucionalidad de la Ley 11/2020.

Por lo que se refiere a la definición del parámetro de enjuiciamiento (FJ 3), interesa destacar que para el Parlamento balear el Real Decreto-ley 4/2019 integra, junto con el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, el bloque de constitucionalidad para enjuiciar la Ley 11/2020. Sin embargo, para el TC este planteamiento procesal no puede ser admitido, pues el Real Decreto-ley 4/2019 no es una norma que se haya dictado, según establece el art. 28.1 LOTC, «para delimitar las competencias del Estado y las diferentes comunidades autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas», sino para cumplir un concreto mandato estatutario dirigido al legislador estatal, el que se contiene en la disposición adicional sexta del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.

En relación con el alcance del art. 138.1 CE (FJ 4), a juicio del Parlamento de las Illes Balears, que la Ley de presupuestos no haya incluido dotaciones para dar cumplimiento a lo prevenido en los citados arts. 15

y 17 del Real Decreto-ley 4/2019 determina que la Ley 11/2020 incumple el mandato de garantizar la solidaridad interterritorial, con especial atención al hecho insular, que deriva del art. 138.1 en relación con el art. 2 CE. En particular, el art. 138 CE hace garante al Estado de «la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español». Dicho principio, que también vincula a las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias (art. 156.1 CE), trasciende la perspectiva económica y financiera y se proyecta en las diferentes áreas de la actuación pública. En este sentido, recuerda el Tribunal que ya ha señalado que «la virtualidad propia del principio constitucional de solidaridad, que aspira a unos resultados globales para todo el territorio español, recuerda la técnica de los vasos comunicantes» (STC 109/2004, de 30 de junio, FJ 3). Por ello, el art. 138.1 CE, que incorpora el principio de solidaridad, «no puede ser reducid[o] al carácter de un precepto programático, o tan siquiera al de elemento interpretativo de las normas competenciales. Es, por el contrario, un precepto con peso y significados propios, que debe ser interpretado, eso sí, en coherencia con las normas competenciales que resultan de la Constitución y de los estatutos» (STC 146/1992, de 16 de octubre, FJ 1), toda vez que dicho principio ha de constituirse en la práctica en «un factor de equilibrio entre la autonomía de las nacionalidades y regiones y la indisoluble unidad de la Nación española (art. 2)» [STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 4 b), citando la STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 7]. Es también la propia Constitución la que ha reconocido la existencia de circunstancias diferenciales, como acontece precisamente con el mandato de atención «a las circunstancias del hecho insular» contenido en el citado art. 138.1 CE, lo que no supone consagrar un privilegio sino una llamada de atención sobre la singularidad objetiva que el fenómeno de la insularidad representa. Sin embargo, según el TC, en la atención a este componente insular, el precepto constitucional «deja un amplio margen para elegir la técnica más adecuada para cubrir los mayores costes o los desequilibrios que puede provocar el hecho insular» (STC 68/1996, de 4 de abril, FJ 6), elección que corresponde a los órganos estatales, por cuanto «la consecución del interés general de la Nación[,] confiada a los órganos generales del Estado» (STC 96/2002, de 25 de febrero, FJ 11) determina que sea el Estado quien haya de garantizar la realización efectiva del principio de solidaridad. En dicha tarea es forzoso reconocer a los órganos estatales un amplio margen de discrecionalidad para establecer los medios y priori-

dades para dar cumplimiento a los criterios que enuncia el precepto constitucional.

Pues bien, según el TC, el denominado régimen especial de las Illes Balears es, precisamente, un medio para conseguir ese fin constitucional, la realización efectiva del principio de solidaridad atendiendo específicamente al hecho insular. Medio cuya plasmación corresponde al Estado en tanto que garante de la realización efectiva del principio de solidaridad interterritorial. Ahora bien, precisa el TC, aplicando por analogía lo que este tribunal ya destacó en relación con el régimen económico y fiscal canario (STC 109/2004, de 30 de junio, FJ 3), hay que destacar que el régimen especial balear no vive aisladamente sino que se integra en un sistema general en el que el Estado, por exigencias del principio de solidaridad, ha de velar por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, lo que obliga a ponderar, en cada momento, el hecho insular, pero también los datos relativos a las demás partes del territorio español, de suerte que el principio de solidaridad también opera en esta dirección. Por eso, el sentido instrumental del régimen especial de las Illes Balears, en cuanto medio para la realización efectiva del principio de solidaridad tendente al «establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español», determina que su resultado final haya de estar en función no solo de las circunstancias del hecho insular, sino también de las del resto de España (en un sentido similar, STC 109/2004, FJ 4, allí por referencia al régimen económico y fiscal de Canarias).

Según el TC, en el enjuiciamiento de la cuestión que aquí se suscita hay que tener también en cuenta que en esta atención al hecho insular balear la disposición adicional sexta del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears alude a que la ley estatal que ha de regular el régimen especial previsto en la norma estatutaria ha de incluir «un instrumento financiero que, con independencia del sistema de financiación de la Comunidad Autónoma, dote los fondos necesarios para su aplicación». El Estatuto de Autonomía dispone así la creación de un instrumento independiente del sistema general de financiación autonómica y específicamente vinculado al coste de la insularidad. Se trata de un mecanismo excepcional respecto al régimen ordinario de financiación de las comunidades autónomas que, de acuerdo con el art. 156 CE y los arts. 1, 4.2 a), 15 y 16 de la Ley Orgánica de financiación de las comunidades autónomas (LOFCA), ha de articularse dentro de un sistema general para el conjunto de las comunidades autónomas mediante trasferencias de recursos incondicionadas. Eso determina que, para valorar si se ha produ-

cido aquí la vulneración constitucional denunciada, sea necesario tomar en consideración la doctrina constitucional en relación a los compromisos presupuestarios estatales que vienen formalizados en un estatuto de autonomía. Doctrina que se refiere a supuestos que, como el presente, se sitúan al margen del sistema de financiación autonómica y excepcionan la regla según la cual «el sistema de financiación de las comunidades autónomas es el vehículo a través del cual se articula el principio de solidaridad interterritorial» (STC 101/2013, de 23 de abril, FJ 3).

Señala el TC que de esa doctrina cabe ahora concretar tres aspectos:

i) El primero es que «al Estado le corresponde garantizar el principio de solidaridad (art. 138.1 CE), por lo que un estatuto de autonomía no puede contener criterios que desvirtúen o limiten dicha competencia estatal» (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 131). Consecuentemente, esos instrumentos de financiación de carácter extraordinario no se erigen en contenido necesario de todas las leyes de presupuestos en cuanto que no se trata de «un recurso que el Estado deba consignar obligatoriamente en los presupuestos generales de cada ejercicio económico» (STC 217/2013, de 19 de diciembre, FJ 6). La conclusión es que tales compromisos estatutarios no pueden ser entendidos en el sentido de menoscabar en absoluto la libertad de las Cortes Generales para definir la política de gasto estatal mediante su concreción anual en el presupuesto, expresión de esa libertad parlamentaria (STC 217/2016, de 15 de diciembre, FJ 5).
ii) El segundo es que «a los fines de la realización efectiva del principio de solidaridad, no puede atenderse únicamente a una sola de entre las numerosas variables que (…) concurren a la formación de un sistema de financiación autonómica» (STC 100/2013, FJ 4). El principio de solidaridad se hace efectivo a través de diversas variables, sin que pueda, examinando aisladamente una partida presupuestaria o su ausencia, asumirse sin más su vulneración (STC 31/2010, FJ 138). En otros términos, de la afirmación de la legitimidad constitucional de un mecanismo excepcional de financiación no cabe concluir la consecuencia de que el Estado deba, necesariamente y en todo caso, dotar una concreta partida en su ley anual de presupuestos, so pena de vulnerar la Constitución.
iii) El tercero es que «el reparto de los ingresos del Estado es una cuestión que afecta a todos los entes territoriales y, en particu-

lar, a todas las comunidades autónomas, y los recursos de que dispone aquel, no solo son finitos, sino que deben servir para la consecución de la suficiencia y, en última instancia, la autonomía financiera de todos los entes territoriales, lo que exige necesariamente la intervención del Estado para adoptar las medidas necesarias y suficientes a efectos de asegurar la integración de las diversas partes del sistema en un conjunto unitario (SSTC 11/1984, de 2 de febrero, FJ 4, y 144/1985, de 25 de octubre, FJ 4)» (STC 76/2014, de 8 de mayo, FJ 4, con cita de la STC 101/2013, FJ 3). Así, y de acuerdo con consolidada doctrina constitucional, la suficiencia financiera de las comunidades autónomas, encuentra un límite insoslayable en las posibilidades reales del sistema financiero del Estado en su conjunto, «presidido por el principio de solidaridad entre todos los españoles» (por todas, SSTC 13/2007, de 18 de enero, FJ 5, y 58/2007, de 14 de marzo, FJ 3), y depende de factores diversos entre los que debe destacarse el rendimiento de los recursos tributarios (STC 13/2007, FJ 5), de manera que el sistema de financiación no puede evolucionar al margen de dichos recursos, so pena de terminar incidiendo en la propia suficiencia financiera del Estado en su conjunto o, lo que es lo mismo, en «el manejo y la disponibilidad por el Estado de sus propios recursos» (STC 13/2007, FJ 3). De ahí que este tipo de asignaciones extraordinarias «deben realizarse atendiendo a la totalidad de los instrumentos de financiación autonómica, a las necesidades de cada una y a las posibilidades reales del sistema financiero del Estado» [STC 184/2014, de 6 de noviembre, FJ 3 b)]. Se trata, pues, «de «una decisión eminentemente política que corresponde en exclusiva tomar a las Cortes Generales de acuerdo con el principio de solidaridad y en función de las posibilidades reales del país en su conjunto» (STC 13/2007, de 18 de enero, FJ 5), no siendo función de este tribunal interferir en ese margen de apreciación del legislador, ni examinar la oportunidad de la medida legal, para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles (en términos similares, SSTC 67/1989, de 18 de abril, FJ 1; 269/1994, de 3 de octubre, FJ 5; 33/2000, de 3 de febrero, FJ 4, y 13/2007, de 18 de enero, FJ 4). En definitiva, «no corresponde a este tribunal determinar cuál sea el sistema de financiación de las comunidades autónomas más acertado (ya desde la STC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; doctrina

> reiterada en las SSTC 68/1996, de 4 de abril, FJ 2; 13/2007, FJ 3, o 204/2011, FJ 6, entre muchas otras), pues nuestra función debe ceñirse, como es lógico, a decidir si las normas impugnadas en cada proceso exceden de lo constitucionalmente admisible» [STC 76/2014, de 8 de mayo, FJ 4 a)].

En correspondencia con esta asentada doctrina constitucional, el Tribunal descarta que la Ley 11/2020 sea contraria a los arts. 2 y 138.1 CE.

La segunda queja del Parlamento de las Illes Balears se refiere a la infracción de los principios de lealtad institucional y cooperación en el ámbito de los instrumentos de financiación autonómica. Infracción que derivaría de la omisión en la Ley 11/2020 de las partidas presupuestarias necesarias para dar cumplimiento a lo previsto en los arts. 15 y 17 del Real Decreto-ley 4/2019. A tal efecto, el TC se remite a la doctrina constitucional en torno a los mencionados principios de lealtad institucional y cooperación recogida en la STC 217/2016, de 15 de diciembre, FJ 3, en donde se destacó que «el principio de cooperación tiende a garantizar la participación de todos los entes involucrados en la toma de decisiones (STC 101/2016, de 25 de mayo, FJ 9, con cita de otras), pero no puede entenderse en un sentido que sustituya, impida o menoscabe el libre y pleno ejercicio por el Estado de sus propias competencias (STC 162/2012, de 20 de septiembre, FJ 6)» así como que «lo que el principio de lealtad constitucional exige es que el Gobierno extreme el celo por llegar a acuerdos con las comunidades autónomas, pero no que dichos acuerdos deban ser vinculantes (SSTC 209/1990, de 20 de diciembre, FJ 4; 13/2007, de 18 de enero, FJ 11, y 31/2010, de 28 de junio, FJ 138)». Para concluir que «de la doctrina de este tribunal se deduce un principio inherente de colaboración y lealtad constitucional, que postula la adopción de procedimientos de consulta, negociación o, en su caso, la búsqueda del acuerdo previo (STC 13/2007, de 18 de enero, FJ 8)».

Pues bien, en el caso presente el TC entiende que esta doctrina constitucional no puede considerarse vulnerada por el hecho de que la Ley 11/2020 plasme la regulación del Real Decreto-ley 4/2019 en unos términos que al Parlamento autonómico no le parecen adecuados o suficientes. Y recuerda que, como en otro contexto ya señaló la STC 101/2016, de 25 de mayo, FJ 10, «no es función de las comunidades autónomas la de elegir en cada momento cuál es la fórmula de colaboración que mejor se adecúa a sus intereses», en cuanto que tales fórmulas no sustituyen, impiden o menoscaban el libre y pleno ejercicio por el Estado de sus propias competencias. Por el contrario, es el Estado el que

tiene que determinar los concretos términos, formas y condiciones de la participación de la comunidad autónoma que viene exigida por el texto estatutario, debiendo en todo caso quedar a salvo la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado (STC 31/2010, FJ 111 in fine). En consecuencia, desestima la impugnación al entender que no es posible apreciar la infracción de los principios que aquí se reputan vulnerados por no existir las concretas dotaciones que se reivindican.

C

Crónica de jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales sustantivos 2022-2023

Carmelo Jiménez Segado

Magistrado, doctor en Ciencias Políticas y en Derecho, letrado del TC

S U M A R I O

1. Introducción

2. Igualdad y no discriminación

   2.1. Convocatoria de becas Erasmus que excluye a estudiantes de universidades privadas: STC 101/2022

   2.2. Incapacidad permanente denegada a persona en situación de jubilación anticipada por causa de discapacidad: SSTC 111/2022 y 21/2023

   2.3. Igualdad de acceso al recurso: STC 151/2022

   2.4. Cesárea practicada tras ingreso involuntario en hospital por orden judicial. Priorización del interés del *nasciturus* frente a la voluntad de la mujer que deseaba un parto en casa: STC 11/2023

3. Integridad física y moral

   3.1. Vacuna covid-19 administrada con autorización judicial a persona incapaz de consentir: SSTC 38/2023 y 74/2023

   3.2. Embarazada derivada para abortar desde el servicio público de salud de su comunidad autónoma a una clínica privada de otra comunidad: STC 78/2023

4. Libertad ideológica

4.1. Despido por motivos políticos de un empleado de un banco marroquí por publicar mensajes a favor del Rif en una red social: STC 79/2023

5. Libertad y seguridad personal

5.1. Detenido en comisaría sin asistencia letrada e inadmisión de la petición de *habeas corpus* sin reclamar su puesta a disposición judicial: STC 103/2022

5.2. Plazo máximo de prisión provisional: cómputo del tiempo de privación de libertad en el extranjero en ejecución de una resolución judicial española: SSTC 143/2022 y 32/2023

5.3. Denegación de acceso a las actuaciones judiciales declaradas secretas: SSTC 4/2023, 30/2023 y 68/2023

6. Derecho a la protección de datos personales

6.1. Derecho al olvido. Buscador de Google que asocia el nombre del recurrente con un enlace que dirige a un blog que critica su actividad profesional: STC 105/2022

7. Libertades de expresión y comunicación

7.1. Comentarios injuriosos contra concejal publicados en un portal de noticias (meneame.net): STC 83/2023

7.2. «Derecho de antena»: negativa de la administración autonómica a convocar concurso público para la adjudicación de licencias de radiodifusión sonora digital terrestre de ámbito local: STC 89/2023

8. Derechos de reunión y manifestación

8.1. Prohibición de manifestación durante la vigencia del estado de alarma (RD 463/2020): SSTC 61/2023, 84/2023 y 88/2023

9. Derecho de acceso a la función pública

9.1. Convocatoria de proceso selectivo que no contempla méritos previstos por la normativa: STC 100/2022

10. Legalidad sancionadora y principio de legalidad penal

10.1. *Non bis in idem*: exceso de punición al compensar una sanción con la responsabilidad civil derivada del delito: STC 2/2023

10.2. Extranjería: sanción de expulsión impuesta por aplicación directa de directiva en contra de los derechos de los ciudadanos: SSTC 47/2023, 53/2023, 55/2023, 70/2023, 71/2023, 72/2023, 80/2023, 86/2023 y 87/2023
10.3. Ejecución de penas: retroactividad de norma penal desfavorable que impide sustituir pena privativa de libertad: STC 54/2023
10.4. Prescripción de penas: apreciación de causa de interrupción no prevista en la ley: STC 64/2023

11. Libertad sindical

11.1. Subsanabilidad de defectos en la proclamación de candidaturas en elecciones sindicales: STC 142/2022
11.2. Supeditación del uso de una vivienda por los trabajadores a la retractación de un sindicato que criticó una decisión de una autoridad: STC 22/2023

12. Cuestiones procesales

12.1. Claridad expositiva de la demanda: STC 79/2023
12.2. Anonimización de recurrentes y afectados: SSTC 11/2023, 38/2023, 74/2023 y 78/2023
12.3. Calificación de la naturaleza mixta del recurso y plazo: SSTC 22/2023 y 33/2023
12.4. Legitimación: SSTC 100/2022, 11/2023, 38/2023 y 74/2023
12.5. Invocación de la vulneración en la vía judicial: SSTC 111/2022 y 79/2023
12.6. Impugnación de la especial trascendencia constitucional: STC 79/2023
12.7. Orden de examen de las quejas en recursos de amparo mixtos: SSTC 103/2022, 47/2023 y 78/2023
12.8. Posibilidad de examinar los hechos: STC 78/2023
12.9. Alcance del control de las vulneraciones de derechos sustantivos: SSTC 143/2022 y 79/2023
12.10. Enjuiciamiento de la vulneración tomando como referencia textos internacionales sobre derechos y libertades: STC 78/2023
12.11. Petición de indemnización: STC 78/2023
12.12. Petición de informe al CGPJ y a la FGE: STC 103/2022

1. Introducción

El Tribunal Constitucional dictó, entre el 1 de septiembre de 2022 y el 31 de agosto de 2023, un total de 141 sentencias y 405 autos en toda clase de procesos, según resulta del correspondiente filtrado de la base de jurisprudencia del Tribunal. La presente crónica, en ejecución de una elemental división del trabajo entre los cronistas y para evitar solapamientos, narra de forma sistematizada una parte de las 100 sentencias recaídas en los procesos de amparo en ese período. En concreto, recoge las 37 sentencias que dirimieron las denuncias de vulneración de algún derecho fundamental o libertad pública de carácter «sustantivo». Este número se ha alcanzado tras realizar una delimitación del objeto de estudio con arreglo a los criterios siguientes.

En primer lugar, por definición, se excluyen aquellas sentencias que se centran en la violación de los derechos «adjetivos o procesales» garantizados en los dos apartados del art. 24 CE: tutela judicial efectiva sin indefensión y garantías constitucionales del proceso, que son objeto de su propia crónica.

Pero también quedan fuera —y se incluyen en la crónica de derechos procesales— aquellas sentencias en que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se relaciona con algún derecho sustantivo y se enjuicia con criterios que cualifican la doctrina general sobre la tutela judicial con algún requisito o contenido específico. Esta exigencia añadida se suele justificar por la situación en la que se encuentra la persona demandante de amparo (ej.: una persona detenida o una víctima de violencia de género) o en la necesidad de no disuadir y proteger el ejercicio de un derecho o libertad (ej.: libertad de reunión, manifestación, información). Para comprobar si ha existido o no lesión del derecho a la tute-

la judicial en estos casos no basta con fijarse en la doctrina general, sino que es preciso aplicar un «canon reforzado» cuya inobservancia determina la violación del derecho a la tutela judicial.

Están excluidas por esta razón las tres sentencias siguientes: a) La STC 122/2022 estimó la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de *ius ut procedatur* en relación con el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE) por no haberse desarrollado una investigación suficiente y eficaz de una denuncia de maltrato policial. b) La STC 124/2022 apreció vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión también por investigación insuficiente de las lesiones de una periodista que cubría unos enfrentamientos entre unos manifestantes y la policía. En el FJ 2 de esta sentencia se consideró como motivo de especial trascendencia constitucional «determinar la necesidad de agotar los medios de investigación en aquellos casos en los que no solo nos encontraríamos ante una lesión autónoma de los arts. 15 CE o 3 CEDH sino en los que, además, existiría una relación material con una posible obstaculización, o disuasión, del derecho a la libertad de información consagrado en los arts. 20 CE y 10 CEDH». Y c) la STC 132/2022, de 24 de octubre, que declaró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en relación con el derecho a la libertad individual (art. 17 CE), «por falta de motivación reforzada» de las resoluciones que denegaron, por incumplimiento de la responsabilidad civil, la suspensión condicional de la ejecución de una pena de prisión al no haberse agotado la averiguación del patrimonio del condenado con el fin de verificar las posibilidades de cumplimiento y ponderar así las «circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad» (FJ 4).

La existencia de una crónica específica para los denominados amparos electorales y parlamentarios excusa dejar constancia de las sentencias relativas a esta clase de recursos donde entran en juego los derechos políticos del art. 23 CE, en particular los derechos de sufragio activo y pasivo y la protección de las facultades de los parlamentarios (*ius in officium*). Finalmente, no se hará referencia a ninguno de los 343 autos dictados en los procesos de amparo del período, puesto que su heterogéneo contenido obedece a cuestiones procesales (abstenciones y óbices procesales), tutela cautelar (suspensiones de la ejecución del art. 56 LOTC) y rectificación de errores.

La sistematización de las sentencias estudiadas, al igual que en las ediciones pasadas, se efectúa en función del derecho o la libertad concernidos siguiendo el orden numérico previsto en la Constitución. La pluralidad de vulneraciones que suelen denunciarse podría haber determinado la inclusión de una misma sentencia en cada uno de los epígrafes correspondientes al derecho afectado. Sin embargo, para evitar repeticiones, se ha optado por incluir cada sentencia únicamente en el epígrafe relativo al derecho cuya controversia haya resultado el núcleo o el elemento más característico del análisis y estudiar allí, si su relevancia lo exige, el resto de los derechos invocados. La titulación de los subepígrafes tiene como propósito identificar el caso con facilidad y servir de regla mnemotécnica del problema planteado. El contenido del análisis de cada sentencia ha tratado de reflejar, en la medida en que se ha juzgado útil para los fines de esta crónica, los hechos del caso, su novedad o relevancia constitucional y el sentido y alcance del fallo. La cita de recurrentes, órganos administrativos o judiciales se ha procurado que sea lo más genérica posible para no desbordar el número de páginas y objetivar los asuntos tratados.

Finalmente, se ha dedicado un epígrafe aparte para exponer aquellas cuestiones procesales más reseñables analizadas por algunas sentencias y que guardan relación con los requisitos de la demanda (los «óbices») o la forma de enjuiciar. La STC 33/2023, de 18 de abril, es la única de las citadas en este epígrafe del texto que no se ha incluido en ningún otro porque su «sustantividad» radica en una cuestión de calificación de la naturaleza del recurso y plazo de interposición.

2. Igualdad y no discriminación

La cláusula general de igualdad ante la ley y de prohibición de discriminación del art. 14 CE traducida a la fuerza en un derecho de carácter relacional se vinculó en este año judicial con el derecho a la creación de centros docentes (STC 101/2022, de 12 de septiembre), a no padecer discriminación por discapacidad (SSTC 111/2022, de 26 de septiembre y 21/2023, de 27 de marzo), el acceso al recurso (STC 151/2022, de 30 de noviembre) y los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y la libertad ideológica (STC 11/2023, de 23 de febrero).

2.1. Convocatoria de becas Erasmus que excluye a estudiantes de universidades privadas: STC 101/2022

La Sala Primera, en su STC 101/2022, de 12 de septiembre, replica la doctrina iniciada con la STC 191/2020, de 17 de diciembre, del Pleno. La STC 191/2020 otorgó amparo a una universidad privada frente a una orden de la Consellería de Educación de la Generalitat Valenciana, que establecía las bases de las becas para realizar estudios universitarios en las universidades de la Comunitat Valenciana y limitaba su disfrute al alumnado de las universidades públicas.

En esta nueva STC 101/2022, cuyo objeto fue esta vez una convocatoria de becas Erasmus, el tribunal consideró, como hizo en la STC 191/2020, que tal limitación y consiguiente exclusión del alumnado de las universidades privadas vulneró «el derecho la demandante de amparo a la igualdad (artículo 14 CE), en relación con su derecho fundamental a la creación de centros docentes (art. 27.6 CE)» y declaró, en consecuencia, la nulidad de los términos «públicas» y «públicos» de la resolución que efectuaba la convocatoria y que propiciaban el trato desigual.

La STC 101/2022 enumera, en su FJ único, los precedentes sobre el mismo tema (SSTC 2/2021 y 6/2021, de 25 de enero, 19/2021, de 15 de febrero, 42/2021, de 3 de marzo, 138/2021, de 29 de junio y 162/2021, de 4 de octubre, y singularmente STC 27/2022, de 24 de febrero) y aplica la doctrina de la STC 191/2020, a cuya argumentación se remite para sostener la legitimación activa de la recurrente [FJ 2 a)] y justificar las vulneraciones apreciadas (FFJJ 4 y 5).

Los dos votos particulares formulados a la STC 101/2022 se remitieron a lo argumentado en los votos particulares defendidos en las sentencias dictadas con anterioridad sobre este asunto. En aquellos: a) se descartó la legitimación de la universidad para recurrir sin alegar derechos propios; b) se afirmó el carácter irrecurrible de la orden de la consejería al precisar la norma de actos intermedios de aplicación; y c) se puso de manifiesto la cláusula del Estado social (arts. 1.1 y 9.2 CE) y la inexistencia de una situación desigualdad de trato entre universidades públicas y privadas por hallarse estas en posiciones jurídicas diferentes. El voto particular de la magistrada Inmaculada Montalbán Huertas expresado en la STC 4/2022, de 24 de enero, al que se remite su voto particular en la STC 101/2022, patentiza esa diferencia en la afirmación siguiente: «Desde una perspectiva europea cabría añadir, incluso que las diferencias en el régimen jurídico económico entre las universidades públicas y las

privadas, permiten catalogar a las primeras como prestadoras de una actividad no económica, que persigue una función educativa de interés general. La primera parte de esta afirmación no sería aplicable, en cambio, respecto de las universidades privadas»[1].

2.2. Incapacidad permanente denegada a persona en situación de jubilación anticipada por causa de discapacidad: SSTC 111/2022 y 21/2023

Las SSTC 111/2022, de 26 de septiembre y 21/2023, de 27 de marzo, las dos de la Sala Primera, también fueron sentencias de aplicación de doctrina, en este caso de la STC 172/2021, de 7 de octubre, del Pleno, que estimó vulnerado el derecho de la recurrente a no sufrir discriminación por razón de discapacidad (art. 14 CE), a la que siguieron las posteriores SSTC 191 y 192/2021, de 17 de diciembre, 5/2022, de 24 de enero y 52/2022, de 4 de abril.

La STC 111/2022, FJ 3 (y en términos semejantes la STC 21/2023, FJ 2) resume la doctrina y concluye que «el legislador, en el ejercicio legítimo de su libertad de configuración del sistema, no ha establecido otro requisito que el de una determinada edad para acceder a la prestación de incapacidad permanente [art. 195.1 párrafo segundo LGSS, por remisión al art. 205.1 a) LGSS], de forma que no impide su acceso desde una situación de jubilación anticipada, ni distingue entre las causas o presupuestos de ese tipo de jubilación para acceder a la incapacidad permanente. Por lo tanto, si la ley no hace distinción alguna en esta materia, el establecimiento de una diferencia de trato para los supuestos de jubilación anticipada por razón de discapacidad supone una discriminación proscrita por el principio general reconocido en el art. 14, segundo inciso, CE, habida cuenta que no se aprecia la existencia de un motivo objetivo y razonable que justifique la distinción entre las diversas situaciones de jubilación anticipada».

[1] Para contextualizar la cuestión de las becas, la evolución del sistema universitario en nuestro país desde la Ley de Reforma Universitaria (LO 11/1983), la implantación de las universidades privadas, la progresiva transferencia de estudiantes hacia ellas y la orientación de los estudios universitarios y de la investigación a los intereses inmediatos del mercado, véase el artículo de Vera Sacristán Adinolfi, catedrática de Matemáticas Aplicadas de la Universidad Politécnica de Catalunya y presidenta del Observatorio del Sistema Universitario, «La mercantilización de la universidad», en *Revista Jueces Para la Democracia. Información y Debate*, nº 107, septiembre 2023, pp. 93-102.

El alcance de fallo en esta clase de asuntos ha sido anular aquellas resoluciones judiciales que no apreciaron la discriminación alegada. En consecuencia, se acordó: bien retrotraer las actuaciones para dictar una resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido (STC 111/2022), o bien se confirmó aquella sentencia que sí que estimó la vulneración pero que fue revocada por las instancias superiores de la jurisdicción ordinaria (STC 21/2023).

El magistrado Ricardo Enríquez Sancho dio por reproducidos en las SSTC 111/2022 y 21/2023 los argumentos de su voto particular a la STC 172/2021: el problema constitucional no llegó a plantearse ante la jurisdicción ordinaria y las resoluciones judiciales no incurrieron en una infracción del art. 14 CE porque otras personas acogidas a la jubilación anticipada tampoco podían acceder a la prestación por incapacidad permanente.

2.3. Igualdad de acceso al recurso: STC 151/2022

El derecho a la igualdad de acceso al recurso se invocó en la demanda de amparo (rec. núm. 6684-2019) planteada contra la inadmisión por extemporáneo de un incidente de nulidad de actuaciones interpuesto en 2019 contra una sentencia firme en 2016 de una audiencia provincial, con el fin de que por la audiencia se rescindiese la limitación que impuso a la obligación de la entidad bancaria de reintegrar los intereses indebidamente abonados por el cliente —que obedecían a una cláusula de préstamo hipotecario declarada judicialmente abusiva— sólo a las sumas satisfechas después del 10 de mayo de 2013 (limitación que la audiencia provincial fundamentó en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 241/2013, de 9 de mayo y núm. 139/2015, de 25 de marzo).

Los recurrentes adujeron como fundamento de su pretensión de nulidad la aplicación de la doctrina de la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto *Gutiérrez Naranjo y otros* (C-154/15, C-307/15 y C-308/15), publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de fecha 20 de febrero de 2017, en cuya parte dispositiva se declaró que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un

contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión».

El recurso de amparo fue desestimado por la STC 151/2022, de 30 de noviembre, del Pleno, cuya especial trascendencia constitucional se apreció porque podía «dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un cambio en la de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE [STC 155/2009, FJ 2 b)]». Según el Tribunal se «trata de una cuestión que no cuenta con una específica doctrina de este tribunal, pues en ella se aduce, como causa de nulidad de una sentencia firme, la efectividad de un posterior pronunciamiento prejudicial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; argumento que tiene como presupuesto la idoneidad procesal del incidente de nulidad de actuaciones como cauce para hacerla valer frente a anteriores resoluciones nacionales con fuerza de cosa juzgada, y su incidencia sobre la interpretación, en dicho supuesto, de sus requisitos de admisibilidad. Se trata de cuestiones que presentan una estrecha relación con el art. 24.1 CE, tanto en cuanto garantiza el acceso a los recursos legalmente establecidos, como el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho sobre las pretensiones debidamente deducidas en la vía judicial ordinaria» (FJ 2).

El Tribunal se centró así, en primer término, en el análisis de la vulneración del art. 24.1 CE y concluyó que la respuesta ofrecida por la audiencia provincial, declarando la extemporaneidad de un incidente de nulidad presentado tres años y medio después de la sentencia de apelación y dos años y medio después de haberse publicado la sentencia del TJUE, se ajustó a la doctrina sobre el derecho «medular» de acceso a la justicia y el derecho «de configuración legal» de acceso al recurso (FFJJ 4 a 7) cuya exposición, así como la de los dos votos particulares a la STC 151/2022, excede de la crónica de derechos sustantivos.

La segunda lesión estudiada por la STC 151/2022, FJ 8, sobre la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley, fue también descartada. Según la sentencia, bastaba la simple lectura de los motivos de discriminación aducidos por los recurrentes para comprobar que no eran términos de comparación válidos —por ser ajenos a su situación procesal— para apreciar esa diferencia de trato injustificada que la Constitución proscribe.

La sentencia contó con dos votos particulares críticos con: a) la reducción del asunto a una cuestión de cómputo de plazos en lugar de estar a la «problemática del encaje del Derecho de la Unión Europea en el contexto del ordenamiento jurídico español» (Juan Antonio Xiol Ríos); y el rigorismo de la fijación de la publicación oficial de la STJUE como día inicial del cómputo de plazo para la promoción del incidente de nulidad de actuaciones (Enrique Arnaldo Alcubilla).

2.4. Cesárea practicada tras ingreso involuntario en hospital por orden judicial. Priorización del interés del *nasciturus* frente a la voluntad de la mujer que deseaba un parto en casa: STC 11/2023

La STC 11/2023, de 23 de febrero, del Pleno, junto a la STC 66/2022, de 2 de junio, también del Pleno, trae causa de uno de los dos recursos que los demandantes —una mujer embarazada ingresada contra su voluntad en un hospital por orden judicial a la que se le practicó una cesárea de urgencia, su pareja y la hija menor común[2]— interpusieron: uno contra la decisión judicial que acordó el ingreso involuntario (art. 44 LOTC), objeto de la STC 66/2022, y otro contra la actuación del hospital (art. 43 LOTC), objeto de esta STC 11/2023. Los dos recursos se desestimaron.

Como refleja el FJ 1 de la STC 11/2023, en la demanda se alegó la lesión de una pluralidad de derechos: «el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), el derecho a la integridad física y moral y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE)».

La razón de que esta sentencia se trate en el epígrafe relativo a la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación obedece a dos motivos: a) La especial trascendencia constitucional del recurso se apreció porque el asunto planteaba una cuestión jurídica nueva de repercusión social sobre tales derechos [STC 155/2009, FJ 2 a) y g]: había doctrina constitucional sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo en el embarazo y el parto en el ámbito laboral, pero tal doctrina no existía en el ámbito de la salud (STC 11/2023, FJ 2

[2] Los recurrentes están anonimizados de oficio y la legitimación del padre y de la menor para interponer el recurso fue rechazada, como se verá en el epígrafe relativo a las cuestiones procesales.

C) b)]. Y b) porque la demanda y la sentencia responden a esta queja de modo nuclear.

A) *Gestante de +42 semanas, juzgado de guardia, hospitalización y cesárea*

Los hechos del caso pueden sintetizarse como sigue (STC 11/2023, antecedente 2):

La demandante había decidido parir en su casa asistida de una matrona. Cuando se hallaba en la semana 42 de su embarazo fue al hospital para realizar un control de bienestar fetal. El jefe del servicio de partos le propuso inducírselo o seguir con la monitorización. La mujer manifestó que tomaría su decisión tras consultarlo con los profesionales que también la estaban asistiendo. Al día siguiente, al no haber existido más contacto, el jefe de obstetricia del hospital remitió informe al subdirector de los servicios quirúrgicos y críticos del correspondiente servicio de salud autonómico en el que le exponía la situación y le indicaba la conveniencia de la inducción del parto, a la vista de los riesgos de hipoxia (falta de oxígeno) fetal y muerte fetal intraútero a partir de la semana 42 de gestación, según los protocolos médicos. Ese mismo día, el subdirector dirigió escrito al juzgado de guardia exponiendo que la «paciente ha manifestado su voluntad de llevar a término su gestación en su domicilio, por parto natural asistida por matronas», y que «habiendo resultado infructuosos todos los intentos practicados por los facultativos de la sección de obstetricia para prevenirle acerca de la necesidad de ingresar en el hospital para inducción inmediata del parto, y dados los graves riesgos derivados para la vida del feto, se traslada a este juzgado de guardia el conocimiento de esta situación, sugiriendo la adopción de orden de ingreso obligado para la práctica inmediata de parto inducido».

El resultado de tal «sugerencia» fue la decisión judicial, adoptada en el mismo día sin audiencia de parte, de ingreso inmediato no voluntario de la embarazada en el hospital escoltada por la policía. La mujer quedó ingresada por la tarde de ese mismo día «en planta, sin custodia y permitiéndosele pasear fuera de su habitación». El letrado de la administración de justicia del juzgado se personó en el hospital para notificarle el auto en el que se acordaba la medida. Según el historial médico, al día siguiente del ingreso, por la tarde, en la semana 42+5, el parto se inició con contracciones espontáneas sin administración de oxitocina. La paciente estuvo acompañada por su pareja y por su matrona. «Se aportan

documentos de consentimiento informado para el parto sus complicaciones y cesárea que leen y aceptan». Tras referir «dolor intenso resistente a medidas no farmacológicas», la paciente solicitó analgesia epidural y consintió por escrito su aplicación. El parto no progresaba, la anestesia epidural le produjo prurito (picazón) y, ante una posible reacción alérgica, el servicio de anestesia la suspendió. La paciente solicitó otros analgésicos y optó por «morfina iv» entre los que le ofrecieron como alternativa. Las contracciones se incrementaron «hasta alcanzar la taquisistolia, es decir, patrón patológico con más de 10 contracciones en 20 minutos». El feto además se presentaba de forma anómala, lo que condujo a los facultativos «a un diagnóstico de útero de lucha, ante una desproporción pelvifetal de estrecho superior, con deterioro de la frecuencia cardíaca fetal». La paciente fue explorada y permanecía «sin cambios significativos». Con ese diagnóstico y ante este escenario clínico, los facultativos consideraron indicada la práctica de una cesárea. El historial, a partir de este punto, recoge lo siguiente: «A pesar de la analgesia administrada la paciente refiere dolor asociada a estado emocional muy comprometido. Pregunta por la posibilidad de realizar una cesárea». «Se le informa de que existe una indicación médica por diagnóstico de desproporción pelvifetal de estrecho superior por deflexión de la cabeza fetal en occipito sacra. Esta presentación persistente se asocia a fase de latencia prolongada y detención del primer periodo de parto y a más dolor resistente a fármacos». «Se le indica cesárea por detención del primer periodo de parto y se administra profilaxis de endometritis con cefazolina. La paciente y pareja entienden y aceptan verbalmente la indicación, que por otro lado ya tiene firmada en el consentimiento». «A la 1:40 horas nace un feto hembra en presentación cefálica con *caput sucedaneum* (edema en la cabeza fetal) con indicadores de calidad neonatal normales».

B) *La STC 66/2022 contra la decisión judicial de ingreso involuntario en hospital sin audiencia*

La STC 66/2022, de 2 de junio, del Pleno, fue incluida extensamente en la crónica 2021-2022[3]. No obstante, cabe recordar que la sentencia

[3] Carmen Delgado Echevarría, «Crónica de jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales sustantivos», en *Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad* [Gema Díez-Picazo Giménez y Gemma Sala Galvañ (coord.)], ALTC, TC y CEPC, Ma-

desestimó, con cinco votos particulares (cuatro discrepantes y uno concurrente), el recurso de amparo que la mujer interpuso contra la medida cautelar dictada sin oírla (*inaudita parte*) por el juzgado de instrucción de guardia (y confirmada por la audiencia provincial) que ordenó su ingreso hospitalario obligatorio «para la práctica, de ser preciso, de un parto inducido», y resolvió igualmente oficiar a la policía local para que la «acompañara» y que su traslado se verificase en vehículo medicalizado [STC 66/2022, antecedente 2.f)].

Según la STC 66/2022, no se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en relación con el derecho a la intimidad personal y familiar de la recurrente. La decisión de ingreso involuntario y sin audiencia: a) fue realizada de forma razonada por razones de urgencia para preservar la vida del *nasciturus*, b) ponderó el derecho a la intimidad de la madre y su voluntad de dar a luz en su domicilio y c) juzgó proporcionada su limitación para proteger la vida del futuro bebé.

C) *La STC 11/2023 contra la actuación del hospital por discriminación*

Si la fase prehospitalaria y ante el juzgado de guardia fue enjuiciada en la STC 66/2022 desde el punto de vista constitucional sin apreciar vulneración alguna, la STC 11/2023, de 23 de febrero, hizo lo propio con la actuación hospitalaria. Se alegaba que el servicio de salud autonómico, a través de una vía de hecho ejecutada por el personal del hospital, había vulnerado varios de los derechos fundamentales de la embarazada por haberle impuesto un tratamiento forzoso. La jurisdicción contencioso-administrativa ante la que se recurrió tal actuación por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales desestimó la pretensión y el Tribunal tampoco otorgó el amparo solicitado, con cuatro votos particulares, dos de ellos discrepantes.

La pluralidad de derechos alegados en la demanda, como dijimos, no impidió que la queja principal invocada y analizada fuese la de vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo. Como resume el FJ 1 de la STC 11/2023, sobre el objeto del recurso y

---

drid, 2023, pp. 397-407. Los déficits de legalidad de la medida acordada por el juzgado de guardia son comentados por la magistrada Yolanda Rueda Soriano en «El principio de legalidad en cuestión a propósito de las STC 166/2022 y STS 821/2022», en *Revista Jueces Para la Democracia. Información y Debate*, nº 107, septiembre 2023, pp. 45-56.

las pretensiones de las partes, según la demanda, a través de la actuación hospitalaria, se privó a la demandante «de sus derechos a la autonomía y al consentimiento informado en el ámbito sanitario, priorizando de forma explícita el interés del *nasciturus* a sus derechos fundamentales, incluso a la integridad física y psíquica, así como a la intimidad familiar y a la libertad ideológica, dando lugar a una discriminación directa e indirecta por razón de sexo». La denuncia se justificaba en la existencia de «discriminación directa porque el trato peyorativo guarda conexión directa e inequívoca con el sexo» de la mujer embarazada, y en la existencia de «discriminación indirecta porque los servicios de salud, sus funcionarios y autoridades, así como los órganos judiciales [hicieron] una interpretación y aplicación de la ley que [producía] efectos desfavorables para las mujeres, se [restringían y limitaban] derechos y se [proporcionaba] un trato peyorativo en un contexto de maternidad, de embarazo y de parto».

La STC 11/2023, FJ 3, tras recopilar la doctrina constitucional y del TEDH aplicable sobre los derechos invocados, resuelve en su FJ 4 la queja relativa a si la actuación de la administración sanitaria lesionó «el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y, en relación con el mismo, de alguno de los derechos reconocidos en los arts. 15, 16 y 18 CE».

El Tribunal recuerda que la lesión de la prohibición de discriminación por razón de sexo exige atender a las circunstancias del caso y que, en principio, basta que quien la alega aporte un indicio de discriminación y que la parte a la que se imputa no aporte prueba que acredite que el trato que se pretende desfavorable no responde a ese motivo discriminatorio. A continuación, a partir del examen de las alegaciones de la demanda, de la historia clínica y de los hechos probados por las sentencias del contencioso-administrativo, la sentencia infirió «que en este caso concreto no hubo una limitación del derecho de autonomía y del consentimiento informado». Se respetó el plan de parto y la cesárea fue consentida. Así pues, «[c]onstatado el consentimiento de la recurrente, queda vacía de contenido su alegación sobre el supuesto trato discriminatorio que alega haber sufrido». Ese consentimiento fue libre y no sujeto a coacción, «teniendo en cuenta además que la ahora recurrente en amparo estuvo acompañada en todo momento por su pareja y por su comadrona de confianza y que ella misma reconoce que estaba en plenas condiciones en cuanto a su capacidad para tomar decisiones. A ello se añade que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la reciente sentencia de 8 de marzo de 2022, asunto *Reyes Jiménez c. España*, afirma que «el

Convenio no exige en absoluto que el consentimiento informado se preste por escrito siempre que sea inequívoco» (§ 37)».

Tampoco hubo —según la STC 11/2023— discriminación indirecta hacia la recurrente por razón de sexo por el hecho de ser mujer embarazada, «ya que ha quedado demostrado con los informes médicos que obran en los autos que la actuación médica, además de consentida, fue adecuada a las circunstancias planteadas teniendo en cuenta la necesidad de salvaguardar la vida de la gestante y del *nasciturus*, necesidad ante la que debe necesariamente ceder el derecho de la gestante de decidir acerca del lugar y el modo en que quería dar a luz».

Se desestimaron también las quejas relacionadas con el supuesto trato vejatorio recibido por parte del personal del hospital (humillaciones, burlas, amenazas, reproches y coacción), que habría contribuido a que el parto no evolucionase, por tratarse de afirmaciones subjetivas carentes de respaldo probatorio y contradecir los datos que aparecían en la historia clínica. Y, asimismo, las vulneraciones de los derechos a la intimidad y a la libertad ideológica porque, primero, la demanda se limitaba a sostener la vulneración de tales derechos sin proporcionar la necesaria fundamentación fáctica y jurídica que era de esperar y, segundo, la actuación médica fue proporcionada, aparte de consentida, atendiendo los intereses en conflicto: «la decisión de la madre de dar a luz en su casa, asistida por una matrona, y el riesgo que dicha decisión podía suponer para la vida del *nasciturus*».

Los dos votos particulares discrepantes sostuvieron que la demanda debió estimarse, en esencia, porque: a) «el contexto fáctico coactivo, en el que se encontraba la demandante, impide que el consentimiento prestado a los tratamientos médicos pueda calificarse como libre y consciente» (Inmaculada Montalbán Huertas); y b), además, se aborda la cuestión «desde un enfoque carente de perspectiva feminista y obvia cualquier consideración desde el análisis de la denuncia de violencia obstétrica y ginecológica» (Mª Luisa Balaguer Callejón)[4].

En los votos concurrentes se sostuvo: a) «El orden del discurso hace confusa la motivación de la sentencia, porque el verdadero y único problema constitucional es la autonomía personal de la mujer gestante (…),

[4] Para la perspectiva feminista indicada y la llamada «violencia obstétrica» puede consultarse la página web de la asociación El Parto es Nuestro. Asimismo, para la progresiva desaparición del parto asistido por matronas, su medicalización y tratamiento como una enfermedad, puede verse el libro homenaje a la comadrona Consuelo Ruiz Vélez-Frías (1914-2005), escritora y atenta a esta la cuestión, *Parir sin miedo. El legado de Consuelo*, Ob Stare, Santa Cruz de Tenerife, 2021.

y su capacidad para decidir en libertad si aceptaba o rechazaba el tratamiento médico y las diversas intervenciones que en el curso del proceso de parto le ofrecieron, derecho fundamental que le ampara el art. 15 CE. Desde esta exclusiva perspectiva la sentencia debió aceptar que la demandante consintió la actividad obstétrica, ejerciendo su autodeterminación entre las opciones que se le propusieron, dentro de lo que pautan los protocolos médicos, y descartar la vulneración del derecho» (Ramón Sáez Valcárcel). b) En sentido similar, el voto de Juan Carlos Campo Moreno coincidía con la mayoría en que «todas las actuaciones médicas realizadas fueron consentidas por la actora, que fue debidamente informada de ellas y adoptó sus decisiones de forma plenamente libre y consciente», pero ponía de manifiesto la ausencia de delimitación de las vulneraciones alegadas y la asunción acrítica de los planteamientos de la demanda hasta el punto de hacer del derecho a la igualdad y no discriminación el eje central del análisis de un recurso que debió enfocarse desde el derecho a la integridad física reconocido en el art. 15 CE, que es el derecho afectado cuando se discute la prestación de consentimiento válido a una intervención médica.

3. Integridad física y moral

La integridad física y moral (art. 15 CE) fue el derecho objeto de atención principal en las tres sentencias recogidas en este epígrafe cuya novedad y trascendencia social no ofrece dudas. Se trata de las sentencias que desestimaron los recursos de amparo de personas incapaces de consentir vacunadas contra el coronavirus con autorización judicial (SSTC 38/2023 y 74/2023); y de la sentencia que estimó el recurso de la mujer a la que se le denegó su reclamación patrimonial que fundaba en la falta de prestación en su comunidad autónoma de los servicios médicos necesarios para abortar sin concurrir circunstancias excepcionales (STC 44/2023).

3.1. Vacuna covid-19 administrada con autorización judicial a persona incapaz de consentir: SSTC 38/2023 y 74/2023

La situación de emergencia a causa del coronavirus, declarada por la Organización Mundial de la Salud el 30 de enero de 2020 hasta el 5 de mayo de 2023, ha generado innumerables cuestiones y cambios en todos

los órdenes, incluido el jurídico, que se ha visto afectado en todas sus disciplinas con una evidente trascendencia constitucional al haber sido concernido el orden político (ej.: RD 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 y STC 148/2021, de 14 de julio) en el que los derechos se ejercen. La STC 28/2023, de 20 de abril, del Pleno, que se analiza a continuación, y la STC 74/2023, de 19 de junio, de la Sala Primera, que aplica su doctrina, enjuiciaron la incidencia en el derecho a la integridad personal de la administración con autorización judicial de la vacuna frente al covid-19 a personas incapaces de prestar el consentimiento.

A) *Limitación de las vulneraciones alegadas al examen de la violación de la integridad personal*

La STC 38/2023, de 20 de abril, desestimó el recurso de amparo interpuesto[5] contra el auto del juzgado de primera instancia (confirmado por la audiencia), que resolvió, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria y con contradicción, autorizar que se administrase la vacuna frente al covid-19 a la madre del recurrente —que la negó como su tutor legal— que tenía 86 años y estaba ingresada en una residencia de ancianos aquejada de una demencia severa que le impedía prestar el consentimiento.

Según el actor, la decisión judicial fue desproporcionada y vulneró los derechos fundamentales de su madre a la integridad física (art. 15 CE), a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE) y a la intimidad personal (art. 18 CE), todos ellos en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Dada la pluralidad de derechos invocados, la STC 38/2023, FJ 3, centró la cuestión «en la posible lesión del derecho fundamental a la integridad personal, reconocido en el art. 15 CE». La sentencia explica que las alegaciones del recurrente «en relación con la paralela vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) y del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) son claramente tributarias de la referida lesión del derecho a la integridad personal, ya que el recurrente no llega a individualizar, en los

[5] El TC de oficio anonimizó al recurrente y a su madre y comprobó la legitimación del hijo para interponer el recurso, como se verá en el epígrafe relativo a las cuestiones procesales.

términos exigidos en la doctrina de este tribunal, ni un término de comparación válido, como fundamento de la existencia de discriminación, ni una intromisión específica en la esfera íntima de doña F.R.S., separable de la actuación médica forzosa. Otro tanto puede decirse de la alegación de vulneración del art. 24.1 CE, ya que la revisión de la motivación empleada en las resoluciones judiciales debe entenderse subsumida en el propio canon de evaluación de la vulneración del derecho a la integridad personal, en tanto que derecho fundamental sustantivo».

B) *Aplicación de la doctrina constitucional sobre los tratamientos médicos a las vacunas*

«La vulneración denunciada por el recurrente de amparo, relativa a la administración no consentida de un tratamiento sanitario, se inserta en el ámbito general de protección otorgado por el derecho a la integridad personal reconocido en el art. 15 CE» (STC 38/2023, FJ 4).

Este derecho —prosigue la STC 38/2023, FJ 4— «protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular». La protección de la integridad personal se extiende frente a las injerencias consumadas y también frente a las que puedan surgir en una sociedad avanzada tecnológicamente que la pongan en riesgo. La centralidad del consentimiento en la interpretación del derecho fundamental reconocido en el art. 15 CE, como manifestación del libre desarrollo de la personalidad que faculta a la autodeterminación de la persona sobre el propio cuerpo, tiene una especial incidencia en el ámbito sanitario.

«En efecto, en el concreto ámbito sanitario, este tribunal ha afirmado que el derecho fundamental a la integridad personal conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9)». Para la prestación libre del consentimiento médico, la doctrina constitucional hace hincapié en la necesidad de contar con una adecuada información. «De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa

correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación» (STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5)» [STC 38/2023, FJ 4 a)].

De acuerdo con la sentencia, que hace suya la definición del diccionario de términos médicos de la Real Academia Nacional de Medicina de España, la vacuna es un acto sanitario «que consiste en la inoculación de un preparado, de contenido variable, en el cuerpo humano a efectos de provocar una respuesta inmunitaria, por lo que su administración entra, con claridad, dentro de las facultades de autodeterminación garantizadas por el derecho a la integridad personal del art. 15 CE. Se trata, asimismo, de una actuación que puede producir efectos secundarios adversos (no deseados), aunque sean estadísticamente minoritarios, lo que determina, asimismo, un riesgo potencial para la salud, circunstancia que conduce, igualmente, al ámbito de protección que otorga este derecho fundamental». Y en igual sentido se ha pronunciado «[r]ecientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [que] en su sentencia —de la Gran Sala— de 8 de abril de 2021, asunto *Vavřička y otros c. la República Checa* (…) ha vuelto a señalar que la imposición obligatoria de una vacuna es una cuestión con incidencia directa en la integridad física y, con ello, en el derecho a la vida privada (§ 258-264)». [STC 38/2023, FJ 4 b)]

C) *Requisitos que justifican la restricción de derecho fundamentales: norma legal habilitante y proporcionalidad de la decisión judicial de vacunación*

«Como injerencia en el derecho fundamental a la integridad personal, la constitucionalidad de la administración no consentida de una vacuna queda supeditada al cumplimiento de los diversos requisitos que, de acuerdo con nuestra doctrina, rigen la restricción de los derechos fundamentales sustantivos, en particular la existencia de una habilitación legal precisa, con la debida calidad normativa en la definición del supuesto de hecho y de sus consecuencias, y el respeto al principio de proporcionalidad» [STC 38/2023, FJ 4 b)]

El recurrente se quejaba de que la restricción del derecho a la integridad física de su madre mediante la imposición obligatoria de una vacuna carecía de cobertura legal, puesto que la vacunación en nuestro país era voluntaria.

La STC 38/2023, dedica su FJ 5 al estudio de la norma legal habilitante, comenzando en primer lugar por apuntar al «carácter bifronte» de toda vacuna, puesto que atiende al «interés estrictamente individual de la persona afectada» y a los «múltiples intereses públicos relacionados con la vacunación». Da la razón al recurrente en el hecho de que la vacuna frente al covid-19 no era obligatoria y afirma que 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, no es una norma legal de cobertura para que el juez civil pueda ponderar la vacunación en atención a los intereses colectivos. La regulación de la prestación del consentimiento por representación prevista en el art. 9.6 de la Ley 41/2002 solo atiende «al mayor beneficio para la vida o salud del paciente».

Por ello, «[s]i en la decisión del juez civil prevalecieran esos intereses (públicos o de terceros) sobre los estrictamente individuales de la persona con discapacidad, la decisión judicial así adoptada desbordaría los límites de la cobertura que ofrece el art. 9.6 de la Ley de autonomía del paciente. Estaríamos, si así ocurriera, ante una instrumentalización de la persona afectada, que sería convertida, sin habilitación legal para ello, en medio de la consecución del interés general, y, en definitiva, ante una restricción ilegítima del derecho fundamental a la integridad personal». Y «ello en la medida en que no existe en nuestro ordenamiento jurídico ningún precepto que legitime ese tipo de intervención sanitaria coactiva con otra finalidad distinta a la puramente tuitiva (por ejemplo, para perseguir la consecución del interés general en un contexto epidémico)».

Acto seguido, la STC 38/2023, FFJ 6 y 7, examinó si la ponderación efectuada por las resoluciones judiciales al autorizar la vacunación atendió a los intereses de la persona vacunada o si tuvo presente otros intereses generales o de terceros. En esa ponderación se declara irrelevante «el particular ideario» de la persona que deba prestar el consentimiento por representación. Y, finalmente, descartó que se hubiese producido una vulneración del derecho fundamental a la integridad personal de la persona vacunada, puesto que «las resoluciones judiciales impugnadas se atuvieron a los límites de habilitación legalmente previstos y realizaron una ponderación adecuada del interés de la persona vulnerable y proporcionada a sus necesidades de acuerdo con las circunstancias concurrentes».

D) *Aplicación de doctrina por la STC 74/2023*

La STC 74/2023, de 19 de junio, en su FJ único, aplicó la doctrina de la STC 38/2023 y desestimó igualmente la pluralidad de vulneraciones alegadas en un supuesto similar en el que se autorizó judicialmente, con oposición de la recurrente, tras realizar una ponderación adecuada de los intereses de la persona vulnerable, la vacunación frente al covid-19 de dicha persona que no podía prestar el consentimiento por sí misma[6].

3.2. Embarazada derivada para abortar desde el servicio público de salud de su comunidad autónoma a una clínica privada de otra comunidad: STC 78/2023

La STC 78/2023, de 3 de julio, de la Sala Primera, con dos votos particulares concurrentes, estimó la demanda de amparo que la recurrente interpuso contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial contra el servicio de salud de su comunidad autónoma y contra la desestimación e inadmisión por los órganos judiciales (Tribunal Superior de Justicia y Tribunal Supremo) de los recursos y remedios procesales interpuestos frente a aquella[7].

Se trata de uno de los primeros pronunciamientos del Tribunal tras la STC 44/2023, de 9 de mayo, del Pleno, que declaró la constitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. La STC 44/2023 es citada con el fin de evidenciar la «naturaleza y alcance del derecho de la mujer a interrumpir el embarazo» (STC 78/2023, FJ 5) y definir de este modo el parámetro de enjuiciamiento del recurso de amparo.

Así, la STC 78/2023, FJ 5, afirma que, como «ha declarado la STC 44/2023, de 9 de mayo, FJ 3 B), la interrupción voluntaria del embarazo forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con

[6] El TC anonimizó de oficio a la recurrente y a su madre y rechazó el óbice de falta de legitimación activa invocado por el Ministerio Fiscal, como se verá en el epígrafe relativo a las cuestiones procesales.

[7] El TC de oficio anonimizó a la recurrente y a los afectados. En este recurso mixto se plantean una serie de cuestiones sobre el orden de examen de las quejas, la posibilidad de examinar los hechos, el canon de constitucionalidad tomando como referencia textos internacionales y la posibilidad de solicitar indemnización, lo que se reflejará en las cuestiones procesales.

la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad como principios rectores del orden político y la paz social (art. 10.1 CE)». Corresponde al legislador, como en cualquier otro derecho, desarrollar unas condiciones para su ejercicio que sean respetuosas con su contenido esencial (art. 53.1 CE). Y, lógicamente, no todo incumplimiento legal conllevará una violación de ese derecho, sino solo aquel que «dificulte de manera relevante el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción del embarazo o su práctica».

Una vez establecido el criterio de verificación de la vulneración, la STC 78/2023, FJ 6, resumía las alegaciones del siguiente modo: «la recurrente estima que los facultativos del Servicio Murciano de Salud han vulnerado su derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), su derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y a no sufrir discriminación (art. 14 CE) porque (i) sufrió tratos humillantes y vejatorios por parte de los profesionales sanitarios; (ii) no le suministraron de forma adecuada información sobre su embarazo de alto riesgo ni del anormal desarrollo fetal; (iii) no se le hicieron pruebas diagnósticas necesarias en el momento oportuno; (iv) tampoco se le informó sobre la posibilidad de interrumpir la gestación, y (v) tuvo que desplazarse a una comunidad autónoma distinta de la que reside para poder interrumpir el embarazo al existir una objeción de conciencia generalizada de los profesionales sanitarios de la Región de Murcia a realizar abortos. Estos hechos, según aduce la demandante afectaron severamente su integridad física y mental, causándole enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales por motivos de género».

La STC 78/2023, FJ 6 dio respuesta a las anteriores cuestiones, concluyendo que «no puede considerarse acreditado que el personal sanitario del Servicio Murciano de Salud haya tratado a la recurrente de modo humillante ni que le haya ocultado información sobre el desarrollo de su embarazo ni sobre la enfermedad del feto ni sobre las posibilidades de interrumpir el embarazo con el fin de obstaculizar su derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Tampoco puede considerase probado que todos los profesionales sanitarios de Murcia hayan ejercido su derecho a la objeción de conciencia. Por ello, las vulneraciones de derechos fundamentales que, según la recurrente, han originado tales hechos no pueden concurrir».

Ahora bien, una conclusión distinta se alcanzó con respecto a la queja relativa al hecho probado y no controvertido de que la recurrente fuera derivada a un centro sanitario de Madrid para llevar a cabo la interrupción del embarazo sin concurrir ninguna circunstancia excepcional.

La STC 78/2023, FJ 7, se apoya en la STC 44/2023, FJ 8, para sostener que «la ley 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. Este derecho conlleva que la prestación ha de efectuarse en los términos que la ley lo configura (art. 12 de la Ley Orgánica 2/2010) y (…) esta norma establece que la interrupción del embarazo ha de efectuarse en los centros de la red sanitaria pública, salvo en los supuestos excepcionales en los que el servicio público de salud no pueda facilitar en tiempo la prestación. En el presente caso no se ha acreditado que concurra esta circunstancia».

El fundamento para que el aborto se practique, como regla, por los servicios públicos de salud de la comunidad autónoma donde reside la mujer gestante no es otro que «asegurar que la interrupción del embarazo se lleve a cabo del modo menos gravoso para la mujer tratando de evitar desplazamientos que, además de provocar gastos, pueden ser perjudiciales para quien acaba de ser objeto de una intervención médica de estas características, y de garantizar, en la medida de lo posible, que la mujer que va a interrumpir el embarazo, que se encuentra en una situación de vulnerabilidad física y emocional, no salga de su entorno habitual y pueda contar con los apoyos de sus allegados para hacer frente a esta difícil situación del modo menos traumático posible».

«El Servicio Murciano de Salud, al derivar a la recurrente a un centro sanitario privado en una localidad lejana de su residencia habitual para practicar la interrupción del embarazo sin haber aducido ningún motivo excepcional que justificara que los servicios de salud de esta comunidad autónoma no pudieron facilitar en tiempo la prestación, ha vulnerado el derecho de la recurrente a la interrupción del embarazo que forma parte de su derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE, en conexión con el art. 10.1 CE)».

En consecuencia, el fallo ordenó retrotraer las actuaciones para que el servicio de salud resolviese expresamente sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial de forma respetuosa con los derechos fundamentales vulnerados[8].

Los dos votos particulares son concurrentes. Divergen en cuanto a la fundamentación. En síntesis: a) Se rechaza la consideración del derecho al aborto como un derecho fundamental, remitiéndose a los motivos de

[8] Ver el apartado relativo a la petición de indemnización en el epígrafe dedicado a las cuestiones procesales.

los votos particulares que formularon contra la STC 44/2023 (Ricardo Enríquez Sancho y Concepción Espejel Jorquera). b) «[A]tendidas las circunstancias del caso, no puede estimarse vulnerado el derecho del art. 15 CE [porque —se afirma con anterioridad— no se produce injerencia alguna en la indemnidad física o moral de la mujer], pero la derivación para obtener la prestación a una comunidad autónoma alejada del propio domicilio y del entorno familiar del que podía recibir apoyo la recurrente en las circunstancias en que se encontraba, sí pudo constituir una intromisión injustificada en su derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18 CE, en la línea en la que se pronunció la STEDH de 30 de octubre de 2012, asunto *P. y S, c. Polonia*» (Concepción Espejel Jorquera).

4. Libertad ideológica

El derecho a la libertad ideológica en su doble dimensión de actuar en la vida con arreglo a las concepciones que se tengan, «sin más limitación [injerencia, sanción, compulsión o represalia por parte de nadie], en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley», como establece el art. 16.1 CE (acotación añadida), fue el eje central de la vulneración debatida en la STC 79/2023, de 3 de julio, de la Sala Segunda.

4.1. Despido por motivos políticos de un empleado de un banco marroquí por publicar mensajes a favor del Rif en una red social: STC 79/2023

La STC 79/2023, de 3 de julio, estimó la demanda del recurrente, despedido disciplinariamente por motivos políticos, y declaró la firmeza de la sentencia del juzgado de lo social que en su día anuló el despido. El Tribunal declaró que había «sido vulnerado su derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), en conexión con los derechos a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] y de reunión (art. 21 CE)».

Esa conexión de derechos fue la que motivó la admisión del recurso al plantear una faceta del derecho a la libertad ideológica sobre la que no había doctrina: «se plantea una problemática novedosa relativa a la eventual infracción de la libertad ideológica del trabajador por la mera discrepancia con las ideas políticas de su empleadora, cuando la misma no es una empresa de tendencia que tenga un ideario que le permita la

modulación de las libertades constitucionales de sus empleados en los términos que han sido examinados por este tribunal. Y a esto habría que añadir ahora la peculiaridad de no estar comprometido solo el ejercicio de la libertad ideológica del trabajador (art. 16.1 CE), sino también el de otros derechos conexos como son el de reunión (art. 21.1 CE) y la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], que tan estrecha relación mantienen con el pluralismo político (art. 1.1 CE)» [STC 79/2023, FJ 2 b)][9].

La síntesis de los hechos del caso, efectuada por la STC 79/2023, FJ 4, es la siguiente: «el recurrente en amparo trabajaba como director de sucursal, en Madrid, del Banque Chaabi du Maroc, próximo a la monarquía marroquí. Tras participar en una manifestación por la defensa de los derechos de los ciudadanos del Valle del Rif, en la que se denunciaba la situación política de la región dentro del Reino de Marruecos, la entidad bancaria le suspendió de empleo y le abrió una investigación para clarificar lo sucedido. Transcurridos dos meses, le notificó su despido disciplinario, por constatarse en el curso de las averiguaciones un uso indebido de los medios y de la imagen del banco, al haber publicado en redes sociales fotos con mensajes políticos tomadas en su puesto de trabajo».

El recurrente interpuso demanda por despido nulo alegando la lesión de una pluralidad de derechos fundamentales, entre ellos, la libertad ideológica, de expresión y de manifestación[10]. El juzgado de lo social la estimó y declaró la nulidad del despido, argumentando que concurrían suficientes indicios no desvirtuados por la entidad bancaria demandada (próxima a la monarquía marroquí) que evidenciaban que la causa esgrimida en la carta de despido[11] enmascaraba su verdadero motivo: haber acudido a la citada manifestación. La entidad bancaria recurrió en suplicación y sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia le dio la razón y declaró la procedencia del despido al considerar acreditada la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza con las razones expresadas en dicha carta.

---

[9] La entidad bancaria, personada en el proceso de amparo, objetó infructuosamente que el recurso carecía de especial trascendencia constitucional, como se verá en el apartado relativo a las cuestiones procesales.

[10] La entidad bancaria objetó asimismo la falta de claridad de la demanda y de invocación de los derechos de reunión y manifestación. Se rechazaron los óbices, como se verá también en el apartado dedicado a las cuestiones procesales.

[11] Según la STC 79/2023, antecedente 2 b): «hacer un uso indebido de la imagen de la empresa al publicar en su cuenta de la red social Facebook una foto de sí mismo en su puesto de trabajo y en la que aparece el eslogan publicitario del banco, junto a mensajes tales como orgulloso de ser rifeño, los rifeños no son escoria. El Rif no es separatista y ¿sois un gobierno o una banda de delincuentes?».

El FJ 3 de la STC 79/2023 resume la siguiente doctrina constitucional: a) La general sobre la libertad ideológica y su conexión con los derechos a la libertad de expresión, reunión y manifestación. b) La doctrina sobre la posición del trabajador y, en particular, del despliegue de estas libertades en la relación laboral. c) La doctrina de la inversión de la carga de la prueba para garantizar la eficacia de los derechos fundamentales en este ámbito: al demandante le corresponde presentar un principio de prueba de la causa de la lesión denunciada y, puesta en evidencia, la parte demandada habrá de probar que su actuación responde a una causa real y ajena al motivo que se indica por el actor. d) La doctrina sobre los despidos «pluricausales», «que son aquellos en los que, sin perjuicio de la existencia de una aparente causa legal justificativa de la decisión empresarial extintiva concurre, al mismo tiempo, un trasfondo eventualmente lesivo de un derecho fundamental, lo que exige que el empresario acredite que su decisión cuenta con una justificación objetiva y razonable que permita excluir cualquier propósito lesivo de un derecho fundamental».

La STC 79/2023, enjuició el caso en el FJ 4: a partir del relato fáctico de la sentencia de instancia, comprobó que el panorama indiciario de las lesiones alegadas por el trabajador estaba acreditado, que la causa de despido no resultaba verosímil y que la empresa buscó un pretexto para despedirlo por haber acudido a la manifestación: uso indebido de la imagen y medios de la empresa en las redes sociales. La sentencia dictada en suplicación que revocó la del juzgado no contempló la doctrina constitucional, en particular, la relativa a la distribución de la carga de la prueba y «se limitó a abordar su enjuiciamiento desde el estricto plano de la legalidad ordinaria (…), ignorando la dimensión constitucional de la cuestión controvertida y abdicando, con ello, de la función tutelar que le correspondía como primer garante de los derechos fundamentales del trabajador».

5. Libertad y seguridad personal

El carácter defensivo del derecho a la libertad personal se rodea de una serie de garantías para evitar que nadie pueda ser privado de ella, «sino con la observancia» de lo establecido en el art. 17 CE «y en los casos y en la forma previstos en la ley» (art. 17.1 CE). Las sentencias que se analizan en este apartado se dedicaron a comprobar si se respetaron esas garantías o si se prescindió de ellas dando como resultado la

vulneración de este derecho. En concreto, la STC 103/2022, de 12 de septiembre, abordó el cumplimiento de las garantías de asistencia letrada en la detención y de *habeas corpus* (arts. 17.3 y 4 CE); las SSTC 143/2022, de 14 de noviembre y 32/2023, de 17 de abril, la garantía de duración del plazo máximo de la prisión provisional determinado por la ley (art. 17.4 CE); y las SSTC 4/2023, de 20 de febrero, 30/2023, de 17 de abril y 68/2023, de 19 de junio, la garantía de que la detención se practique en la forma prevista en la ley y se permita el acceso a las actuaciones de causas secretas con el fin de comprobar la legalidad de la privación de libertad y ejercer la defensa.

5.1. Detenido en comisaría sin asistencia letrada e inadmisión de la petición de *habeas corpus* sin reclamar su puesta a disposición judicial: STC 103/2022

La STC 103/2022, de 12 de septiembre, de la Sala Primera, estimó el recurso de amparo mixto[12] interpuesto por el demandante contra el auto del juzgado de guardia que inadmitió de plano la petición de *habeas corpus* formulada por su abogada particular y contra el auto de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones que esta planteó contra dicha inadmisión liminar. El recurrente había sido detenido para ejecutar una resolución administrativa de devolución a su país de origen y no recibió la asistencia letrada de oficio solicitada en la comisaría de policía.

El caso planteado se suma a la frecuente negativa —motivo de admisión del recurso [STC 155/2009, FJ 2 f)]— de los órganos judiciales a cumplir con la doctrina constitucional que rechaza de forma inequívoca que los procedimientos de *habeas corpus* se inadmitan por motivos de fondo con la simple aseveración de que la detención se practicó conforme a los requisitos legales, cuando no cabía, en ese estado inicial, realizar tal pronunciamiento sin reclamar la inmediata puesta a disposición judicial del detenido como garantiza el art. 17.4 CE (STC 103/2022, FJ 3).

El Tribunal anuló las resoluciones impugnadas y, cesada la situación privación de libertad, se limitó a declarar como en tantas otras ocasiones anteriores que se había «vulnerado el derecho fundamental del demandante de amparo a la libertad personal, en la faceta del derecho a la

[12] Ver el apartado relativo al orden de examen de las vulneraciones en el epígrafe dedicado a las cuestiones procesales.

asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales, en los términos que la ley establezca (art. 17.1 y 3 CE); y en la vertiente del derecho al control judicial de la detención (art.17.1 y 4 CE)»[13].

5.2. Plazo máximo de prisión provisional: cómputo del tiempo de privación de libertad en el extranjero como consecuencia de la ejecución de una resolución judicial española: SSTC 143/2022 y 32/2023

El cumplimiento del mandato del art. 17.4 CE de regular por ley el plazo máximo de duración de la prisión provisional se efectúa en el art. 504 LECrim, cuyo apartado 5 establece que «[p]ara el cómputo de los plazos establecidos en este artículo se tendrá en cuenta el tiempo que el investigado o encausado hubiere estado detenido o sometido a prisión provisional por la misma causa. Se excluirá, sin embargo, de aquel cómputo el tiempo en que la causa sufriere dilaciones no imputables a la Administración de Justicia».

La cuestión planteada en las SSTC 143/2022, de 14 de noviembre, de la Sala Primera, y 32/2023, de 17 de abril, de la Sala Segunda, es muy similar: El plazo de la prisión provisional de los recurrentes habría excedido del legalmente previsto si se computaba el tiempo de privación de libertad padecido en el extranjero como consecuencia de la ejecución de una solicitud de extradición emitida por las autoridades judiciales españolas. Si no se computaba, la prisión provisional estaría dentro de su plazo máximo. Los órganos de la jurisdicción ordinaria (juzgados centrales de instrucción y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) consideraron que aquel período de tiempo no sería computable: el proceso de extradición era un proceso distinto al proceso penal en el que se adoptaba la medida cautelar (STC 8/1990, de 18 de enero y AATC 189/2005, de 9 de mayo y 212/2005, de 12 de mayo). Y, además, la privación de libertad en el extranjero no era «imputable la Administración de Justicia» sino al extraditado que había dado lugar a la puesta en marcha del mecanismo de cooperación judicial.

El asunto resultaba relevante por novedoso o, en todo caso, para aclarar la doctrina constitucional sobre la afectación del derecho a la libertad en materia de cómputo de plazos de prisión provisional en proce-

[13] Ver el apartado relativo a la petición de informe al CGPJ y a la FGE en el epígrafe dedicado a las cuestiones procesales.

sos extradicionales (SSTC 143/2022, FJ 2 y 32/2023, FJ 2). La diferencia entre el caso de la STC 143/2022 y el de la STC 30/2023 era que esta última revestía «la particularidad de que el proceso de cooperación judicial internacional tendría como causa la negativa del demandante a retornar a territorio español tras los sucesivos requerimientos efectuados por los órganos jurisdiccionales» (STC 30/2023, FJ 2).

El Tribunal, tras recordar extensamente la doctrina sobre la libertad personal y la prisión provisional con especial atención a su reflejo en los procesos extradicionales y de orden europea de detención y entrega (SSTC 143/2022, FFJJ 4 y 5 y 32/2023, FFJJ 3 y 4), reiteró que la materia estaba presidida por el principio *favor libertatis* y por la regla de computar los plazos de privación de libertad desde su efectividad, también en el extranjero; afirmó que no cabía efectuar una interpretación tan flexible de la cláusula de exclusión del cómputo del art. 504.5 LECrim que la hiciera imprevisible —en contra del derecho a la seguridad (art. 17.1 CE)— y que ignorase que la situación de privación de libertad padecida en el extranjero se debió a una decisión de las autoridades judiciales españolas; e insistió en huir de automatismos basados en la mera comprobación de la activación de los mecanismos de cooperación judicial para computar el plazo y en la necesidad de atender a los hechos del caso y, en particular, a si la activación de dicho mecanismo tuvo lugar o no a causa de la conducta obstruccionista previa del reclamado (SSTC 143/2022, FJ 6 y 32/2023, FJ 5).

En el caso de la STC 143/2022 no constaba que el demandante hubiese escapado del territorio nacional ante la existencia de un procedimiento penal y, además, había presentado numerosa prueba documental que acreditaba su voluntad para acelerar la resolución del proceso de extradición. En el supuesto de la STC 32/2023, el recurrente se había sometido voluntariamente al procedimiento simplificado de extradición y las razones de su no retorno a España derivaban de haberse quedado al cuidado de su mujer embarazada de riesgo hasta el nacimiento de su hijo común, lo que puso en conocimiento de los tribunales españoles.

Aplicando la doctrina que se acaba de extractar, el Tribunal enjuició que los órganos judiciales, que denegaron la puesta en libertad de los recurrentes por considerar que el plazo de duración de la prisión provisional no se había excedido al no computarse la privación de libertad en el extranjero, vulneraron su derecho a la libertad (art. 17.1 CE). En consecuencia, se declaró la nulidad de las resoluciones impugnadas, «de la que no se sigue la inmediata puesta en libertad del recurrente en amparo. Como es doctrina consolidada de este tribunal (…) no es competencia de

esta jurisdicción adoptar la decisión sobre el alzamiento o el mantenimiento de las medidas cautelares personales en el proceso penal, de modo que cumple devolver el procedimiento al órgano de la jurisdicción competente para que resuelva sobre este extremo de forma respetuosa con el derecho invocado en el recurso de amparo» (STC 143/2022, FJ 7).

5.3. Denegación de acceso a las actuaciones judiciales declaradas secretas: SSTC 4/2023, 30/2023 y 68/2023

La lesión de los derechos a la libertad y a la defensa, bien por la policía, bien por el órgano judicial o bien por los dos, por impedir al profesional de la abogacía acceder a las actuaciones declaradas secretas para impugnar la legalidad de la detención o de la prisión provisional de su cliente va camino de convertirse, al igual que los supuestos de inadmisión de *habeas corpus*, en fuente de abundantes pronunciamientos del Tribunal.

Y eso que la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrece reglas que no admiten muchas dudas, tras la trasposición de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales (fecha de trasposición: 02/06/2014), en virtud de las Leyes Orgánicas 5/2015, de 27 de abril y 13/2015, de 5 de octubre: El art. 302 LECrim, que regula el secreto del sumario en relación con el art. 505.3.II LECrim, que regula la comparecencia de prisión provisional, contempla la siguiente garantía legal: «El Abogado del investigado o encausado tendrá, en todo caso, acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado».

Con idéntica finalidad de garantizar el derecho a la defensa, el 520.2 d) LECrim, entre los derechos de las personas detenidas y presas (de los que deben ser informadas por escrito), contempla el derecho «a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad». El art. 527.1 d) LECrim, relativo a las limitaciones de los derechos de las personas detenidas o presas incomunicadas, incluye la posibilidad de limitar el derecho de acceso a las actuaciones de aquellas o de su defensa letrada, «salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención».

La norma es diáfana: la defensa puede acceder a los elementos esenciales de las actuaciones secretas para impugnar la legalidad de la situa-

ción de detención o de prisión provisional. Pero —se acaba apuntar— parece que la regla se desatiende y la cadencia de sentencias del Tribunal Constitucional se sucede desde que se dictó la STC 13/2017, de 30 de enero, que dedicó sus FFJJ 5 y 6 a reconocer el efecto directo de la Directiva, y estimó el recurso por vulneración del derecho a la libertad individual (art. 17.1 CE) y el derecho a la asistencia letrada durante la detención (art. 17.3 CE), al haberse denegado el acceso a las actuaciones policiales para impugnarla.

Traspuesta la Directiva, la STC 21/2018, de 5 de marzo, fue la primera en analizar el derecho a la información (FJ 6) y acceso a las actuaciones (FJ 7). De acuerdo con la doctrina constitucional, la vulneración de estas garantías legales, en la medida en que conlleva una infracción de la «forma» en que se ejecuta la privación de libertad, supone una vulneración del derecho a la libertad del art. 17.1 CE.

A partir de estas dos primeras, las sentencias dictadas, incluidas las de esta crónica (SSTC 4/2023, 30/2023 y 68/2023), se pueden clasificar en función de si la vulneración del derecho a la información o la denegación del acceso han ocurrido durante la detención policial (grupo 1º) o bien con ocasión de acordar o instar la revisión de la situación de prisión provisional (grupo 2º). La especial trascendencia constitucional de los recursos se ha apreciado en lo que se refiere a las sentencias de esta crónica en la necesidad de establecer (STC 4/2023, FJ 2) o aclarar doctrina (STC 68/2023, FJ 2) y en la negativa manifiesta del deber de acatar la doctrina constitucional sobre el derecho de acceso a las actuaciones (STC 30/2023, FJ 2).

1º) *Información y acceso al atestado en la detención gubernativa*: En el primer grupo se encuentran las primeras SSTC 13/2017 y 21/2018, que estimaron el recurso por vulneración de los derechos a la libertad y a la defensa letrada del art. 17.1 y 3 CE, por denegación de acceso al expediente policial para impugnar la detención gubernativa, infracción que no fue reparada por el órgano judicial en el proceso de *habeas corpus* que se instó; y también la STC 181/2020, de 14 de diciembre, que otorgó el amparo apreciando idénticas vulneraciones y además por vulneración del derecho a la libertad personal, en su vertiente de la garantía del control judicial de la detención (art. 17.1 y 4 CE).

La doctrina que se deriva de estas sentencias en materia de acceso al expediente policial, sobre todo de la STC 21/2018, FJ 7, se puede resumir como sigue:

a) Fundamento: «La facultad de acceso reconocida por la ley tiene como finalidad facilitar la posibilidad de contrastar objetivamente la veracidad y consistencia de la información recibida y, en caso de desacuerdo, permite cuestionarla fundadamente ante la autoridad judicial. Es además relevante para decidir la estrategia que el detenido considera útil a sus intereses de defensa. Por ello, el reconocimiento legal expreso de este derecho refuerza la importancia del *habeas corpus* como procedimiento de control judicial de los casos y modos en que la privación de libertad es legítima».
b) Momento y forma: El momento del acceso «se sitúa después de ser informado sobre las razones fácticas y jurídicas de la detención y antes de ser interrogado policialmente por primera vez». Y «es al detenido a quien corresponde instar el ejercicio de su derecho, solicitando justificadamente los elementos de las actuaciones a los que quiere acceder. Una vez solicitado, el acceso debe producirse de forma efectiva, mediante exhibición, entrega de copia o cualquier otro método que, garantizando la integridad de las actuaciones, permita al detenido conocer y comprobar por sí, o a través de su letrado, las bases objetivas de su privación de libertad. En caso de discrepancia con los agentes policiales sobre qué elementos de las actuaciones son esenciales en el caso concreto, podrá activar la garantía del habeas corpus para que la autoridad judicial dirima la controversia».
c) Contenido: «La conexión entre el derecho a conocer las razones de la detención y el de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnarla explica también, en gran medida, el contenido de esta segunda garantía. A partir de la información recibida, para contrastar su veracidad y suficiencia, el detenido puede solicitar el acceso a aquella parte de las actuaciones que recoja o documente las razones aducidas. La determinación de cuáles sean dichos elementos es necesariamente casuística, pues depende de las circunstancias que han justificado la detención». A modo de ejemplo, el Tribunal Constitucional sostiene que «pueden ser elementos esenciales que fundamenten la detención, atendiendo a las circunstancias de cada caso, la propia denuncia de los hechos, cuando incorpora imputaciones de parte que incriminan al detenido; o la documentación de testimonios incriminatorios, así como el contenido de los informes periciales científicos que establezcan un vínculo de conexión entre

> el hecho investigado y el detenido; asimismo lo pueden ser los documentos, fotografías y grabaciones de sonido o vídeo que objetivamente relacionen al sospechoso con la infracción penal, e igualmente las actas que recojan el resultado del registro de un inmueble u otro tipo de bienes (STC 13/2017, de 30 de enero, FJ 7), las de una inspección ocular, las que constatan la recogida de vestigios o las que describan el resultado de un reconocimiento practicado a prevención por la policía para la averiguación del delito. Lo son también, en definitiva, todas aquellas actuaciones documentadas que guarden identidad de razón con las ya expuestas».

Pero, como dispone el FJ 8 de la STC 21/2018, «el derecho invocado no otorga una facultad de acceso pleno al contenido de las actuaciones policiales o judiciales practicadas con anterioridad a la detención, o como consecuencia de la misma, que se plasman en el atestado pues, más limitadamente, únicamente cobra sentido y se reconoce el acceso a aquéllas que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, esto es, fundamentales o necesarias para cuestionar si la privación cautelar penal de libertad se ha producido en uno de los casos previstos en la ley o, dicho de otra forma, si la misma se apoya en razones objetivas que permitan establecer una conexión lógica entre la conducta del sospechoso y el hecho investigado, justificando así la privación de libertad».

2º) *Información y acceso a las actuaciones secretas para acordar o revisar la situación de prisión provisional*: El segundo grupo comprende las SSTC 83/2019, de 17 de junio, 94/2019 y 95/2019, ambas de 15 de julio, 180/2020, de 14 de diciembre, 80/2021, de 19 de abril, y las de esta crónica: las SSTC 4/2023, de 20 de febrero, de la Sala Primera, 30/2023, de 17 de abril, de la Sala Segunda, y 68/2023, de 19 de junio, de la Sala Primera. A su vez, en este grupo, las SSTC 83/2019, 94, 95/2019, 30/2023 y 68/2023 se refieren a supuestos de denegación de acceso a actuaciones secretas con el fin de preparar la defensa en la comparecencia judicial para decidir sobre la prisión provisional; la STC 180/2020, a la denegación de acceso a actuaciones secretas para preparar la defensa de un investigado que había permanecido en libertad durante siete meses y para el que se solicitaba prisión provisional; la STC 80/2021, a la denegación de acceso a actuaciones secretas de persona detenida puesta a disposición de un juzgado que no era el que conocía de la causa; y la STC 4/2023, a la denegación de acceso a actuaciones secretas para im-

pugnar la prisión provisional acordada y mantenida durante meses sin haber solicitado el acceso con anterioridad.

En todas ellas, excepto en las SSTC 180/2020, 4/2023, 30/2023 y 68/2023, se estimó el recurso de amparo por vulneración del derecho a la libertad del art. 17.1 CE en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de art. 24.1 CE. En la STC 180/2020 también se estimó el recurso de amparo, si bien se apreció solo la vulneración del derecho a la libertad personal del art. 17.1 y 2 CE (se trataba de una decisión sobre prisión provisional que se adoptó sin respetar las garantías legales de información y acceso a los elementos esenciales de las actuaciones ni las garantías de contradicción e igualdad de armas que exige el principio de jurisdiccionalidad de la medida, de ahí que se colacionase el art. 17.2 CE). En las SSTC 4/2023, 30/2023 y 68/2023 se estimó vulnerado el art. 17.1 en relación con el derecho a la defensa del art. 24.2 CE. El fallo anuló las resoluciones impugnadas con efectos declarativos al hallarse los recurrentes en situación de libertad.

La doctrina sobre el acceso a las actuaciones judiciales se expone en la STC 180/2020, FFJJ 2 y 4, reproducidos en parte en la STC 4/2023, FFJJ 3 y 4, y puede resumirse en los términos siguientes: a) El secreto de las actuaciones no excluye el acceso para impugnar la legalidad de la privación de libertad. b) El derecho de acceso es complemento inescindible del derecho a la información al que sirve como garantía instrumental. Ambos permiten la igualdad de armas en el ejercicio del derecho a la defensa. c) A diferencia del derecho de información, la garantía de acceso no opera de oficio, sino que requiere rogación por el interesado. El momento para invocar el derecho de acceso debe efectuarse, como regla, con anterioridad a la comparecencia del art. 505 LECrim. Pero, «la finalidad del acceso reconocido legalmente y la modificabilidad de la prisión provisional, en consonancia con la evolución de las circunstancias procesales y el transcurso del tiempo, determinan que el privado de libertad pueda solicitar la entrega de los materiales en que se apoye la medida en cualquier momento del procedimiento en orden a contar con la información contrastada que le permita evaluar la cobertura fáctico-legal de la prisión provisional y, si así lo estima conveniente, cuestionar su legalidad, sea al tiempo de acordarse, sea ulteriormente haciendo uso de los recursos legales y de la posibilidad de instar la modificación de la medida» [STC 4/2023, FJ 4 B) b)]. d) La garantía no otorga un derecho de acceso pleno al contenido de las actuaciones, sino que se circunscribe a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad, cuya deter-

minación es necesariamente casuística y corresponde al órgano judicial competente para decidir sobre la prisión provisional.

6. Derecho a la protección de datos personales

El derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática (art. 18.4 CE), en su reciente vertiente del «derecho al olvido o desindexado», que otorga a su titular un derecho a exigir, bajo determinadas condiciones, del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan (STC 58/2018, de 4 de junio, FJ 5), fue objeto de la STC 105/2022, de 13 de septiembre.

6.1. Derecho al olvido. buscador de Google que asocia el nombre del recurrente con un enlace que dirige a un blog que critica su actividad profesional: STC 105/2022

La STC 105/2022, de 13 de septiembre, del Pleno, aplicó la doctrina de la STC 89/2022, de 29 de junio y, al igual que en esta sentencia, estimó el recurso de amparo, con un voto particular discrepante firmado por un magistrado y una magistrada, y declaró que la negativa de Google a eliminar de su buscador los enlaces que resultaban de la introducción del nombre y apellidos del recurrente que dirigen a un blog en el que aparecen opiniones anónimas críticas con su actividad profesional, vulneró su derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE).

Pero antes de que el asunto terminase ante este Tribunal, el recurrente se dirigió a Google para que sus datos personales no se asociasen en los resultados de su motor de búsqueda. La mercantil rechazó la solicitud al considerar que los enlaces informaban de asuntos de interés público relacionados con su vida profesional que podrían interesar a actuales o potenciales clientes, usuarios o participantes en sus servicios. Ante la negativa, reclamó ante la Agencia Española de Protección de Datos y esta reconoció el derecho del recurrente al «olvido» de sus datos instando a Google a «adoptar las medidas necesarias para evitar que su nombre se vincule en los resultados de búsqueda a la URL reclamada». Disconforme con el requerimiento, Google, tras ver desestimado su recurso de reposición, interpuso recurso contencioso-administrativo y la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional le dio la razón, con arreglo a los criterios de la

STJUE de 13 de mayo de 2014, *Google Spain*, asunto C-131/12. El demandante de amparo interpuso recurso de casación que fue inadmitido por la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

La tutela de amparo de la STC 105/2022, al igual que en la STC 89/2022, consistió en restablecer la validez de la resolución de la AEPD como consecuencia de la anulación de las resoluciones impugnadas. La STC 105/2022, FJ 2, se remitió en bloque a los fundamentos de la STC 89/2022, al apreciar identidad en los argumentos de la demanda. La razón de la estimación del recurso descansó en que los órganos judiciales infringieron los criterios de ponderación del interés público y tiempo transcurrido al rechazar la solicitud del recurrente de cancelar la asociación de su nombre y apellidos en la lista de resultados del buscador Google con un enlace que remitía a un blog con comentarios sobre su actividad profesional (ver STC 89/2022, FFJJ 3, 4 y 5, sobre el derecho al olvido y sus límites, y los votos particulares que efectuaron una ponderación distinta[14]).

7. Libertades de expresión y comunicación

La tutela de las libertades de expresión y comunicación [art 20.1 a) y d) CE] fueron demandadas, respectivamente, en las SSTC 83/2023, de 4 de julio, y 89/2023, de 18 de julio.

7.1. Comentarios injuriosos contra concejal publicados en portal de noticias (meneame.net): STC 83/2023

El portal de noticias «Menéame» (www.meneame.net) alojó en su página web el enlace de una noticia de un periódico digital que informaba de las actividades de un concejal de Marbella. Visitantes anónimos del portal dejaron sus comentarios en el espacio dedicado a ese enlace tildando al concejal de «hijo de puta», «ladrón» y «ladrón de toda la puta vida». Diez meses después de su redacción, el concejal solicitó a la empresa titular del portal que los retirase y que identificara a los autores. Ante la ausencia de repuesta, interpuso demanda por intromisión ilegítima en su derecho al honor contra la mercantil y, tras ver desestimada su

[14] Delgado Echevarría, «Crónica de jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales sustantivos», *op. cit.*, pp. 407-411.

pretensión en primera instancia, le dieron la razón en apelación reconociéndosele el derecho a una indemnización y a la publicación de la sentencia en la web; también se le dio en casación al desestimarse el recurso que la empresa interpuso y que motivó que ésta terminase acudiendo a la vía de amparo.

El recurso de amparo de «Menéame» fue admitido porque podía «dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia del surgimiento de nuevas realidades sociales y de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 b)]» y, tras su tramitación, desestimado por la STC 83/2023, de 4 de julio, del Pleno.

La demanda parecía plantear un conflicto clásico entre la libertad de expresión y el derecho al honor (cuya doctrina se resume en el FJ 4), solo que con el detalle de que las expresiones injuriosas no habían sido vertidas por la entidad recurrente en amparo que, como portal —argüía— se limitaba a alojarlas. La recurrente alegaba también que el elevado nivel de informaciones y noticias que circulaban por internet restaba importancia a los comentarios «agregados».

Pero el Tribunal le recordó que, «aunque el desarrollo de nuevos instrumentos tecnológicos debe ser protegido en cuanto ha incrementado notablemente la capacidad para almacenar y comunicar grandes cantidades de información, su desenvolvimiento ha supuesto también un aumento de los riesgos para el ejercicio de los derechos y libertades de todos los ciudadanos. Las difamaciones e insultos, las expresiones objetivamente injuriosas, la proliferación de discursos que fomentan el odio, la violencia o la discriminación, la formulación de ideas o pensamientos que pueden constituir una injerencia en otros derechos fundamentales —como son el derecho al honor o el derecho al respeto de la vida privada y familiar— pueden ser difundidos como nunca antes se había visto, garantizando a todos su acceso y redifusión a terceros en cuestión de segundos, cualquiera que sea el lugar del mundo en el que se encuentre, con la facultad, incluso, de permanecer accesibles en la web de forma constante (STEDH de 16 de junio de 2015, asunto *Delfi AS c. Estonia*, § 133). Ambas ideas: multiplicación y permanencia en el tiempo, muestran por sí mismas la necesidad de proteger de forma eficaz los derechos eventualmente afectados» (FJ 5).

Las transformaciones derivadas de las nuevas formas de comunicación y la generalización de su uso, en palabras de la STC 93/2021, de 10 de mayo, FJ 2, «no produce un vaciamiento de la protección constitucional de los derechos fundamentales y tampoco altera […] los criterios

asentados por nuestra reiterada doctrina sobre la función de este tribunal para apreciar si ha existido una vulneración del derecho al honor» de tal manera que «si la conducta es lesiva del derecho al honor fuera de la red, también lo es en ella»». A lo expuesto había que «añadir y destacar adicionales dificultades de control y reacción, ante el contenido de los mensajes difundidos en internet, que derivan de algunas de las características estructurales de la comunicación digital (STC 8/2022, de 27 de enero)» (inmediatez de la comunicación, alta capacidad de influencia en la opinión pública, anonimato) (FJ 5).

«En cualquier caso, debemos cerrar esta limitada reflexión recordando que la difusión en línea de ataques personales, que sobrepasan el marco de un debate sobre las ideas, no está protegida por la libertad de expresión (en este sentido, SSTEDH de 16 de enero de 2014, asunto *Tierbefreier E.V. c. Alemania*, y la muy reciente, de 15 de mayo de 2023, asunto *Sánchez c. Francia*, de la Gran Sala)».

A partir de aquí, la STC 83/2023, FJ 6, razonó la desestimación del recurso de amparo por lesión del derecho a la libertad de expresión. «A la naturaleza inequívocamente vejatoria del comentario analizado se añaden, en el caso planteado, dos elementos particularmente relevantes: (i) de un lado, la incorporación de la expresión utilizada a un medio tecnológico con especial potencialidad lesiva del honor individual, que no agota sus efectos en el contexto pasajero de una conversación oral, sino que permanece como contenido público fácilmente accesible; (ii) de otro lado, el anonimato del autor, que intensifica el elemento de pura vejación, pues el destinatario del insulto queda particularmente indefenso».

La sentencia tuvo dos votos particulares, uno discrepante y otro concurrente: a) El voto discrepante consideró que debió estimarse la demanda, partiendo de la premisa de que no debía establecerse un canon específico para el «ejercicio de la libertad de expresión cuando se canaliza a través de internet que acabe siendo más restrictivo en la práctica que el que se aplica en el mundo analógico», como la sentencia hacía en su FJ 5 (Mª Luisa Balaguer Callejón). b) Y el voto particular concurrente habría deseado una mayor reflexión sobre la aceptación por las sentencias impugnadas del régimen de limitación de la responsabilidad de la demandante (art. 16.1 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico) como marco de decisión, cuando «Menéame» actuaba no de forma neutra, sino como auténtica editora. Invitaba a tomar como punto de partida para tal reflexión a la STC 336/1993, de 15 de noviembre (Ramón Sáez Valcárcel y Laura Díez Bueso).

7.2. «Derecho de antena»: negativa de la administración autonómica a convocar concurso público para la adjudicación de licencias de radiodifusión sonora digital terrestre de ámbito local: STC 89/2023

El llamado «derecho de antena» fue objeto de pronunciamiento en la STC 89/2023, de 18 de julio, del Pleno, que desestimó la demanda de amparo de la empresa recurrente contra la resolución de la consejería de Administración pública de la comunidad autónoma riojana que denegó la convocatoria solicitada de un concurso público para la adjudicación de licencias de radiodifusión sonora digital terrestre de ámbito local que, a juicio de la mercantil, se encontraban disponibles y vacantes.

La entidad recurrente se quejaba de que la interpretación administrativa y judicial de la normativa sectorial vigente en aquel momento (Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, LGCA) sobre los efectos de la falta de planificación estatal, del transcurso del plazo para que la comunidad solicitase la afectación del dominio público radioeléctrico al servicio público de radiodifusión o la convocatoria de concursos y la disponibilidad de licencias no era igual en todas las comunidades ni en todos los tribunales. Se denunciaba que el incumplimiento del deber de convocar el citado concurso de licencias vulneraba sus derechos a la libertad de expresión e información [art. 20.1 a) y d) CE] en relación con el derecho a la igualdad (art. 14 CE).

La STC 89/2023, FJ 3, recoge la doctrina sobre las libertades de expresión e información, detalla la legislación sobre comunicación audiovisual y su evolución e influencia por la normativa europea y se detiene, en particular, en el derecho a la creación de medios de comunicación, «lo que ha venido en llamarse derecho de antena» que califica de instrumental, aunque comprendido en el derecho a difundir ideas y opiniones. Debido a ese carácter instrumental, su protección no es la misma y el legislador dispone de mucha mayor capacidad de configuración. «En particular, puede condicionarlo normativamente a la obtención de un título habilitante, limitar su número o establecer los criterios que determinan el régimen de adjudicación. Esa restricción, que pudiera tener su origen en las limitadas posibilidades de uso simultáneo de las ondas electromagnéticas sin interferencias, debe estar al servicio de un principió o interés constitucional, satisfacer las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad —que se proyectaran sobre el caso concreto—, así como respetar el contenido esencial de la libertad».

Al enjuiciar el caso, la STC 89/2023, FJ 4, constató el largo espacio temporal transcurrido desde la reserva de las frecuencias para la comunicación audiovisual de radiodifusión sonora digital terrestre en la Comunidad Autónoma de La Rioja, el cese legal de la reserva para dicho uso debido al transcurso de los plazos legalmente establecidos en aras a una ordenación eficiente del espectro radioeléctrico, la ausencia de interés de la comunidad autónoma en afectar la reserva al servicio público de difusión de radio y televisión, «ni tampoco en convocar el correspondiente concurso, ni finalmente existieron interesados que instaran su convocatoria durante el plazo de un año».

Y concluyó que, «en tales circunstancias debe descartarse que se haya producido una vulneración del derecho a la libertad de expresión e información [art. 20.1 a) y d) CE]. El derecho invocado no atribuye la facultad de congelación o reserva del uso de un recurso tecnológicamente escaso durante años a determinada finalidad. Por tanto, ni la decisión administrativa impugnada carece de previsión legal, al contrario, viene impuesta por la inexistencia de dominio público radioeléctrico (art. 27.4 LGCA), ni es desproporcionada, pues el derecho invocado no es absoluto y presenta indudables límites, debiendo compaginarse con la protección de otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (STC 12/1982, FJ 3)».

La STC 89/2023 cuenta con tres votos particulares de cierta extensión, los dos primeros discrepantes y el último concurrente que deben sintetizarse al ayudar a la comprensión del caso:

1º) «La sentencia de la que discrepo desarrolla un planteamiento del derecho de antena (así denominado desde la STC 73/2014, de 8 de mayo, FJ 4) que se traduce en una total privación de su eficacia respecto de la mercantil recurrente en amparo. La razón principal es que el pronunciamiento del Tribunal obvia la dimensión prestacional que se inscribe en el derecho a la creación de medios de comunicación audiovisual, es decir, ignora que a la libertad de antena se vinculan una serie de obligaciones exigibles a las administraciones públicas, quienes han de garantizar el adecuado ejercicio del derecho dentro del marco normativo del Derecho nacional y del Derecho de la Unión Europea» (Mª Luisa Balaguer Callejón).

2º) La sentencia «ofrece un entendimiento devaluado [por instrumental] del llamado derecho de antena». Y «no identifica correctamente el problema constitucional planteado que, por lo tanto, queda huérfa-

no de todo tratamiento». Lo que se discutía no era la configuración normativa del sistema de utilización del espectro radioeléctrico, sino la «aplicación del sistema por parte de las administraciones públicas, a saber, si resulta o no conforme con el art. 20.1 CE la total ausencia de convocatoria de licencias en un contexto de pasividad administrativa prolongada a lo largo de cerca de veinte años, a pesar de que existían interpretaciones de la legislación entonces vigente más proclives a la efectividad de los derechos fundamentales afectados y de la que no existe alegación ni prueba de que pueda conllevar merma para los intereses públicos ni de terceros».«[E]n ningún momento la autoridad administrativa se planteó si existía o no espectro disponible para las eventuales licencias a convocar, ni consultó sobre este dato al titular del demanio (el Estado), sino que se conformó, sin más, con realizar una interpretación formalista de la ley para equiparar la caducidad de la reserva con la falta de espectro, a pesar de que se le había puesto de manifiesto la posibilidad de interpretaciones alternativas, que se habían ofrecido en otras comunidades autónomas y en parte de los Tribunales Superiores de Justicia. Esta aproximación al problema, que la sentencia de la que discrepo viene a respaldar, no tiene suficientemente en cuenta que los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (art. 9.1 y 53.1 CE) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, no sufriendo este principio general de aplicabilidad inmediata más excepciones que las que imponga la propia Constitución expresamente o que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable (SSTC 15/1982, FJ 9; y 254/1993, FJ 6) y que las libertades del art. 20.1 a) y c) cuentan con un contenido mínimo que debe ser protegido por todos los poderes públicos y, en última instancia, por este Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo (STC 31/1994, FJ 7)» (Ramón Sáez Valcárcel).

3º) La «respuesta nos parece insuficiente en tanto que meramente centrada en la legalidad ordinaria y elusiva del problema constitucional que en realidad se planteaba aquí: la incidencia en el denominado derecho de antena de la inactividad encadenada de dos administraciones públicas que se ha traducido en la imposibilidad fáctica de ejercicio de un derecho fundamental (…). [N]o discrepamos de la desestimación del recurso de amparo, pues no se encontraba exclusivamente en manos de la comunidad autónoma que adoptó la decisión administrativa objeto del proceso la posibilidad de acceder a lo solicitado por la entidad recurren-

te, sin perjuicio de hacer notar que, dado el cambio normativo que se acaba de mencionar [nueva LGCA 13/2022, de 7 de julio], un eventual otorgamiento del amparo hubiera devenido meramente declarativo y sin efectos para el caso» (Enrique Arnaldo Alcubilla y doña Concepción Espejel Jorquera).

8. Derecho de reunión y manifestación

La pandemia de coronavirus —como se dijo con ocasión del estudio de las sentencias relativas a las vacunas frente al covid-19— repercutió en el ejercicio de todos los derechos, entre ellos el de reunión y manifestación para el que se demandó la tutela de amparo en las SSTC 61/2023, de 24 de mayo, 84/2023, de 5 de julio y 88/2023, de 18 de julio.

8.1. Prohibición de manifestación durante la vigencia del estado de alarma (RD 463/2020): SSTC 61/2023, 84/2023 y 88/2023

La STC 61/2023, de 24 de mayo, del Pleno, y las SSTC 84/2023, de 5 de julio y 88/2023, de 18 de julio, también del Pleno, que aplican la doctrina de la STC 61/2023, tienen en común el análisis de la denuncia de la vulneración del derecho de reunión y manifestación por parte de las delegaciones y subdelegaciones del Gobierno que prohibieron las manifestaciones convocadas por los recurrentes para su celebración durante la vigencia del estado de alarma establecido por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

En los tres casos, el Tribunal Constitucional, tras recordar su doctrina sobre el derecho de reunión y manifestación y enjuiciar la motivación, necesidad y proporcionalidad de la prohibición (SSTC 61/2023, FFJJ 3 y 4, 84/2023, FFJJ 3 y 4 y 88/2023, FFJJ 4 y 5), desestimó las demandas de amparo al concluir que «la prohibición gubernativa de [la] manifestación es respetuosa con la configuración constitucional del derecho de reunión del art. 21 CE; pues responde a razones fundadas, convincentes e imperativas que justifican la restricción del citado derecho en aras de la necesaria protección de la salud pública, bien jurídico de relevancia constitucional que está vinculado con el art. 10.1 CE y expresamente recogido en el art. 11.2 CEDH» [STC 61/2023, FJ 4 B) d)]. «En la grave situación de crisis sanitaria que estos datos describen, dada la inseguridad del conocimiento de la medicina sobre medios de preven-

ción, contagio, diagnosis y tratamiento, la prohibición procuraba a la salud pública una alta satisfacción, incluso máxima. Este beneficio permite concluir que la medida restrictiva de la libertad de manifestación estaba justificada y era proporcional»» [SSTC 84/2023, FJ 4 B) d) y 88/2023, FJ 5 B) d)].

Según el voto particular del magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla formulado a las tres sentencias, los recursos debieron estimarse, dado que la aplicación de la doctrina sobre el derecho de reunión y manifestación suponía «una suerte de overruling encubierto, [de] la doctrina de la STC 148/2021, de 14 de julio, en la que se concluyó que la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, no prohibió el derecho de reunión y manifestación, más allá de que este pudiera estar de facto dificultado por la medida general de confinamiento en domicilio»; y porque «el examen de la proporcionalidad de la prohibición recurrida en amparo debería haber arrojado un resultado diferente, por cuanto no se supera el juicio de necesidad y, por tanto, tampoco el de proporcionalidad en sentido estricto» (se adhirieron Ricardo Enríquez Sancho y Concepción Espejel Jorquera).

9. Derecho de acceso a la función púbica

La garantía de predeterminación normativa del derecho de acceso a la función pública (art. 23.2 CE) fue examinada en la STC 100/2022, de 12 de septiembre.

9.1. Convocatoria de proceso selectivo que no contempla méritos previstos por la normativa: STC 100/2022

La Sala Segunda, en su STC 100/2022, de 12 de septiembre, estimó la demanda de amparo por vulneración del art. 23.2 CE de una asociación de profesores[15] frente a las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia que inadmitieron su recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales frente a una orden de la consejería de Educación que omitía contemplar méritos previstos en la normativa aplicable.

[15] Ver el apartado relativo a la legitimación en las cuestiones procesales.

El recurso de amparo fue admitido debido a que el asunto trascendía del caso concreto al plantear una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ 2 g)].

La STC 100/2022, FJ 3, recuerda que el art. 23.2 CE garantiza, entre otros, el derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas. «Esta predeterminación normativa de las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad tiene transcendencia desde la perspectiva estricta del principio de igualdad que consagra el art. 23.2 CE (…). Por esta razón resulta totalmente proscrita la posibilidad de que por vía reglamentaria o mediante actos de aplicación de la ley o de las normas reguladoras de acceso a un determinado puesto de la función pública se incorporen o añadan nuevos requisitos carentes de toda cobertura legal (…). Esta misma conclusión cabría apreciarla no solo en el supuesto en el que se denuncie la exigencia de nuevos requisitos o condiciones que limitan el acceso a un cargo de determinados ciudadanos sin contar para ello con la necesaria habilitación legislativa (STC 47/1990, FJ 7), sino también en el supuesto en el que una convocatoria concreta omita el cumplimiento de un requisito cuya valoración venga imperativamente impuesta por las normas reguladoras del proceso selectivo. En ambos casos se estarían introduciendo diferencias respecto del criterio establecido con carácter general en la ley, lo que conllevaría una vulneración del principio de igualdad y, por tanto, del derecho fundamental que garantiza el art. 23.2 CE».

Establecido el criterio de control, el Tribunal comprobó que la orden de la consejería omitió contemplar méritos valorables con arreglo a la normativa aplicable (FFJ 5 y 6) y declaró vulnerado el derecho de la recurrente del art. 23.2 CE. En consecuencia, anuló la orden y las resoluciones judiciales impugnadas, pero dispuso que «la inconstitucionalidad de esta orden no permitirá revisar los actos declarativos de derechos que se hayan dictado en el proceso selectivo que la orden recurrida convoca».

Las razones de esta limitación se hallan en el FJ 8: «Al haber transcurrido más de cinco años desde que se resolvió el proceso selectivo (…) el principio de seguridad jurídica impide que con fundamento en la presente sentencia puedan ser revisados los actos declarativos de derechos que se hayan dictado en el proceso selectivo que la orden recurrida convoca».

10. Legalidad sancionadora y principio de legalidad penal

Las sentencias dictadas por el Tribunal en materia de legalidad sancionadora y sobre el principio de legalidad penal se refieren a las cuestiones siguientes: a) proscripción de sancionar y juzgar dos veces el mismo hecho (*non bis in idem* material y procesal) cuando concurren sanciones administrativas y penas (STC 2/2023); b) imposición directa de sanciones de expulsión con arreglo a lo dispuesto en la Directiva europea de retorno (STC 47/2023 que encabeza la serie de las SSTC 53/2023, 55/2023, 70/2023, 71/2023, 72/2023, 80/2023, 86/2023 y 87/2023); c) ejecución de penas: aplicación retroactiva de una norma penal desfavorable (STC 54/2023); d) interrupción de prescripción de la pena por causa no prevista en la ley (STC 64/2023).

10.1. *NON BIS IN IDEM*: EXCESO DE PUNICIÓN POR COMPENSAR LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO: SSTC 2/2023

La demanda de amparo del menor que pagó la sanción impuesta por viajar sin título válido de transporte en el tranvía y que, con posterioridad, fue condenado por el juzgado de menores como autor de un delito leve de estafa a una medida de libertad vigilada cuya duración no tuvo en cuenta la necesidad de descontar la sanción previa para evitar un exceso de punción, fue admitido a trámite y estimado, con un voto particular suscrito por dos magistrados, por la STC 2/2023, de 6 de febrero, de la Sala Segunda, por los motivos siguientes:

a) El recurso planteaba la novedad de la aplicación de la garantía *non bis idem* cuando concurren sanciones y procedimientos penales y administrativos en la jurisdicción de menores, cuya peculiar combinación de elementos sancionadores y reeducativos no excluye de su ámbito las garantías penales y procesales reconocidas en la Constitución (FJ 3).
b) Los órganos judiciales «vulneraron la garantía *non bis in idem* en su vertiente material e incurrieron en un exceso de punición con una doble condena porque no descontaron la sanción administrativa de la medida de libertad vigilada acordada; en su lugar, la compensaron con la responsabilidad civil de modo erróneo. Así

> resulta del fundamento jurídico primero, apartado primero, de la sentencia del juzgado de menores —confirmada por la audiencia— que establece que el pago del recargo de 100 € suprime la reclamación de responsabilidad civil en el presente caso, pero no extingue la responsabilidad penal preferente». El juzgado de menores rebajó en un mes la medida de libertad vigilada solicitada por el fiscal, pero tal «rebaja» no se basó en la necesidad de efectuar ese descuento necesario para evitar la doble punción, sino a la obligación de todo órgano judicial de individualizar la extensión de la pena o medida ([FJ 5 c)].

En consecuencia, la STC 2/2023, tras reconocer la vulneración de los derechos del menor a la legalidad penal y sancionadora en su vertiente de garantía del principio *non bis in idem* material (art. 25.1 CE), anuló las resoluciones impugnadas.

Pero antes de llegar al fallo, el contenido de la STC 2/2023 abordaba: a) El mantenimiento de la personación de la empresa ferroviaria en el proceso de amparo (FJ 2)[16]. b) La doctrina constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la garantía del *non bis in idem* en caso de concurrencia de sanciones y procedimientos penales y administrativos sobre los mismos hechos y sobre la exigencia de otorgar preferencia a la norma penal y a los tribunales penales frente a la norma y la potestad administrativa sancionadora, con obligación de descontar la sanción impuesta si esta potestad se hubiese ejercido en primer lugar (FJ 4)[17]. c) La ausencia de discusión en la jurisdicción ordinaria y la razonabilidad de la calificación por los órganos judiciales del recargo de 100 euros como sanción administrativa a la vista de que «este recargo de 100 € (…) incrementa en unas 68,96 veces el importe ordinario del billete de 1,45 €» (valoración con la que se muestra disconforme el voto particular que consideraba la compensación correcta) (FJ 5 a). d) Descartar la lesión de la garantía del *non bis in idem* procesal, en esencia, porque el menor únicamente pagó cuando se le notificó su condición de investigado (FJ 5 b).

---

[16] Ver el apartado legitimación en el epígrafe dedicado a las cuestiones procesales.

[17] Se cita la STEDH, Gran Sala, de 15 de noviembre de 2016, asunto *A y B c. Noruega*, que revisó la STEDH, Gran Sala, de 10 de febrero de 2009, asunto *Sergey Zolotukhin c. Rusia*, que llegaba a una solución semejante a la de la STC 177/1999, 11 de octubre, que entendía, en breve, que no cabía un doble ejercicio de la potestad sancionadora que era única, doctrina que fue modificada en la STC 2/2003, de 16 de enero, que refleja la doctrina vigente.

10.2. Extranjería: sanción de expulsión impuesta por aplicación directa de directiva en contra de los derechos de los ciudadanos: SSTC 47/2023, 53/2023, 55/2023, 70/2023, 71/2023, 72/2023, 80/2023, 86/2023 y 87/2023

La STC 47/2023, de 10 de mayo, del Pleno, es la cabecera de la serie de las sentencias de este epígrafe que aplican su doctrina[18]. La cuestión jurídica debatida tuvo como denominador común resolver si con la imposición de sanciones de expulsión a extranjeros de terceros países ajenos a la Unión Europea por mera estancia irregular en el territorio nacional a los que no les constaban circunstancias agravantes o elementos negativos que las hubiesen justificado se lesionó su derecho a la legalidad sancionadora porque, con arreglo a la ley española de extranjería [Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx)], lo procedente habría sido imponer una sanción de multa.

Las delegaciones y subdelegaciones del Gobierno y las resoluciones judiciales que impusieron y confirmaron las sanciones en vía de recurso contencioso-administrativo justificaron la expulsión expresa o implícitamente en el cumplimiento de la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (conocida también como «Directiva de retorno»), que obliga a los Estados miembros a dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones previstas en la propia directiva.

El recurso de la STC 47/2023 fue admitido porque podía dar ocasión al Tribunal para aclarar o revisar su doctrina, como consecuencia de un cambio de doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE [STC 155/2009, FJ 2 b)]. La especial trascendencia constitucional del recurso se concretaba en comprobar la incidencia en nuestra jurisprudencia de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la Directiva de retorno y nuestra legislación de

[18] SSTC 53/2023, de 22 de mayo (Sala 1ª), 55/2023, de 22 de mayo (Sala 1ª), 70/2023, de 19 de junio (Sala 2ª), 71/2023, de 19 de junio (Sala 2ª), 72/2023, de 19 de junio (Sala 1ª), 80/2023, de 3 de julio (Sala 1ª), 86/2023, de 17 de julio (Sala 1ª) y 87/2023, de 17 de julio (Sala 1ª).

extranjería, sentencias que la propia STC 47/2023 recoge junto a la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (FJ 3)[19], para llegar al punto de partida, en un movimiento circular, de que «el régimen sancionador previsto en la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España [era compatible] con la citada directiva en los casos de estancia irregular, lo que supone la plena aplicación de nuestra doctrina en materia de extranjería en función del derecho fundamental afectado» (FJ 2).

Llegados a este extremo, la STC 47/2023, tras establecer la doctrina constitucional aplicable sobre el derecho a la legalidad sancionadora en su vertiente de garantía material frente a los órganos sancionadores [FJ 4 b)], concluyó que la interpretación que los tribunales españoles efectuaban para declarar la procedencia de la expulsión por mera estancia irregular sin concurrir ninguna circunstancia agravante, amparándose en la Directiva 2008/115/CE, «marginaba la normativa nacional más favorable y (…) otorgaba un efecto directo inverso a la Directiva de retorno [de forma] errónea y contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la eficacia de esta clase de normas en los ordenamientos internos. Como señala la STJUE de 8 de octubre de 2020, «es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, pues los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de las directivas, en su calidad de tales, contra dichas personas» (apartado 35)».

Por tal motivo, debía concluirse que con la imposición de la citada sanción de expulsión «se infringió la garantía material del derecho a la legalidad sancionadora de la recurrente a causa de una aplicación irrazonable de la norma sancionadora». En consecuencia, la STC 47/2023 (y las de su serie) restableció el derecho lesionado mediante la anulación de las resoluciones gubernativas y judiciales impugnadas.

---

[19] SSTJUE de 23 de abril de 2015, asunto *Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa c. Samir Zaizoune*, C-38/14; de 8 de octubre de 2020, asunto *MO c. Subdelegación del Gobierno en Toledo*, C-568/19; y de 3 de marzo de 2022 asunto UN c. Subdelegación del Gobierno en Pontevedra, C-409/20. SSTS, Sala Tercera, 980/2018, de 12 de junio, 366/2021, de 17 de marzo, 337/2022, de 16 de marzo y 1047/2022 de 20 de julio. Sobre esta evolución de la jurisprudencia, ver el artículo del magistrado Cominges Cáceres, «El Tribunal de Justicia de la UE valida la normativa española que prima la sanción de las situaciones de permanencia irregular de extranjeros con multa antes que expulsión (STJUE de 03/03/2022, asunto C-409/20)», en *Diario La Ley*, N.º 10033, 21-3-2022.

10.3. Ejecución de penas: retroactividad de norma penal desfavorable que impide sustituir pena privativa de libertad: STC 54/2023

La determinación de la ley penal aplicable a la fase de ejecución de la pena experimenta, desde la sentencia estimatoria STC 54/2023, de 22 de mayo, de la Sala Segunda, un importante cambio teórico y práctico: la distinción entre las fases declarativa y ejecutiva a la hora de aplicar la ley penal más favorable podría estar amortizada, como se verá a continuación.

Los recurrentes en amparo, condenados a una pena de prisión, solicitaron su sustitución por una pena de trabajos en beneficio de la comunidad y una multa con arreglo a la legislación penal vigente en el momento en que cometieron los hechos. La audiencia provincial encargada de la ejecutoria rechazó tal petición al no estar ya vigente la normativa que permitía dicha posibilidad: «[N]o es posible atender a la petición de sustitución de acuerdo con el art. 88 del Código Penal que ya no está en vigor, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo que determina que la norma aplicable a la suspensión, sustitución, pago fraccionado de multas ha de ser la vigente en el momento de modificarse las operaciones correspondientes a su ejecución (STS 127/2015, de 29 de enero)».

El Tribunal reconoció la novedad del caso que «dotó a las demandas de amparo de especial trascendencia constitucional» para determinar si la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable (art. 25.1 CE) que resulta del principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, que incorpora un derecho público subjetivo (…), comprendía «las normas que regulaban la sustitución en el art. 88 CP en su redacción anterior a la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015» (STC 54/2023, FJ 2).

La STC 54/2023, antes de pronunciarse sobre el otorgamiento del amparo, reflejó en sus fundamentos la doctrina general sobre el contenido y alcance del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) (FJ 3) y la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables, recogiendo asimismo la progresiva evolución de la «doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [que] ha ido ensanchando el paraguas del principio de legalidad penal a fin de dar cobijo a supuestos que tradicionalmente se ha considerado que formaban parte de la ejecución. Y ello ante la reconocida dificultad de desligar del núcleo que constituye la definición de pena tradicionalmente amparada por las garantías del principio de legalidad aquellos aspectos que formalmente se han calificado

de ejecución. De este modo se lograría evitar no solo cualquier pretensión de huida de las garantías insertas en el principio de legalidad penal mediante una injustificada diferenciación formal entre la ejecución de la pena y la pena misma, sino, al propio tiempo, que se privara a dichas garantías de cualquier efecto útil» [FJ 4 b)].

Establecidos los hechos y el derecho aplicable, la STC 54/2023, FJ 6, reconoció la vulneración del «derecho a la legalidad penal de los recurrentes (art. 25.1 CE), por infringir la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable». «El órgano judicial, al aplicar la reforma contenida en la Ley Orgánica 1/2015 a hechos anteriores, cercenó la exigencia de previsibilidad de los recurrentes frente a la reacción estatal, esto es, frente a la pena que realmente se les podía imponer».

En consecuencia, anuló las resoluciones de la audiencia provincial impugnadas y ordenó retrotraer el procedimiento para que el órgano judicial pronunciase una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental a la legalidad penal.

10.4. Prescripción de penas: apreciación de causa de interrupción no prevista en la ley: STC 64/2023

El recurso de amparo de la sentencia estimatoria STC 64/2023, de 5 de junio, de la Sala Segunda, se admitió a trámite al apreciar que los autos de la audiencia provincial impugnados habrían incurrido en desacato de la doctrina constitucional [STC 155/2009, FJ 2 f)], al rechazar la prescripción de la pena aplicando causas de interrupción no previstas en la ley.

Los derechos fundamentales en juego en materia de prescripción resultan lesionados cuando la interpretación judicial de su regulación, «aunque no pueda ser tildada de irrazonable o arbitraria, lleva consigo, al exceder su más directo significado gramatical, una aplicación extensiva o analógica en perjuicio del reo. Más en concreto este tribunal viene declarando que las decisiones judiciales que aprecian la inexistencia de prescripción de la pena en virtud de una interpretación que introduce causas interruptoras de la prescripción no previstas en la norma legal aplicable vulneran el art. 24.1 en relación con los arts. 25.1 y 17 CE» [STC 64/2023, FJ 2 c)].

En concreto, «[l]a atribución de un efecto interruptor de la prescripción a la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto en relación con la regulación del Código penal

(art. 134) previa a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, es uno de los supuestos en que este tribunal ha apreciado la lesión del principio de legalidad y del canon de motivación reforzada por no estar legalmente prevista esa causa interruptora (…). De manera específica hemos descartado que la suspensión de la ejecución de la pena ante la solicitud de un indulto, dado su carácter cautelar, tenga la misma naturaleza que la suspensión como forma sustitutiva de ejecución de la pena privativa de libertad y, en tal medida, que suponga un cumplimiento de la pena con efecto interruptor conforme a lo dispuesto en el art. 134 CP originario» [STC 64/2023, FJ 2 d)].

La STC 64/2023, FJ 4, concluyó que la audiencia provincial vulneró el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) del recurrente, ya que consideraron «causa interruptora de la prescripción la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación de una solicitud de indulto, que no se contempla como tal en el precepto legal aplicable (art. 134 CP en la redacción anterior a la establecida por la Ley Orgánica 1/2015). En consecuencia, anuló tales resoluciones judiciales y ordenó retrotraer las actuaciones para que la audiencia provincial dictase una nueva resolución respetuosa con los derechos fundamentales vulnerados.

El voto particular del magistrado César Tolosa Toribio discrepó, en esencia, por considerar desacertada la valoración de los presupuestos de hecho del recurso.

11. Libertad sindical

La libertad sindical (art. 28.1 CE) fue objeto de tutela en la STC 142/2022, de 14 de noviembre, en un proceso de elecciones sindicales y en la STC 22/2023, de 27 de marzo, en el ejercicio de la libertad de expresión por un sindicato.

11.1. Subsanabilidad de defectos en la proclamación de candidaturas en elecciones sindicales: STC 142/2022

El derecho de participación de los sindicatos en las elecciones sindicales que, «pese a derivar de un reconocimiento legal, constituye una facultad que se integra dentro del contenido adicional del derecho fun-

damental a la libertad sindical (art. 28.1 CE), por lo que cualquier impedimento u obstaculización al sindicato o a sus miembros de participar en el proceso electoral al margen de su propio régimen legal o mediante una aplicación arbitraria del mismo puede ser constitutivo de una violación de dicho derecho» (STC 142/2022, FJ 2), se estimó vulnerado en la STC 142/2022, de 14 de noviembre, de la Sala Segunda, que anuló las resoluciones del juzgado de los social y declaró la firmeza de un laudo arbitral en lo que afectaba al sindicato recurrente.

En unas elecciones sindicales, la mesa electoral denegó, sin haber dado posibilidad de subsanación, la proclamación definitiva de candidatos electos de una lista que no contenía, como mínimo, tantos candidatos como puestos a cubrir. Tras un pronunciamiento arbitral favorable en parte a la pretensión del sindicato, el juzgado de lo social confirmó la decisión de la mesa y denegó la proclamación de los candidatos.

La sentencia del juzgado se negó a cumplir la doctrina constitucional, lo que motivó la especial trascendencia constitucional del recurso [STC 155/2009, FJ 2 f)].

«El Tribunal se reafirma en la jurisprudencia constitucional establecida en las citadas SSTC 13/1997 y 200/2006 de que una interpretación de esta previsión legal conforme con las exigencias de respeto al derecho fundamental a la libertad sindical impone que, en los supuestos en que se produce una reducción sobrevenida del número mínimo de candidatos antes de la proclamación definitiva de las candidaturas, resulte obligado para la mesa electoral requerir de oficio su subsanación previamente a adoptar una decisión sobre su proclamación definitiva» (STC 142/2022, FJ 3).

11.2. Supeditación del uso de una vivienda por los trabajadores a la retractación de un sindicato que criticó una decisión de una autoridad: STC 22/2023

La STC 22/2023, de 27 de marzo, de la Sala Primera, estimó el recurso de amparo mixto[20] que un sindicato interpuso contra la sentencia dictada en suplicación que, revocando la del juzgado de lo social, absolvió a una autoridad portuaria de la condena impuesta en la instancia en el procedimiento que el sindicato instó para la protección de sus derechos fundamentales.

[20] Ver el apartado relativo a la calificación de la naturaleza del recurso en las cuestiones procesales.

El sindicato demandante había criticado públicamente la gestión que la autoridad portuaria hacía del uso de una vivienda de un faro y, en respuesta, a la crítica, la dirección anunció que el derecho de los trabajadores del puerto al disfrute de la vivienda quedaba supeditado a la retractación pública de la central sindical.

El Tribunal Constitucional, tras recordar la doctrina sobre el derecho a la libertad de expresión de los sindicatos sobre materias de interés laboral o sindical como instrumento para el ejercicio de sus funciones representativas y su carácter inescindible de la libertad sindical no invocable como derecho autónomo (FJ 3), concluyó que las exigencias al sindicato de la autoridad portuaria suponían una injerencia ilegitima en los derechos fundamentales a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], en relación con el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) (FJ 4).

La estimación de recurso condujo, en este caso, a ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado de la sentencia de suplicación para resolver sobre la impugnación de la cuantía indemnizatoria impuesta por el juzgado de lo social discutida por la Abogacía del Estado, pues como señala la «STC 178/2014, 3 de noviembre, FJ 3 (…) la fijación de los importes indemnizatorios constituye un razonamiento propio de la jurisdicción ordinaria carente de relevancia constitucional, sin perjuicio del control por parte de este tribunal de la arbitrariedad o irracionabilidad de la resolución dictada en este punto».

12. Cuestiones procesales

El contenido de este epígrafe lo forman aquellas cuestiones más reseñables de algunas de las sentencias estudiadas y que guardan relación con los requisitos del recurso, las alegaciones y peticiones de las partes o la técnica de enjuiciamiento: claridad expositiva, identificación del recurrente, formalización en plazo, legitimación, denuncia de las violaciones en el procedimiento judicial previo, agotamiento de la vía judicial, impugnación de la especial trascendencia constitucional, orden de examen de las quejas en el recurso de amparo mixto, posibilidad de examinar los hechos, enjuiciamiento de la vulneración tomando como referencia textos internacionales sobre derechos y libertades, petición de indemnización y de informes a otros órganos del Estado.

12.1. Claridad expositiva de la demanda: STC 79/2023

En el recurso planteado en la STC 79/2023, la entidad bancaria opuso a la pretensión del trabajador despedido la falta de concreción de los preceptos constitucionales infringidos y la imprecisión en la concreción del amparo solicitado (art. 49.1 LOTC). A juicio de la entidad, el derecho afectado no sería el derecho a la libertad ideológica invocado (art. 16.1 CE), sino el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). La STC 79/2023, FJ 2 a), descartó la objeción porque se trataba de una alegación que «[rehacía] la demanda de amparo para provocar una suerte de silogismo demostrativo a través del cual alcanza una conclusión que le sirve para oponerla como óbice de procedibilidad». La lectura de la demanda evidenciaba que toda la argumentación giraba en torno a la vulneración del art. 16.1 CE y que en ella se reclamaba el reconocimiento de la lesión de ese derecho causada por la entidad financiera y por el Tribunal Superior de Justicia que no la reparó, cumpliendo así con el requisito de exponer «con claridad y concisión los hechos que la fundamentan, el precepto constitucional que se estima infringido y el amparo solicitado» con el fin de permitir «a las partes personadas en el presente proceso constitucional poder evacuar el trámite conferido en el art. 52 LOTC con plenitud de conocimiento sobre el objeto y alcance del presente proceso constitucional, sin atisbo alguno de indefensión, como queda materialmente demostrado con las extensas y detalladas alegaciones formuladas por la entidad financiera».

«[I]ncluso si el recurrente hubiera alegado en su demanda también la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el canon de control que impone ese precepto hubiera quedado absorbido por el propio del derecho sustantivo sobre el que se centra toda la fundamentación del recurso (por todas, SSTC 14/2002, de 28 de enero, FJ 5, y 182/2015, de 7 de septiembre, FJ 5), a saber, la infracción del derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16.1 CE».

12.2. Anonimización de recurrentes y afectados: SSTC 11/2023, 38/2023, 74/2023 y 78/2023

El Tribunal decidió de oficio la anonimización de la identidad de los recurrentes y afectados por el recurso, en virtud del art. 86.3 LOTC y del art. 1 del acuerdo del Pleno de 23 de julio de 2015, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las

resoluciones jurisdiccionales («Boletín Oficial del Estado» núm. 178, de 27 de julio de 2015), en los casos siguientes: STC 11/2023, FJ 2 A) (cesárea de embaraza ingresada en hospital contra su voluntad por orden judicial); SSTC 38/2023, FJ 2 a) y 74/2023, FJ único (vacuna covid-19 administrada con autorización judicial a persona incapaz de consentir); STC 78/2023, FJ 2 (embarazada derivada para abortar desde el servicio público de salud de su comunidad autónoma a una clínica privada de otra comunidad).

12.3. Calificación de la naturaleza mixta del recurso y plazo: SSTC 22/2023 y 33/2023

La dificultad de calificar la naturaleza mixta de un recurso de amparo cobra especial relevancia a la hora de comprobar su plazo de interposición: mientras que en el recurso mixto rige el plazo de 30 días previsto para los recursos contra resoluciones judiciales (art. 44 LOTC), si el recurso no merece tal calificación porque se considera que los órganos judiciales no infligieron al recurrente una lesión autónoma de la atribuida a la actuación administrativa, el plazo de interposición es de 20 días (art. 43 LOTC). Esta dificultad se puso de relieve en las sentencias siguientes:

a) La Abogacía del Estado planteó la extemporaneidad del recurso en el caso examinado en la STC 22/2023 (uso de la vivienda del faro), al considerar que los órganos judiciales no habían causado una lesión autónoma distinta de la que se atribuía a la autoridad administrativa. No obstante, la STC 22/2023, FJ 2, rechazó el óbice razonando que la autoridad, al enviar el comunicado a los trabajadores, no había ejercido «una potestad pública de imperio que pueda calificarse propiamente de acto administrativo, aunque derive de una entidad de Derecho público», de modo que «no estamos ante un recurso de amparo del art. 43 LOTC».

b) En la STC 33/2023, de 18 de abril, del Pleno, se inadmitió el recurso por extemporáneo. En el caso enjuiciado, el recurrente denunciaba que los Mossos d'Esquadra habían vulnerado sus derechos a la presunción de inocencia, a la intimidad, al honor y a la propia imagen, por difundir su fotografía durante 30 días en su página web para solicitar la colaboración ciudadana y posibilitar su identificación por su presunta implicación en unos episodios de violencia urbana. El recurrente fue

identificado y un juzgado de instrucción le imputó la comisión de un delito de desórdenes públicos. El actor presentó demanda de protección civil de sus derechos al honor, dignidad y propia imagen, que fue desestimada en primera y segunda instancia y en casación.

La abogada de la Generalitat de Catalunya alegó que el recurso estaba fuera de plazo, puesto que de los antecedentes judiciales se deducía que las vulneraciones alegadas, de existir, serían imputables a la administración, que es quien acordó publicar las fotografías en la página web de la policía. Y la STC 33/2023, FJ 2, le dio la razón, tras examinar las alegaciones y quejas, y recordó que «[n]o basta con que los órganos judiciales no hayan tutelado los derechos fundamentales que se consideran vulnerados por el acto de la administración recurrido, sino que es necesario que hayan ocasionado una vulneración distinta. Como se afirmó en el ATC 51/2010, de 6 de mayo, FJ 3, «las imputaciones de lesión de derechos fundamentales a las resoluciones judiciales tienen, en estos casos, un carácter meramente instrumental o formal, siempre que en las demandas no se contengan imputaciones de lesiones autónomas o distintas a las invocadas en los correspondientes recursos contencioso-administrativos. Por lo tanto, las demandas en cuestión no pueden conformarse como recursos de amparo mixtos»».

Sin embargo, las aristas a la hora de calificar esta clase de recursos quedaron evidenciadas en los dos votos particulares: a) El recurso era de especial trascendencia a la vista de la pluralidad de derechos implicados y la lesión autónoma no era descartable: el Tribunal Supremo aplicó un dudoso canon de legalidad a la actuación policial (Mª Luisa Balaguer Callejón). b) La dualidad injustificada de plazos debía interpretarse con un criterio antiformalista. El recurrente pudo verse abocado incluso al error al haber conocido de su acción la jurisdicción civil. Se citan, además, distintos supuestos fronterizos en que se admitió el recurso (Mª Luisa Segoviano Astaburuaga y Ramón Sáez Valcárcel).

12.4. Legitimación: SSTC 100/2022, 11/2023, 38/2023 y 74/2023

La legitimación de los recurrentes para interponer o personarse en el recurso de amparo [arts. 162.1 b) CE y 46.1 b) LOTC] se cuestionó por distintos motivos relacionados con la defensa de derechos de terceros, falta de interés legítimo y también por conflicto de intereses en las sentencias siguientes:

a) STC 2/2023 (*non bis in idem*): El demandante de amparo solicitó durante la tramitación del recurso la inadmisión de la empresa ferroviaria personada, al considerar que no era «coherente con su actuación previa en el expediente de menores cuyo archivo solicitó al haber sido indemnizada». Tal pretensión se desestimó en el FJ 2: «el recurrente se aquietó a ella al no haber hecho uso de la posibilidad de recurrir en revisión la diligencia de ordenación de 7 de diciembre de 2021, en la que [la personación] fue acordada y que devino firme (ATC 43/2012, de 9 de marzo, FJ 1, al que se remite el ATC 16/2021, de 15 de febrero, FJ 1)».

b) STC 100/2022 (convocatoria de proceso selectivo que omite méritos): El Ministerio Fiscal, invocando la STC 363/1993, de 13 de diciembre, cuestionó el interés directo y la legitimación de fondo de la asociación de profesores en el recurso, dado que no acreditaba que el acto impugnado ocasionara una lesión real y efectiva en sus derechos fundamentales o en los de las personas asociadas. Cualquier pronunciamiento, según su tesis, sobre el derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función pública constituiría una declaración abstracta de inconstitucionalidad impropia del recurso de amparo. Sin embargo, la STC 100/2022, FJ 2, rechazó tal alegación porque «[e]n los supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, quien acude en amparo no es el directamente perjudicado, sino una asociación en defensa de los derechos fundamentales de sus asociados, exigir el referido requisito supondría negar la legitimación activa para recurrir en amparo de las asociaciones o de cualquier otra entidad de carácter representativo. De acuerdo con la doctrina del Tribunal (entre otras muchas, STC 47/1990), en el interés legítimo del art. 162.1 b) CE hay que entender incluido el interés profesional de promoción y defensa de una categoría de trabajadores del que puede ser titular no solo cada uno de ellos, individualmente considerado, sino también cualquier asociación o entidad que haya asumido estatutariamente esos mismos fines», como era el caso de la asociación demandante

c) STC 11/2023 (Cesárea de embaraza ingresada en hospital contra su voluntad por orden judicial): Se discutió la legitimación de los recurrentes —la madre, el padre y la hija menor común— en las dos sentencias del caso (SSTC 66/2022 y 11/2023).

El Ministerio Fiscal sostuvo la inadmisión parcial del recurso de amparo por falta de legitimación del padre, al no ostentar interés legíti-

mo en los derechos fundamentales invocados, y por falta de legitimación de los dos progenitores, «respecto de su actuación en representación de la hija menor de edad, al existir un conflicto de intereses».

La sentencia resolvió la cuestión apreciando la falta de legitimación del padre y de la hija menor por las razones expuestas en la STC 66/2022, FJ 3 A): a) En cuanto al padre, carecía de legitimación para reclamar la tutela del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, con referencia a la condición de mujer embarazada y de parto, al no concurrir en él la condición de titular del derecho fundamental invocado ni ostentar un interés legítimo. Y también carecía de legitimación respecto de los demás derechos cuya vulneración se alegaba porque todo lo relacionado con el embarazo y parto debía entenderse vinculado, fundamentalmente, a la vida privada de la mujer y, por tanto, a su derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), así como a su derecho a la integridad física (art. 15 CE). Además, había «de añadirse que la vulneración del derecho a la libertad ideológica y a la intimidad familiar estaban fundamentados (…) en relación con la vulneración del art. 14 CE», por lo que, si no ostentaba «legitimación para la interposición de recurso de amparo para la tutela de dicho derecho, tampoco la [ostentaba] para la tutela de los derechos que reconocen los arts. 16 y 18 CE». b) En cuanto a la hija, su condición de parte legítima procesal no podía reconocerse porque reclamaba «derechos fundamentales de otra persona», y existía «un interés contrapuesto al de sus padres» que habían denunciado la desproporción de la actuación judicial y hospitalaria justificada en la protección del interés del feto.

d) STC 38/2023 (vacuna covid-19 administrada con autorización judicial a persona incapaz de consentir): El Tribunal comprobó de oficio la legitimación del hijo de la mujer vacunada para recurrir en amparo. El hijo era el tutor legal de su madre, la titular de los derechos fundamentales afectados; sin embargo, el hijo no actuaba en su nombre y representación legal, sino en nombre propio como interesado en la defensa de los derechos de su madre. El Tribunal sintetizaba el flexible y amplio concepto de «interés legítimo», con cita de la STC 5/2023, de 20 de febrero, FJ 2, con la afirmación de que corresponde a «toda aquella persona cuyo círculo jurídico pueda resultar perjudicado por la violación, por obra del poder, de un derecho fundamental, aunque la violación no se produjese en su contra». Especificaba que «el concepto de interés legítimo comprende las situaciones de vinculación familiar (STC 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 9), lo que le ha llevado a reconocer la legitimación del

padre del titular del derecho fundamental, con independencia de que dicho progenitor estuviera o no en el ejercicio de la patria potestad, cuando el hijo se hallaba aquejado de una discapacidad (STC 174/2002, de 9 de octubre, FJ 4), así como la de los guardadores de hecho de una persona menor de edad que se encuentra a su cargo (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 2)».

Así pues, en aplicación de la citada doctrina, el Tribunal resolvió que el recurrente tenía «un interés legítimo en defender por la vía del recurso de amparo, con la aludida finalidad tuitiva de los intereses de la persona con discapacidad, su decisión contraria a la administración de la vacuna frente al Covid-19, en el entendimiento de que la actuación judicial impugnada es lesiva de los derechos fundamentales de doña F.R.S.». Pero antes, la sentencia deja también constancia de que el hijo fue parte en proceso judicial [arts. 162.1 b) CE y 46.1 b) LOTC], que ese proceso tuvo origen en su negativa como representante legal a que se vacunase a su madre, y que su posición de tutor no se vio afectada por la supresión de esta figura tras la entrada en vigor 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 [STC 38/2023, FJ 2, b) y c)].

En la STC 74/2023, de aplicación de la doctrina de la STC 34/2023, el Ministerio Fiscal también discutió la legitimación activa de la recurrente. En el FJ único se rechazó el óbice: «Se constata que la demandante ha intervenido como parte en la vía judicial previa, sin que se haya objetado su legitimación para impugnar en apelación el auto de instancia, y de que tiene la condición de hija y guardadora de hecho de la persona titular de los derechos fundamentales invocados, aquejada de enfermedad que la incapacita para la toma de decisiones. Estas circunstancias resultan suficiente conforme a la jurisprudencia constitucional establecida sobre los arts. 162.1 b) CE y 46.1 b) LOTC, que, como se indicó en la STC 38/2023, de 20 de abril, FJ 2, ha reconocido la legitimación del tutor legal de su madre y la legitimación del padre del titular de un derecho fundamental, con independencia de que dicho progenitor estuviera o no en el ejercicio de la patria potestad, cuando el hijo se hallaba aquejado de una discapacidad (STC 174/2002, de 9 de octubre, FJ 4), o la de los guardadores de hecho de una persona menor de edad que se encuentra a su cargo (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 2)».

12.5. Invocación de la vulneración en la vía judicial: SSTC 111/2022 y 79/2023

La infracción del principio de subsidiariedad del recurso de amparo por no haber denunciado «formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello» [art. 44.1 c) LOTC], fue alegado y desestimado en los recursos siguientes:

a) En la STC 111/2022, sobre discriminación por denegación de la incapacidad permanente de persona jubilada anticipadamente, el Ministerio Fiscal sostuvo la inadmisibilidad del recurso por falta de invocación en la vía judicial de la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación.

El Tribunal, tras recordar la doctrina de que la admisión de un recurso no subsana la omisión de los requisitos necesarios para la viabilidad de la acción, cuyo cumplimiento puede examinarse de oficio o a instancia de parte y revisarse, en consecuencia, aquella decisión inicial de admisión comprobó que la parte recurrente no había invocado expresamente la infracción del art. 14 CE. Pero, acto seguido, reiteró que, conforme a su doctrina, «si bien la invocación formal exigida por el art. 44.1 c) LOTC no supone, necesaria e inexcusablemente, la cita concreta y numérica del precepto de la Constitución en el que se proclaman el derecho o derechos supuestamente vulnerados (ni siquiera la mención de su *nomen iuris*), tal invocación ha de efectuarse de manera que se cumpla la finalidad perseguida con aquel requisito, ofreciendo base suficiente para que en la vía judicial pueda entrarse a conocer de las concretas vulneraciones que después puedan ser aducidas en el recurso de amparo (SSTC 53/2012, de 29 de marzo, FJ 2, y 117/2014, de 8 de julio, FJ 3)».

Y, en este caso, concluyó que «la controversia jurídica planteada en esta demanda de amparo coincide (como también advierte el fiscal) con lo que ha sido objeto de debate en la vía judicial, esto es, si la situación de jubilación anticipada puede justificar la denegación de las prestaciones de incapacidad permanente reclamadas tan solo en los casos en que aquella se produzca por discapacidad», de modo que los órganos judiciales tuvieron «la oportunidad de pronunciarse sobre la eventual infracción constitucional que ahora se aduce (discriminación por motivos de discapacidad) y, en su caso, repararla, lo que ha de conducir a rechazar el óbice procesal de falta de invocación previa [art. 44.1 c) LOTC] alegado por el fiscal».

b) En la STC 79/2023 (despido disciplinario por motivos políticos), FJ 2 b), la entidad bancaria alegó que «el objeto del recuso habría de limitarse exclusivamente a examinar la eventual infracción del derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), al ser este el único precepto citado en la demanda de amparo, sin tener en cuenta este tribunal otros derechos fundamentales invocados en la vía judicial para fundamentar la demanda de despido: el derecho a la igualdad (art. 14 CE), la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], el derecho de reunión (art. 21 CE) y la libertad sindical (art. 28.1 CE)».

El óbice procesal no prosperó. La sentencia recuerda la doctrina general de que «[b]asta con que las alegaciones formuladas por la parte recurrente permitan a este tribunal identificar los términos del debate y las circunstancias de la violación del derecho fundamental o del agravio denunciado, de tal modo que podamos pronunciarnos sobre la cuestión que se nos plantea y reparar, en su caso, la vulneración denunciada (entre otras, STC 41/2012, de 29 de marzo, FJ 4). A estos efectos resulta que, aun cuando la parte recurrente no hace alusión alguna en su demanda de amparo a su condición de representante de los trabajadores, ni tampoco a la lesión de los derechos a la igualdad (art. 14 CE) y a la libertad sindical (art. 28.1 CE), sí denuncia el hecho de que su empleadora le haya sancionado por la expresión de sus ideas y por haber participado en una manifestación en la que aquellas se publicitaron colectivamente, con la consiguiente afectación de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de reunión también reconocidos constitucionalmente [arts. 20.1 a) y 21 CE]».

12.6. Impugnación de la especial trascendencia constitucional del recurso: STC 79/2023

La falta de trascendencia constitucional del recurso de amparo o la ausencia de justificación de este requisito una vez que la demanda ha sido admitida se suelen invocar como motivo de desestimación.

Así sucedió en la STC 79/2023 (despido disciplinario por motivos políticos), cuyo FJ 2 b) rechazó la concurrencia de este óbice tras la admisión. En la sentencia se puso de manifiesto la novedad del caso y se subrayó, desde el punto de vista de la carga probatoria, «que quien niega la concurrencia de aquel requisito tiene la carga de argumentar las razones por las cuales considera que la lesión denunciada carece de la necesaria importancia para la interpretación de la Constitución, para su apli-

cación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales [art. 50.1 b) LOTC], especialmente cuando el planteamiento del óbice se produce en un momento en el que ya se ha adoptado una decisión de admisión por parte de este tribunal (…), derivada de un enjuiciamiento inicial sobre su concurrencia».

12.7. Orden de examen de las quejas en recursos de amparo mixtos: SSTC 103/2022, 47/2023 y 78/2023

a) STC 103/2022, FJ 1 (detenido sin asistencia letrada en comisaría e inadmisión de plano de *habeas corpus*): «Dado el carácter del presente recurso de amparo, para dar respuesta a las quejas de forma ordenada, hemos de proceder conforme a la lógica de la mayor retroacción, asegurando así la más amplia tutela de los derechos fundamentales (SSTC 152/2015, de 6 de julio, FJ 3; 56/2019, de 6 de mayo, FJ 2; 181/2020, de 14 de diciembre, FJ 2, y 49/2022, de 4 de abril, FJ 3). Conforme a este criterio, en primer lugar, resolvemos la queja dirigida contra el proceder policial, por no haber actuado del modo exigido para que al demandante le fuera efectivamente asignado un abogado de oficio que le asistiera en sede policial (art. 43 LOTC); y seguidamente, abordaremos las denuncias formuladas contra la actuación del órgano judicial (art. 44 LOTC)».

b) STC 47/2023, FJ 1 c) (expulsión de extranjeros): «La naturaleza mixta del recurso de amparo interpuesto determina que se examine, en primer término, la queja relativa a la vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora que se atribuye al decreto de expulsión y a las distintas resoluciones judiciales que lo confirmaron. Su eventual estimación facilita una solución más temprana del recurso y haría innecesario el examen de la queja relativa a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (SSTC 140/2009, de 15 de junio, FJ 1, y 131/2016, de 18 de julio, FJ 4)».

c) La STC 78/2023, FJ 4 a), calificó como «mixto» el recurso de amparo que interpuso la mujer que fue derivada para abortar desde el servicio de salud de su comunidad autónoma a una clínica privada de otra comunidad. Dicha calificación «determina que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal (entre otras muchas, STC 56/2019, de 6 de mayo, FJ 2), hayan de examinarse, en primer lugar, las vulneraciones de

derechos fundamentales que se imputan a la administración y solo en el caso de que estas quejas fueran desestimadas se analizarían las vulneraciones de derechos fundamentales que se atribuyen a los órganos judiciales».

12.8. Posibilidad de examinar los hechos: STC 78/2023

El Tribunal Constitucional debe atenerse, como regla, a los hechos declarados probados en las resoluciones judiciales [art. 44.1 b) LOTC], y puede examinar los hechos en los recursos de amparo contra las actuaciones de la administración (art. 43 LOTC). Pero esta última posibilidad no significa que «pueda desconocer los hechos que los órganos judiciales han considerado probados al enjuiciar las vulneraciones de derechos fundamentales que se imputan a la administración. Estos hechos han de respetarse en todo caso, salvo, obviamente, cuando se acuda en amparo aduciendo que el órgano judicial ha incurrido en error patente, arbitrariedad o irrazonalibidad en la apreciación de los hechos. Cuestión distinta es que partiendo de tales hechos se puedan realizar inferencias o valoraciones jurídico-constitucionales diferentes. Como afirmó la STC 56/2019 en lo concerniente a las vulneraciones atribuidas a la administración, este tribunal no está vinculado por las valoraciones fácticas realizadas en la jurisdicción ordinaria, pero sí lo está, salvo la excepción apuntada, en lo concerniente a la determinación de los hechos» [STC 78/2023, FJ 4, c)].

12.9. Alcance del control de las vulneraciones de derechos sustantivos: SSTC 143/2022 y 79/2023

a) La revisión de la conformidad de la situación de prisión provisional con el art. 17 CE «no se reduce a la mera comprobación de que los interesados han quedado judicialmente tutelados —que la interpretación no es arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto del error patente— sino que comporta la comprobación de que se ha respetado el derecho a la libertad, lo que exige que la aplicación de la legalidad ordinaria […] resulte fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución (STC 207/2000, de 24 de julio, FJ 5). En este sentido, hemos de decir que, aunque la Ley de enjuiciamiento criminal no establece de forma precisa el *dies a quo* y, por lo tanto, la determinación del momento a partir del cual se cuentan los plazos de prisión provisional corres-

ponde a los órganos judiciales ordinarios, es competencia de este tribunal revisar la razonabilidad de la decisión adoptada así como su adecuación al valor preferente del derecho a la libertad (art. 17.1 CE) y a las exigencias derivadas de toda medida cautelar que suponga una privación de aquella» [STC 143/2022, FJ 6 a)].

b) El análisis del respeto de la libertad ideológica no se limita a «ser un control meramente externo de la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial impugnada». Alcanza a la aplicación inmediata a los hechos probados de la doctrina constitucional sobre el derecho en juego «para determinar si se ha realizado una ponderación adecuada que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental (…) y de las obligaciones que puedan modularlo (…). Y aunque para ello sea necesario utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones que hayan pronunciado» [STC 79/2023, FJ 2 b)].

12.10. Enjuiciamiento de la vulneración tomando como referencia textos internacionales sobre derechos y libertades: STC 78/2023

La STC 78/2023, FJ 4 d), con cita expresa de la STC 126/2009, de 21 de mayo, FJ 3, advierte de que al Tribunal «no le corresponde, al conocer del recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia, *per se*, de textos internacionales que obliguen a España en materia de derechos humanos, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional (arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC), sin perjuicio de que, por mandato del art. 10.2 CE, deban ser interpretados tales preceptos de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España».

12.11. Petición de indemnización: STC 78/2023

La resolución de un recurso de amparo «no puede tener más alcance que el de examinar si las resoluciones impugnadas han incurrido o no en

las vulneraciones de derechos fundamentales que les imputa la recurrente en amparo, sin que corresponda al Tribunal pronunciarse sobre si procede o no reconocerle la indemnización reclamada. Esta es una cuestión de legalidad ordinaria cuyo análisis es ajeno a la jurisdicción constitucional» [STC 78/2023, FJ 4, b)].

12.12. Petición de informe al CGPJ y a la FGE: STC 103/2022

El recurrente que vio estimado su recurso de amparo por haberse rechazado de plano su solicitud de *habeas corpus* solicitó que el Tribunal «[informase] al Consejo General del Poder Judicial y a la Fiscalía General del Estado respecto de la actuación del órgano judicial y de la Fiscalía interviniente, por si hubieran incurrido en algún tipo de responsabilidad. En sintonía con lo alegado por la fiscal no procede acceder a lo interesado, pues esa petición excede del objeto del presente recurso de amparo y del contenido propio de la sentencia que lo resuelve, sin perjuicio de que el recurrente o el Ministerio Fiscal decidan informar a esos organismos sobre lo acontecido en la vía judicial» (STC 103/2022, FJ 4).

D

Crónica de jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y garantías constitucionales del proceso

ROBERTO ALONSO BUZO

SUMARIO

Introducción

1. Derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE
   1.1. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción
      1.1.1. Indebida constitución de la relación procesal: emplazamiento defectuoso
         a) Emplazamiento en la dirección electrónica habilitada
         b) Emplazamiento mediante edictos
      1.1.2. Resoluciones judiciales que impiden la efectiva impugnación del decreto de la fiscalía de menores sobre determinación de la edad
      1.1.3. Derecho de acceso a la jurisdicción como derecho de configuración legal que el legislador puede someter al cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos. (Carencia de competencia jurisdiccional y principio *non bis in idem*)
      1.1.4. Derecho de acceso a la jurisdicción y el cumplimiento de los requisitos previstos en la LOTC
         a) Agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo
         b) Extemporaneidad en la interposición del recurso de amparo
         c) Pérdida sobrevenida de objeto en una cuestión de inconstitucionalidad

1.1.5. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a obtener una investigación exhaustiva y eficaz
1.2. El derecho de acceso al recurso
1.2.1. Obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho a la asistencia jurídica gratuita reconocida también en fase de apelación
1.2.2. Casación autonómica en la jurisdicción contencioso-administrativa
1.2.3. Recurribilidad de las resoluciones dictadas por el Letrado a la Adminsitración de Justicia
1.2.4. bis Control judicial de las decisiones de los letrados de la administración de justicia mediante el recurso de revisión habilitado por la jurisprudencia constitucional. La proyección de la jurisprudencia constitucional a los supuestos de cosa juzgada apreciados en el art. 40.1 LOTC como límite a las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes
1.3. Derecho a obtener una resolución congruente, motivada y fundada en derecho, no incursa en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente
1.3.1. Derecho a una resolución motivada y fundada en derecho
1.3.2. Derecho a una resolución congruente
1.3.3. Derecho a una resolución no incursa en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente
1.4. Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión

2. Las garantías constitucionales del proceso del art. 24.2 CE

2.1. Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley
2.2. Derecho a la defensa. Audiencia al menor
2.3. Derecho a la asistencia letrada
2.4. Derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas
2.5. Derecho a un proceso con todas las garantías
2.5.1. Derecho a la doble instancia penal
2.5.2. Derecho a un juez imparcial
2.6. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa
2.7. Derecho a la presunción de inocencia

3. Una breve conclusión

Introducción

Esta crónica tiene por objeto la exposición de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España sobre el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de nuestra Carta Magna en el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2022 y el 31 de julio de 2023.

Como viene siendo habitual, el artículo 24 de la CE es el fundamento de la mayoría de las demandas de amparo en este periodo, en unas ocasiones como único derecho invocado y, en otras, junto con otros derechos fundamentales supuestamente vulnerados. Por este motivo, las resoluciones en las que la posible lesión del derecho a la tutela judicial efectiva se limite a complementar, o acompañar de forma más o menos superflua, un derecho fundamental sustantivo, aparecerán con mayor detalle en la parte de la crónica en la que se expone la jurisprudencia sobre derechos fundamentales sustantivos. Ejemplos de estos supuestos, que, no obstante, pueden quedar en esta parte de la crónica meramente reseñados, serían las SSTC 132/2022, de 24 de octubre, 4/2023, de 20 de febrero, 32/2023, de 17 de abril o 64/2023 de 25 de junio. Por el contrario, se recogen en esta sección de la crónica de jurisprudencia constitucional aquellas resoluciones de amparo en las que el derecho fundamental sustantivo aparece de manera accesoria a la vulneración del derecho del artículo 24 CE.

La metodología utilizada en el análisis de las diferentes resoluciones difiere y, por ello, se ha prescindido de un modelo cerrado o rígido en el que se examinen aparatados específicos dedicados a óbices procesales, especial trascendencia constitucional, antecedentes de hecho o fundamentos de derecho. De esta forma, cada resolución se analiza siguiendo un criterio más libre y atendiendo a aquello que en cada supuesto se ha

considerado que pueda tener una mayor relevancia constitucional. Así, de esta forma se observará que habrá ocasiones en que no se analizan detalladamente los hechos que da lugar a la resolución, sino la doctrina que sobre la materia viene aplicando el Tribunal Constitucional, esto ocurrirá en las llamadas sentencias de aplicación de doctrina o, por el contrario, será en otros casos más relevante atender precisamente a los hechos que dieron lugar a un determinado pronunciamiento. Incluso, se considera oportuno en contadas ocasiones referirse a la especial trascendencia constitucional del recurso, a determinados óbices procesales o hacer referencia a los votos particulares de la resolución.

En definitiva, la intención ha sido que la sección de estas crónicas de jurisprudencia acerca del artículo 24 CE sirva de consulta a sus habituales destinatarios, juristas bastante familiarizados y conocedores de la jurisprudencia constitucional, pero, a su vez, también pueda ser una fuente interesante para otro público menos experto en la materia que quiera conocer acerca de la tutela judicial efectiva e interdicción de la indefensión, vertientes o facetas del mismo que presentan novedad o trascendencia constitucional, y que justificadamente ocupan gran parte de la labor de nuestro Supremo Intérprete Constitucional.

Respecto a la sistematización de las resoluciones, se parte de una primera gran clasificación, aunque se ha de reconocer que a veces no es tan nítida, entre el primer apartado del artículo 24 CE, derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, y el apartado segundo del mismo artículo, dedicado a las específicas garantías constitucionales del proceso.

A su vez, dentro del artículo 24.1 CE se ha tratado de realizar una exposición a partir de las diversas vertientes que integran el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión según la doctrina constitucional. Se comienza por analizar este derecho en su vertiente de acceso a la jurisdicción, justo a continuación se examina el derecho de acceso al recurso, posteriormente el conjunto de resoluciones que tratan la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a obtener una resolución congruente, motivada y fundada en derecho, no incursa en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente y, por último, aquellas resoluciones vinculadas a la prohibición de indefensión.

Por lo que respecta al apartado segundo del artículo 24 de la Constitución, se ha optado por una clasificación que atiende a la enumeración que la Carta Constitucional realiza de las diferentes garantías procesales por el orden en el que figuran mencionadas, si bien como ya advertimos, no siempre resulta fácil encuadrar en un solo apartado la vulneración denunciada y, en ocasiones, reconocida por el Tribunal, pues no son po-

cas las estimaciones de amparos en que se declara la vulneración de más de una garantía constitucional.

Por último, los materiales de apoyo para la redacción y elaboración de estas crónicas, a los que debería remitirse el lector para obtener un conocimiento más profundo o referido a otros periodos no comprendidos en este estudio, han sido: principalmente, la base de datos oficial de doctrina constitucional del Tribunal Constitucional de España, los boletines de jurisprudencia constitucional periódicamente remitida por el Servicio de Doctrina Constitucional a los letrados del Tribunal, las crónicas de jurisprudencia constitucional de años anteriores[1] y, finalmente, las secciones de doctrina de jurisprudencia constitucional publicadas en la Revista Española de Derecho Constitucional[2].

1. Derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE

1.1. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción

1.1.1. *Indebida constitución de la relación procesal: emplazamiento defectuoso*

Durante este periodo se han seguido dictando sentencias sobre lesión de la tutela judicial efectiva por emplazamiento defectuoso, ya sea por

---

[1] Por todas las anteriores, se cita la última edición, Ulloa Rubio, I.: «Crónica de jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y garantías constitucionales del proceso (art. 24 CE): la protección medial de otros derechos» en *Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. XXVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional,* XXVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Tribunal Constitucional (España), 2023.

[2] Duque Villanueva, J. C., Ortega Carballo, C., Losada González, H. y De la Quadra-Salcedo Janini, T. (2023). «*Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2022*». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 127, 233-283. doi: https://doi.org/10.18042/cepc/redc.127.08.

Elvira Perales, A. y Espinosa Díaz, A. (coords.) (2023). «*Sentencias del Tribunal Constitucional dictadas durante el primer cuatrimestre de 2023*». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 128, 163-183. doi: https://doi.org/10.18042/cepc/redc.128.06.

Duque Villanueva, J. C., Ortega Carballo, C., Losada González, H. y Quadra-Salcedo Janini, T. de la (2023). «*Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2023*». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 128, 185-236. doi: https://doi.org/10.18042/cepc/redc.128.07.

utilización inadecuada de los medios informáticos como cauce de comunicación del primer emplazamiento procesal, ya sea por emplazamiento mediante edictos de la demandada sin haber agotado las posibilidades de notificación personal.

a) Emplazamiento en la dirección electrónica habilitada

Las SSTC 109/2022, de 26 de septiembre, 120/2022, de 10 de octubre, 14/2023, de 16 de marzo, 76/2023, de 19 de junio, forman parte de la serie, que iniciara la STC 40/2020, recurso de amparo cabecera de esta serie, sobre inadecuada utilización de los medios informáticos como cauce de comunicación del primer emplazamiento procesal.

Prescindiendo en este supuesto de los hechos que dieron lugar a cada uno de los diferentes pronunciamientos, ya que se trata de supuestos idénticos a los de la STC 40/2020 en emplazamientos en procedimientos de ejecución hipotecaria[3], salvo la STC 14/2023 que se refiere a la comunicación del primer emplazamiento procesal de la entidad demandada en un procedimiento de reclamación de cantidad, lo interesante es que las referidas sentencias recuerdan la doctrina establecida en la STC 47/2019[4], de 8 de abril, que dispuso la estimación del recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por considerar inadecuada la utilización de la dirección electrónica habilitada como cauce de comunicación del primer emplazamiento de la entidad demandada. Si bien la ley procesal exige la obligatoriedad de la comunicación con la administración de justicia de las personas jurídicas a través de medios electrónicos, en su art. 273.3 a) y, acreditada su eficacia, produce efectos en el transcurso de tres días pese a que el destinatario no haya accedido a su contenido (art. 162.2 LEC), no obstante, cuando se trata del primer emplazamiento o citación del demandado, el régimen jurídico específicamente aplicable es el del art. 155.1.2 y 3 LEC. Así, el art. 155 LEC exige que, en el primer emplazamiento, «los actos de comunicación

[3] En esencia, se invoca en todos ellos la vulneración del art. 24.1 CE por la falta de notificación personal de la demanda de ejecución, al haberse otorgado virtualidad a un correo electrónico que carece de los requisitos de una notificación procesal, por lo que limitaba el derecho a la oposición.

[4] Véase Zaragoza Tejada, J. I. «Crónica de Jurisprudencia Constitucional (2019-2020) sobre los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías ex artículo 24 CE» en *Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea* XXVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Tribunal Constitucional (España), 2021.

se harán por remisión al domicilio de los litigantes», estableciendo el párrafo segundo la obligación de hacer constar en la demanda o en la petición o solicitud con que se inicie el proceso», «el domicilio del demandado, a efectos del primer emplazamiento o citación de este». Y, asimismo, deberán presentarse en soporte papel «los escritos y documentos que se presenten vía telemática o electrónica que den lugar al primer emplazamiento, citación o requerimiento del demandado».

La redacción del art. 155 LEC, y la nueva redacción de su apartado segundo, y del art. 273 LEC por la Ley 42/2015 que reforma la Ley 1/2000 LEC, y el fundamento jurídico 4 de la sentencia STC 6/2019, configuran la utilización de los medios electrónicos con la administración de justicia como un derecho-obligación, y especialmente con referencia las personas jurídicas, de acuerdo con lo establecido en el art. 4 a) del Real Decreto 1065/2015. En este sentido, recuerda la STC 27/2019 que «(iii) Como excepción, no se ha de llevar a cabo por medios electrónicos la comunicación al demandado aún no personado en el procedimiento, en cuanto al acto de citación o emplazamiento, conforme a lo previsto en el artículo 155.1 LEC, los cuales «se harán por remisión al domicilio de los litigantes», regla que también opera en el proceso laboral (art. 53.1 LJS) y de hecho así se hizo en la causa a quo». Recuerda además esta sentencia la doctrina constitucional en relación con los actos de comunicación, y la importancia para la efectividad no solo del derecho de acceso a la jurisdicción, sino también del derecho al recurso, lo que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), y con ello, el derecho al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y de ejercitar la defensa de los derechos e intereses legítimos, con respeto de los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales. Ello impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en el cumplimiento efectivo de las normas reguladoras de los actos de comunicación procesal, cuidando siempre de asegurar que las notificaciones, citaciones, emplazamientos, y en su caso, requerimientos, lleguen a sus destinatarios para evitar la indefensión y darles así la oportunidad de actuar en defensa de sus derechos e intereses.

La STC 147/2022, de 28 de noviembre, otorga el amparo al apreciar vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión causada por las notificaciones cursadas por la Agencia Tributaria en procedimiento de liquidación. Las notificaciones se remitieron a la dirección electrónica de la empresa concernida, a la que no se había hecho saber que las comunicaciones se cursarían por vía digital.

La Agencia Tributaria notificó a la sociedad ahora recurrente en amparo su inclusión en el servicio de notificación electrónica obligatoria. Esta notificación fue recogida por la hija menor de edad del administrador único, quien carecía de relación alguna con la sociedad. Posteriormente, la Agencia Tributaria comenzó un procedimiento de comprobación limitada que anunció en la sede electrónica, a la que el administrador no tenía acceso.

Se otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. La notificación sobre su inclusión en el servicio de notificación electrónica fue defectuosa, pues no puede asegurarse que la hija le entregase la notificación al padre, y el administrador único no entró en la sede electrónica en ningún momento ni tampoco accedió a las comunicaciones electrónicas que se le enviaban. Al no tener conocimiento del proceso, no pudo recurrir ni en vía administrativa ni en contenciosa, por no haber planteado los recursos en plazo. La sentencia anula el acto de liquidación efectuado por la Agencia y las resoluciones que inadmitían el recurso.

b) Emplazamiento mediante edictos

Las SSTC 107/2022, 110/2022, 112/2022, 131/2022, 139/2022, 140/2022, 27/2023, 28/2023, 41/2023, reiteran la doctrina sobre indefensión causada por defectos padecidos en el emplazamiento de la demandada.

La SSTC 107/2022, de 26 de septiembre, 112/2022, **de 26 de septiembre, 131/2022, de 24 de octubre, 139/2022, de 14 de noviembre, 140/2022, de 14 de noviembre, 27/2023, de 17 de abril, 28/2023, de 17 de abril, 41/2023, de 8 de mayo,** recogen la doctrina sobre la vulneración causada en el emplazamiento mediante edictos de la demandada sin haber agotado las posibilidades de notificación personal. Recuerda la doctrina recogida en la STC 122/20213, FJ 3 que: i) cuando del examen de los autos o de la documentación aportada por las partes se deduzca la existencia de un domicilio que haga factible practicar de forma personal los actos de comunicación procesal con el demandado, debe intentarse esta forma de notificación antes de acudir a la notificación por edictos» y que (ii) incluso cuando no conste ese domicilio en las actuaciones, habría que realizar otras gestiones en orden a la averiguación del domicilio real, siempre que ello no suponga exigir al órgano judicial una desmedida labor investigadora sobre la efectividad del acto de comunicación (entre otras, STC 131/2014, de 21 de julio, FJ 2).

La **STC 110/2022, de 26 de septiembre,** se refiere a la falta de emplazamiento personal de quien no había sido notificado en el proceso

monitorio previo y aplica la doctrina de la STC 110/2008. En este último caso se consideró que el órgano judicial no veló por la correcta constitución de la relación jurídica procesal al despachar la ejecución, ya que la demanda de ejecución fue trasladada a quien había actuado como procurador del ejecutado en el previo proceso de separación tres años antes.

Esta Sentencia fue posteriormente corregida mediante el auto 134/2022, de 1 de diciembre, advertida una evidente incoherencia interna obligó a dictar esta nueva resolución.

La **STC 28/2023, de 17 de abril**, se refiere nuevamente a un emplazamiento mediante edictos del demandado sin agotar las posibilidades de notificación personal y aplica la doctrina de la STC 119/2020. En este caso se notificó por edictos al demandante de amparo sin haber agotado previamente las posibilidades razonables de averiguación de su domicilio real para proceder a la notificación personal, vulnerándose así su derecho a la tutela judicial sin indefensión. El órgano judicial se limitó a reiterar infructuosos intentos de notificación en el domicilio indicado por la parte actora y se conformó con la información proporcionada por la Tesorería General de Seguridad Social.

Finalmente, la **STC 41/2023, de 8 de mayo,** declaró la vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión por el emplazamiento mediante edictos de la demandada en procedimiento por despido, sin agotar las posibilidades de notificación personal en el centro de trabajo que figuraba en las actuaciones. Nuevamente se otorga el amparo en aplicación de consolidada doctrina, cita la STC 181/2021, sobre agotamiento de todos los medios de comunicación personal por parte del órgano judicial antes de acudir al emplazamiento edictal en procedimientos de despido y subsiguiente ejecución. En este caso, el órgano judicial se limitó a reiterar infructuosos intentos de notificación en el domicilio indicado por la parte actora, a pesar de que la dirección del centro de trabajo constaba en las actuaciones, y que, en esta última, la demandante de amparo había sido notificada en otro procedimiento que se seguía coetáneamente en el mismo juzgado.

1.1.2. *Resoluciones judiciales que impiden la efectiva impugnación del decreto de la fiscalía de menores sobre determinación de la edad*

La **STC 130/2022, de 24 de octubre**, otorgó el amparo respecto de sendas resoluciones judiciales que impidieron la fiscalización efectiva

del decreto de fiscalía declarando la mayoría de edad del solicitante de amparo.

Alegaba el demandante de amparo que su intención en el escrito inicialmente presentado fue oponerse a la eventual decisión que pudiera adoptarse atendiendo a la fecha de nacimiento del recurrente fijado ya en ese momento en el decreto de determinación de la edad de Fiscalía. El auto judicial combatido le había negado el acceso a la jurisdicción por haber incurrido el juzgado de primera instancia en un error patente, consistente en confundir este escrito con la demanda propiamente dicha. Este error ha traído como consecuencia una denegación de acceso al procedimiento que le ha impedido no solo oponerse a la resolución de cierre del expediente de desamparo adoptada por la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia (que no le fue notificada hasta un momento posterior a la interposición del escrito de oposición ante el juzgado), sino también impugnar, por vía indirecta, el decreto de la Fiscalía de Menores de Barcelona, que determinaba su fecha de nacimiento, y, consiguientemente, su edad.

Para el Tribunal Constitucional presenta especial trascendencia constitucional al producirse la vulneración del art. 24.1 CE en el marco de un proceso especial (art. 780 LEC[5]) sobre el que no hay pronunciamiento alguno. Además, este proceso sirve como vehículo indirecto para la impugnación de los decretos de determinación de edad dictados por el Ministerio Fiscal, de los que depende la fijación, a todos efectos legales, de una de las señas de identidad básicas de la propia persona (su fecha de nacimiento), que afecta a la definición de su estatuto jurídico como persona titular de derechos fundamentales. La vulneración, por último, se vincula a un supuesto especial de inadmisión *a limine*.

Interpreta el Tribunal que la inadmisión del juzgado vedó el acceso a la jurisdicción del recurrente en amparo impidiendo una decisión sobre

[5] La tramitación de este procedimiento viene regulado en los apartados 2 y 4 del artículo 780 LEC*: «2. El proceso de oposición a una resolución administrativa en materia de protección de menores se iniciará mediante la presentación de un escrito inicial en el que el actor sucintamente expresará la pretensión y la resolución a que se opone. En el escrito consignará expresamente la fecha de notificación de la resolución administrativa y manifestará si existen procedimientos relativos a ese menor. 3. El letrado de la administración de justicia reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de diez días. La entidad administrativa, podrá ser requerida para aportar al Tribunal antes de la vista, las actualizaciones que se hayan producido en el expediente del menor. 4. Recibido el testimonio del expediente administrativo, el letrado de la administración de justicia, en el plazo máximo de cinco días, emplazará al actor por diez días para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a lo previsto en el art. 753. El Tribunal dictará sentencia dentro de los diez días siguientes a la terminación del juicio».*

el fondo. Dicha inadmisión, además de carecer de apoyo legal, resulta desproporcionada atendiendo a los fines perseguidos y los intereses que se sacrifican. La decisión de la Audiencia Provincial, al desestimar el recurso de apelación, alcanza también a cuestiones de fondo, de modo que no se respetaron, señala el TC, el derecho de defensa ni las garantías procesales, ni, de forma especial, los principios de contradicción e igualdad de armas, del recurrente, ni tampoco su derecho a ser oído.

Recuerda la sentencia la jurisprudencia del TEDH según la cual, si un menor, o quien razonablemente alega serlo, resulta erróneamente identificado como adulto, se podrían llegar a producir graves vulneraciones en sus derechos. En el caso examinado la Audiencia se limitó a asumir que el apelante era ya mayor de edad sin haberle dado siquiera una oportunidad real para impugnar la edad atribuida en el decreto, que era lo que pretendía a través del procedimiento del art. 780 LEC, sin mediar un debate contradictorio, sin haber dado tampoco la oportunidad de presentar pruebas tendentes a rectificar la edad establecida en el decreto de la Fiscalía.

En la **STC 40/2023, de 8 de mayo,** el Tribunal Constitucional vuelve a aplicar la doctrina de la sentencia anterior (STC 130/2022) al considerar nuevamente vulnerado el derecho a la tutela judicial en su vertiente de acceso a la jurisdicción con motivo de la resolución judicial que impide la efectiva impugnación del decreto de la fiscalía de menores sobre determinación de la edad al dar por concluso el procedimiento fundándose en que el demandante habría alcanzado la mayoría de edad.

En este supuesto al demandante de amparo se le denegó la medida de protección de tutela por haber decretado su mayoría de edad el Ministerio Fiscal. El recurrente impugnó esta decisión iniciando un procedimiento civil especial de oposición a medidas de protección de menores. El juzgado, en decisión luego confirmada por la Audiencia Provincial en apelación, archivó este procedimiento por pérdida de objeto, al considerar que el demandante no tenía interés legítimo en un proceso sobre tutela de menores al haber alcanzado la mayoría de edad según la documentación que él mismo aportaba.

1.1.3. *Derecho de acceso a la jurisdicción como derecho de configuración legal que el legislador puede someter al cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos. (Carencia de competencia jurisdiccional y principio* non bis in idem)

La **STC 1/2023, de 6 de febrero,** deniega el amparo solicitado por una supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su

vertiente del derecho de acceso al proceso, ya que considera ajustadas las resoluciones judiciales que, ponderando la mejor posición de las autoridades judiciales alemanas para conocer de los hechos, remiten el procedimiento a la fiscalía de Braunschweig (Alemania).

Se desestima el amparo interpuesto por una asociación que había formulado querella contra Volkswagen Audi España, SA, Volkswagen Navarra y SEAT, SA, así como contra sus respectivos presidentes, por la presunta comisión de delitos contra los consumidores, contra el medio ambiente, estafa, fraude, falsedad documental y contra la hacienda pública. Impugnaban el auto por el que se acordaba la remisión del procedimiento a la Fiscalía de Alemania Para la asociación recurrente, los órganos jurisdiccionales intervinientes incurrieron en una interpretación «manifiestamente errónea o irrazonable» del art. 54 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen, en cuanto a la aplicación del principio non bis idem, privando a las víctimas españolas de su derecho de participación activa en el proceso penal, que les reconoce el art. 3 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito, «debido a las dificultades y costes que entrañaría la personación en un procedimiento de estas características en Alemania».

Recuerda la resolución que el derecho de acceso a la jurisdicción es un derecho de configuración legal que el legislador puede someter al cumplimiento de ciertos requisitos o presupuestos en orden a preservar otros derechos o fines legítimos. En el caso concreto considera la carencia de competencia jurisdiccional y la aplicación del principio *non bis in idem*.

El TC no comparte la queja de los demandantes. Considera que, analizados los razonamientos contenidos en las resoluciones impugnadas, se sostiene razonadamente que en los hechos denunciados concurría identidad fáctica, toda vez que los hechos objeto de los procedimientos incoados en Alemania y España se encuentran «indisolublemente ligados entre sí, con independencia de su calificación jurídica o del interés jurídico protegido», consistiendo en la manipulación del software incorporado a determinada clase de motores, que tenía como efecto reducir las emisiones contaminantes emitidas por dichos motores cuando el referido programa informático detectaba que el vehículo estaba en un banco de pruebas. A la misma conclusión llega el TC en relación con la identidad subjetiva. Si bien la recurrente introduce la eventual responsabilidad en los procesos de «homologación» y «conformidad en la producción» de los vehículos fabricados en España, como se razona por los órganos judiciales, las investigaciones efectuadas en España no han permitido

identificar persona física alguna que, desarrollando su actividad en España, fuera consciente de la manipulación advertida. Y, finalmente, en cuanto a la identidad de fundamento, tampoco encuentra diferencia relevante.

Por todo ello, entiende el TC cumplidos los presupuestos para la aplicación del principio non bis in idem y desestima las quejas relativas a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso al proceso, formuladas por la recurrente.

1.1.4. *Derecho de acceso a la jurisdicción y el cumplimiento de los requisitos previstos en la LOTC*

a) Agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo

La **STC 6/2023, de 20 de febrero,** inadmite un recurso de amparo promovido sin haber agotado la vía judicial previa, pues al momento de su interposición se hallaba pendiente de resolución un recurso de apelación.

Por su parte, en la **STC 82/2023, de 3 de julio**, en el que se alegaba, entre otros, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, se inadmite el recurso de amparo por haberse planteado sin haber agotado la vía judicial previa.

Se discutía en este supuesto si la resolución impugnada era «un recurso de amparo parlamentario», al ser calificado el acuerdo de la secretaria general recurrido —en coherencia con ello— de «decisión parlamentaria» o de «acto parlamentario dictado por la secretaria general» o, por el contrario, tratarse de una «decisión administrativa», cuya impugnación no cabría por la vía del artículo 42 LOTC y, por ello, requeriría haber agotado previamente la vía judicial.

Concluye el Tribunal Constitucional, en este supuesto, que la impugnación que aquí se hace del acuerdo de la secretaria general del Parlamento de Cataluña debiera considerarse incoada a través del recurso de amparo disciplinado en el art. 43 LOTC, sin perjuicio, claro está, del inexcusable cumplimiento de sus presupuestos procesales. Por ello, inadmite el recurso de amparo interpuesto en vía constitucional acudido a esta vía constitucional sin haber agotado la que la jurisdicción ordinaria (art. 43.1 LOTC, último inciso).

b) Extemporaneidad en la interposición del recurso de amparo.

La **STC 33/2023, de 18 de abril**, inadmite el recurso por extemporáneo al haberse presentado fuera del plazo fijado para actos de la Administración conforme al art. 43 LOTC.

Los hechos vienen referidos a la resolución del expediente administrativo por el que el director general de la Policía de la Generalitat de Cataluña autorizó la publicación en la página web de la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra las fotografías de sesenta y ocho personas implicadas todas ellas en las investigaciones policiales relativas a hechos que tuvieron lugar los días 29 y 30 de marzo de 2012 en Barcelona. En esa fecha, se habían producido actos vandálicos que causaron daños en bienes y lesiones a varias personas, y los mismos eran objeto de las investigaciones policiales llevadas a cabo por los Mossos d'Esquadra.

Según se sostiene en la demanda de amparo, en cumplimiento de la citada autorización y bajo el título «Colaboración ciudadana contra la violencia urbana», se publicó en la página web de la policía autonómica el siguiente texto: «La policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra pide colaboración [*sic*] de los ciudadanos para que aporten información que permita la identificación de la siguiente persona, de la cual la [Policía de la Generalitat] dispone de elementos de incriminación de su participación en actos delictivos o vandálicos. La vulneración ilegítima de sus derechos fundamentales se habría producido, de acuerdo con la demanda, por la publicación de su fotografía en la página web de la policía autonómica.

Formulan sendos votos particulares las magistradas Sra. Balaguer y Sra. Segoviano, adhiriéndose a este último el Sr. Sáez. El primero destaca los aspectos sustanciales del recurso sobre los que hubiera sido conveniente pronunciarse, mientras que el segundo incide en los aspectos procesales estimando que debería haber imperado el principio *pro actione.*

En la **STC 48/2023, de 10 de mayo**, se inadmitió la demanda en la que se discutía la posible existencia de una vulneración del derecho a la tutela judicial, a la defensa y a un proceso con todas las garantías en relación con diversas resoluciones adoptadas por la Audiencia Nacional combatidas por el recurrente de amparo, quien encontrándose huido solicitó la personación en el procedimiento seguido contra él.

En este supuesto el Tribunal Constitucional aprecia el óbice de extemporaneidad y vuelve a recordar que el plazo de interposición del recurso de amparo no puede entenderse suspendido o prolongado artifi-

cialmente a través del manifiestamente improcedente incidente de nulidad de actuaciones.

c) Pérdida sobrevenida de objeto en una cuestión de inconstitucionalidad

Se ha considerado oportuno, a pesar de su escasa vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva, introducir la siguiente sentencia que deriva de una cuestión de inconstitucionalidad porque, a juicio del órgano que la plantea, los preceptos que fueron objeto de la cuestión se consideraban contrarios al derecho a la tutela judicial efectiva.

Así, la STC 66/2023, de 6 de junio, desestimó por desaparición sobrevenida de su objeto la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un juzgado de primera instancia de Barcelona respecto de los preceptos que impiden la suspensión de la ejecución por prejudicialidad civil.

En concreto, los preceptos objeto de la cuestión de inconstitucionalidad fueron los artículo 565 y 557 de la LEC cuyo «efecto combinado» a juicio del órgano que plantea la cuestión al no prever entre los supuestos en los que cabe acordar la suspensión de la ejecución la prejudicialidad civil, ni establecer tampoco como una causa de oposición a la ejecución el de la nulidad del título ejecutivo por vicio del consentimiento, lleva a la necesidad de denegar la suspensión solicitada, permitiendo la ejecución de un crédito mientras se discute en un procedimiento declarativo la validez del título que lo sustenta, de modo que estos artículos vulneran los arts. 9.3 y 24.1 CE. En resumen, a su juicio, sería necesario permitir la suspensión mientras se resuelve dicha cuestión en el procedimiento declarativo, porque podría ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, y también arbitrario, que un tribunal no pueda suspender la ejecución mientras se está enjuiciando si el título que se ejecuta es o no es conforme a derecho.

Pues bien, el Tribunal Constitucional de conformidad con las consideraciones del abogado del Estado y del fiscal general del Estado apreció una pérdida sobrevenida de la relevancia de dichos preceptos legales para la resolución de la petición de suspensión de la que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad. La razón para ello fue que en el «procedimiento declarativo» se discutía exclusivamente la procedencia de una acción de responsabilidad por daños y perjuicios y no la nulidad del título que fundamenta la ejecución que tramita el órgano que planteó la cuestión de inconstitucionalidad. Ello conllevaba también, en cualquier caso, que tampoco se cumpliese el juicio de aplicabilidad. La desapari-

ción del presupuesto que llevaba al órgano judicial a sostener la necesidad de suspender el proceso de ejecución al tiempo de plantearse la cuestión de inconstitucionalidad (el proceso declarativo en el que se discutía la nulidad del título ejecutivo) implica una desaparición sobrevenida de los presupuestos de apertura del presente proceso constitucional, en particular, del juicio de relevancia.

1.1.5. *Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a obtener una investigación exhaustiva y eficaz*

La doctrina del Tribunal Constitucional sigue avanzando, por influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en materia de obligación positiva del estado en su vertiente procesal de llevar a cabo una investigación exhaustiva y eficaz, obligación que surge ante la violación o puesta en riesgo de determinados derechos que protegen algunos de los bienes jurídicos más sensibles de las personas, como la vida o la integridad física, entre otros.

La **STC 122/2022, de 10 de octubre,** recoge la doctrina sentada por la STC 34/2008 y en consonancia con esta doctrina otorgó el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a no ser sometido a torturas ni tratos inhumanos o degradantes.

En primer lugar, esta sentencia desestima la denunciada falta de agotamiento de la vía judicial previa formulada por el abogado del estado en el que se impugna la omisión judicial de llevar a cabo un reconocimiento médico para confirmar o descartar las lesiones que el demandante afirmaba haber padecido como consecuencia de supuestas torturas sufridas cuando se encontraba bajo custodia judicial. El TC considera que el hecho de que el proceso penal no hubiera concluido cuando se presentó la demanda no supone que sea prematura. En este sentido, el TC tiene en cuenta el carácter sustantivo de los derechos fundamentales en juego, la circunstancia de que el demandante había instado ante el juzgado de instancia y el órgano de apelación la práctica del reconocimiento médico, y, en fin, el dato de que los órganos judiciales tuvieron la ocasión de reparar la denunciada vulneración de derechos, mediante la práctica del reconocimiento médico solicitado o mediante la adopción de las medidas oportunas para el esclarecimiento de los hechos.

En cuanto al fondo del asunto estima el recurso de amparo del recurrente en el que alegaba que, durante la fase de instrucción en la que le

fue impuesta una medida cautelar de prisión provisional comunicada y sin fianza, ratificada y confirmada en apelación, solicitó en reiteradas ocasiones ser reconocido por un médico forense para acreditar la existencia de lesiones —que alegaba haber sufrido como consecuencia de torturas infligidas durante la detención policial, sin que tal examen tuviera lugar—. El TC considera que se produjo una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a no ser sometido a torturas ni tratos inhumanos o degradantes, ya que los órganos judiciales incumplieron con su deber de diligencia reforzada, al no adoptar las decisiones procesales pertinentes para dar apertura a una causa penal que, mediante una investigación suficiente y efectiva, permitiera despejar las dudas acerca de la realidad de las torturas o malos tratos manifestados oralmente por el demandante de amparo; entre otras, el acordar las medidas necesarias para garantizar la efectividad del derecho del recurrente a ser reconocido por el médico forense.

Por su parte, en **la STC 124/2022, de 10 de octubre**, se recoge la doctrina de la STC 53/2022 y también aquí de conformidad con aquel pronunciamiento se otorgó el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva causada por una investigación insuficiente de las lesiones padecidas por quien cubría, en su calidad de periodista, los enfrentamientos entre manifestaciones y fuerzas del orden.

En este supuesto la recurrente en amparo interpuso en su día una querella por la posible comisión de un delito de lesiones y otro cometido por un funcionario público contra los derechos individuales, mientras cubría como periodista enfrentamientos entre manifestantes y fuerzas del orden.

Declaró la sentencia que los órganos judiciales vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción y al uso de medios pertinentes de prueba para la defensa cuando sobreseyeron y desestimaron las pretensiones de la recurrente, considerando únicamente el informe recabado de las fuerzas del orden, sin practicar ninguna de las diligencias propuestas por la demandante.

Considera el TC que se vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción y al uso de medios pertinentes de prueba para la defensa, ya que los órganos judiciales no cumplieron con el deber de investigar suficientemente, que tenía un carácter reforzado en el caso atendiendo: por un lado, a la posición de superioridad institucional de las autoridades respecto de la recurrente, y, por otro, al tratarse de una periodista que se encontraba en el ejercicio de su profesión.

Reviste importancia en esta materia sobre *ius ut procedatur* el **ATC 338/2023, de 3 de julio.**

En este auto el Tribunal Constitucional admite a trámite mediante auto el recurso de amparo promovido por la asociación Coordinadora de Barrios para el Seguimiento de Menores y Jóvenes y otras en causa penal. La resolución cuenta con el voto particular de los magistrados Sr. Arnaldo y Sr. Tolosa, al que luego se hará mención.

Los hechos se refieren al procedimiento penal incoado frente a quince agentes de la Guardia Civil por la posible comisión de delitos de homicidio por imprudencia grave y denegación de auxilio. Tras diversas resoluciones la Audiencia Provincial de Cádiz acuerda el sobreseimiento libre de las actuaciones.

La demanda de amparo denuncia la vulneración, por parte de las resoluciones impugnadas, del derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) en su vertiente procesal (art. 24.1 CE), tal y como viene esta última configurada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 3 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH).

Como se ha mencionado, lo relevante de esta resolución del Tribunal Constitucional se centra en la admisión a trámite por apreciar la mayoría una trascendencia constitucional del recurso de amparo presentado. Así, para esta mayoría el recurso goza de especial trascendencia, ya que el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal. Así, argumenta el Tribunal que, a pesar de que este tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el derecho a la investigación exhaustiva y eficaz en relación con delitos de torturas y tratos inhumanos o degradantes (STC 53/2022, de 4 de abril, entre otras) y en el ámbito de la violencia de género (STC 87/2020, de 20 de julio) este canon no se ha aplicado, por el momento, respecto a supuestos de delitos cometidos contra la vida (art. 2 CEDH) que hubieran podido ser perpetrados por agentes o miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Además, la situación que se plantea en el presente supuesto divergiría especialmente de los supuestos anteriormente señalados toda vez que no estaríamos ante una resolución que supusiera una terminación anticipada de la fase de investigación judicial (supuesto al que parecen referirse las sentencias dictadas por este tribunal) sino ante un supuesto en el que, conclusa la investigación, y ante la decisión del juez de instrucción de abrir la fase intermedia por la posible comisión de un delito de homicidio y de denegación de auxilio, la Audiencia Provincial acuerda el sobreseimiento libre de las actuaciones, archivando definitivamente el procedimiento. Así, la cuestión controvertida

atañe no tanto al carácter de conclusa o no de la instrucción, sino a que la existencia de indicios razonables de delito permite plantearse si es adecuado desplazar el canon que debe aplicar este tribunal desde la obligación de desarrollar una investigación exhaustiva y eficaz al *ius ut procedatur* en su vertiente del derecho a obtener una resolución motivada. En otras palabras, no estaríamos ante un supuesto en el que se estaría debatiendo la suficiencia o no de la investigación desarrollada por el juzgado de instrucción, sino ante un supuesto en el que lo que en realidad se cuestionaría es la motivación de la Audiencia Provincial al denegar la apertura de la fase intermedia y, consecuentemente, la decisión de impedir a la acusación popular acudir al juicio oral.

El voto particular, por su parte, argumenta la falta de trascendencia constitucional del recurso planteado y, en consecuencia, estima que el recurso debió ser inadmitido. A su juicio, existe doctrina constitucional reiterada sobre el alcance del *ius ut procedatur* que ostentan los querellantes o denunciantes como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de derecho de acceso al proceso penal. Y no se advierte que sea necesario aclarar o modificar esa consolidada doctrina constitucional. En concreto se alude a la STC 53/2022, de 4 de abril (que se cita en el propio auto de admisión del recurso de amparo), al caso de las lesiones que se decían ocasionadas por una carga policial para disolver una manifestación ilegal. El paralelismo con los trágicos sucesos a los que se refiere el presente recurso de amparo resulta evidente.

Existe, pues, también sobre este punto una doctrina constitucional consolidada que no necesita de aclaración o modificación, debiendo por otra parte hacerse notar que la asociación recurrente en amparo no dice qué otras diligencias de investigación debieron practicarse para esclarecer los hechos investigados, ni se queja en realidad de que la investigación judicial se haya clausurado anticipadamente sin agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos.

1.2. Derecho de acceso al recurso

1.2.1. *Obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho a la asistencia jurídica gratuita reconocida también en fase de apelación*

La STC 146/2022, de 28 de noviembre, otorgó el amparo respecto de la declaración como desierto de un recurso de apelación en el que no

se tomó en consideración la solicitud de designación de procurador del turno de oficio y, por consiguiente, no se suspendió el cómputo de los plazos para la personación ante la Audiencia Provincial.

El demandante de amparo apeló una sentencia en proceso de divorcio contencioso, quedando desprovisto de representación judicial ya que la procuradora de oficio no estaba habilitada para actuar en segunda instancia. Esta circunstancia le impidió conocer la advertencia del letrado de la administración de justicia, sobre ausencia de escrito de personación en el expediente y sus efectos. Una vez designado un nuevo procurador de oficio se hizo efectiva la personación. Sin embargo, el recurso de apelación fue declarado desierto por incumplimiento del plazo llevar a efecto este trámite.

El objeto del recurso de amparo era determinar si las resoluciones impugnadas de la Audiencia Provincial de Madrid, en las que se confirma el decreto por el que se declara desierto el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia recaída en proceso de divorcio contencioso, por no haber tenido lugar la personación en el plazo establecido en el art. 463.1 LEC, han vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

La pretensión del recurrente de contar con un procurador del turno de oficio habilitado para representarle en el recurso de apelación se regula fundamentalmente por los arts. 7 y 16 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Esta regulación supone que quien, como el recurrente en amparo, tuviese reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita para litigar en la primera instancia lo mantiene para recurrir en apelación, reconocimiento que lleva consigo la designación de abogado, así como de procurador, cuando sea necesario, del turno de oficio. La comparecencia por medio de procurador legalmente habilitado para actuar ante el tribunal que conozca del asunto resulta obligada en el recurso de apelación (art. 23.1 LEC), por lo que en el presente caso el letrado de la Administración de justicia, al conocer que la procuradora de oficio que había representado al recurrente en primera instancia carecía de habilitación para actuar fuera del partido judicial de Alcalá de Henares, venía obligado a requerir al Colegio de Procuradores de Madrid para que procediera a designar un procurador de oficio habilitado para ejercer en esta localidad, que asumiese la representación procesal del recurrente en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia, suspendiendo entretanto el curso del proceso para evitar la pérdida del derecho a impugnar efectivamente esa sentencia.

Afirma la resolución que, atendidas las circunstancias concurrentes en el presente caso, resulta que esa inactividad que se reprocha al recurrente en modo alguno puede ser considerada como pasividad, pues, en todo caso, la falta de personación en plazo en el recurso de apelación se debe a causas ajenas a su voluntad, lo que convierte al auto impugnado en amparo, por el que se confirma la decisión de declarar desierto el recurso, en una resolución lesiva del derecho garantizado por el art. 24.1 CE, por basarse en un juicio irrazonable. En efecto, no le era exigible al recurrente nombrar procurador de su elección, teniendo reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, que se mantiene para la fase de apelación. Por otra parte, le constaba a la Audiencia Provincial de Madrid que el apelante tenía reconocido el beneficio de justicia gratuita para un procedimiento del partido judicial de Alcalá de Henares, y, además, que la procuradora de oficio que le representó en primera instancia no podía actuar ante la Audiencia Provincial de Madrid, como fue puesto en conocimiento de esta, aunque no de modo inmediato, por aquella procuradora. En fin, el letrado de la Administración de justicia de la Audiencia Provincial procedió a requerir al Colegio de Procuradores de Madrid a fin de que designara procurador de oficio habilitado para ejercer en dicha sede jurisdiccional (art. 7.3 LAJG).

En conclusión, la falta de personación en tiempo y forma en el recurso de apelación no resulta imputable a la pretendida inactividad del recurrente, sino a la actuación del letrado de la Administración de justicia, que no suspendió el curso de las actuaciones hasta que la nueva procuradora de oficio designada por el Colegio de Procuradores pudiera personarse en el recurso de apelación en representación del recurrente. El TC, por ello, estima el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en la vertiente de acceso a los recursos legalmente establecidos, al haber sido declarado desierto el recurso de apelación interpuesto por el recurrente en virtud de una interpretación y aplicación irrazonable de las normas procesales que rigen la personación en este recurso.

1.2.2. *Casación autonómica en la jurisdicción contencioso-administrativa*

Sobre derecho de acceso al recurso es importante referirse al **ATC 223/2023, de 8 de mayo,** en el que el Tribunal constitucional desestima un recurso de amparo al no apreciar vulneración del derecho a la tutela

judicial efectiva en su vertiente del derecho de acceso al recurso en un asunto de la jurisdicción contencioso-administrativa, concretamente en el ámbito del recurso de casación autonómico. El Tribunal Constitucional inadmite por falta de la trascendencia constitucional alegada y, además, por falta de invocación de una lesión verosímil.

En este caso la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho de acceso al recurso se invocaba respecto de un auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que inadmitió el recurso de casación autonómico preparado por la entidad recurrente. El auto descartó la existencia de interés casacional objetivo y argumentó que, si lo pedido se limita a revisar la «jurisprudencia» sentada o aplicada por la sentencia que se quiere combatir, porque la misma se considere errónea, ya que, si el objeto de este recurso es la «formación de jurisprudencia, justamente […] la 'jurisprudencia' ya estaría formada».

La parte recurrente en este recurso de amparo alegaba infracción del derecho de acceso al recurso del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la actora, en su vertiente de derecho a los recursos legalmente establecidos, al conculcar dichas resoluciones la doctrina constitucional sobre el objeto de esta modalidad de casación por infracción del Derecho autonómico en su regulación por el art. 86.3 LJCA, con cita en su apoyo de la STC 98/2020, de 22 de julio.

El Tribunal Constitucional había conocido hasta el presente recurso de diversos recursos de amparo promovidos contra decisiones de las secciones competentes de las salas de lo contencioso-administrativo de diversos Tribunales Superiores de Justicia (en concreto, justamente el de Canarias, Comunidad Valenciana, Galicia, Illes Balears, Madrid y País Vasco) en los que se inadmitió el recurso de casación por infracción del Derecho autonómico por la misma *ratio decidendi* esgrimida en el presente recurso de amparo. Esto es, por entenderse que el art. 86.3 LJCA solo instrumenta tal recurso para supuestos de contradicción de criterios entre el aplicado por la resolución que se impugna y el contenido en sentencias precedentes de la misma u otras secciones de dicho Tribunal Superior, pero no para revisar de manera exclusiva la propia sentencia de la parte recurrente.

Por ello, en este supuesto el Tribunal Constitucional consideró oportuno el dictado del presente auto que, en ejercicio de la facultad conferida por el art. 86.2 de la LOTC, se remitió al «Boletín Oficial del Estado» para su publicación y su oportuno conocimiento por los operadores jurídicos.

Como puede observarse la casación autonómica en el ámbito contencioso-administrativo sigue ofreciendo problemas. Todo parte de la STC 128/2018, de 29 de noviembre, que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el art. 86.3 LJCA. En el fundamento jurídico 7 a) se dijo por este tribunal que, al margen de los defectos de desarrollo que pudiera presentar la norma al regular el recurso de casación por infracción de Derecho autonómico, nada impedía su integración con las reglas previstas para la casación de Derecho estatal o de la Unión Europea, ya que aquel es un «recurso de casación paralelo al establecido en el Tribunal Supremo […], a cuya regulación se remite implícitamente».

Posteriormente se dictaron dos importantes sentencias en esta materia, las SSTC 98/2020 y 99/2020, alegadas en este recurso de amparo, pero cuyo fundamento fue distinto, ya que en aquellas dos resoluciones se otorgó el amparo a los recurrentes. Sintéticamente recordar aquellas dos resoluciones.

En la STC 98/2020 sí se otorgó el amparo por realizar una interpretación irrazonable de la norma ya que sostener que las sentencias dictadas por las secciones o las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia no son susceptibles de recurso de casación por infracción de normativa autonómica, constituye el resultado de un acto de interpretación y aplicación del art. 86 LJCA que se sustenta en un conjunto de argumentos que no responden a la finalidad perseguida por el legislador y reconocida por este tribunal, de constituir esta modalidad de impugnación el «instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho», en este caso del derecho autonómico. Pero es que, además, aquella interpretación tampoco cumple las dos exigencias de configuración paralela y de remisión implícita que este tribunal ha reconocido, en términos de equiparación normativa, a esta modalidad de recurso respecto del de casación por infracción de la normativa estatal o de la Unión Europea.

En esa misma fecha dictó la STC 99//2020, de 22 de julio, en la que abordó el examen, también desde la perspectiva del derecho de acceso al recurso (art. 24.1 CE), del auto dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura que inadmitía el recurso de casación autonómica interpuesto contra la sentencia de un juzgado de lo contencioso-administrativo. La interpretación que realizaba el TSJ en aquella resolución era que se trataba de un recurso vacío de contenido, de un lado porque no se prevé su interposición contra sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo, y de

otro lado porque para poder conocer de sentencias dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia se precisaría de una previsión legal orgánica que les otorgara esa competencia, rango normativo que el art. 86.3 LJCA no tiene.

El recurso de amparo en este último caso resultó también estimado con base en una doctrina general expresada en el fundamento jurídico 2, sustancialmente idéntica a la empleada inmediatamente antes en la STC 98/2020, ya comentada.

1.2.3. *Recurribilidad de las resoluciones dictadas por el Letrado de la Administración de Justicia*

En este periodo, como viene ocurriendo con anterioridad, han seguido dictándose diferentes sentencias relacionadas con la recurribilidad de las resoluciones dictadas por el LAJ. Una de ellas ha sido la **STC 42/2023, de 8 de mayo.**

En esta sentencia se aplica la doctrina ya recogida en la STC 208/2015, de 5 de octubre. En aquella sentencia el LAJ de primera instancia había negado en repetidas ocasiones en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria dar curso a los escritos presentados por el recurrente quien, invocando su condición de tercer adquirente de buena fe de la finca hipotecada, pretendía personarse en el proceso. La razón del LAJ para negar admitir los escritos y dar traslado al juez era que la demandante de amparo no era parte en el procedimiento.

El Tribunal Constitucional abordó en la STC 208/2015 dos problemas distintos. El más sencillo sobre el fondo del asunto, en el que la lesión del derecho de acceso al proceso resulta evidente, pues legalmente se encontraba prevista esta circunstancia legalmente en el artículo 662 LEC. Y, la segunda, más relevante era el escollo formal que suponía que no existiere en este supuesto una actuación judicial propiamente dicha que resultara impugnable. Este escollo, como es sabido, se produce porque todavía en ese momento no se había dictado la STC 58/2016, de 17 de marzo, que considera que no hay resolución del LAJ que pueda quedar exenta de control judicial.

La sentencia ahora analizada, 42/2023, por tanto, aplica la doctrina 208/2015 en cuanto al fondo del asunto, puesto que, en este caso, la sociedad demandante de amparo solicitó que se la tuviera como personada en un procedimiento de ejecución hipotecaria. Frente a la denegación de su solicitud promovió recursos de reposición e incidente de nulidad de

actuaciones en los que se la tuvo por no presentada por carecer de condición de parte.

Se otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial en su vertiente de acceso al recurso. En aplicación de la doctrina sentada en la STC 208/2015, de 5 de octubre, las diligencias de la letrada que tuvieron por no presentados los recursos de reposición e incidente de nulidad de actuaciones carecen de motivación e incurren en una extralimitación de sus funciones. Por un lado, no citaban ningún precepto legal y se fundaban en la falta de legitimación de la interesada al no ser parte en el proceso. Por otro, impidieron al órgano judicial el ejercicio de su potestad jurisdiccional y la reparación del derecho fundamental ya que, según establece la normativa y la jurisprudencia, la decisión sobre la inadmisión de estos recursos corresponde al órgano judicial.

1.2.4. *bis Control judicial de las decisiones de los letrados de la administración de justicia mediante el recurso de revisión habilitado por la jurisprudencia constitucional. La proyección de la jurisprudencia constitucional a los supuestos de cosa juzgada apreciados en el art. 40.1 LOTC como límite a las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes*

La **STC 13/2023, de 6 de marzo,** tiene como contenido principal fijar los efectos referidos a la STC 34/2019. Por tanto, se hace necesario recordar que la STC 34/2019, de 14 de marzo, al analizar la constitucionalidad del párrafo tercero del art. 34.2 y del inciso «y tercero» del párrafo segundo y del párrafo cuarto del art. 35.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, en los que se negaba la posibilidad de control judicial directo de la decisión de los letrados de la administración de justicia resolviendo las cuestiones de fondo que afectan a los procedimientos de jura de cuentas, concluyó que eran inconstitucionales y nulos por las mismas razones de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional. También estableció que mientras el legislador no se pronunciara al respecto, el recurso judicial procedente frente a este decreto del letrado de la administración de justicia es el recurso de revisión al que se refiere el art. 454 *bis* LEC.

En el caso ahora examinado el demandante de amparo promovió recurso de revisión contra diversas resoluciones adoptadas por la letrada

de administración de justicia en un procedimiento de jura de cuentas, que fue inadmitido porque aquellas habían adquirido firmeza con anterioridad a la STC 34/2019, de 14 de marzo. Contra esta decisión, el recurrente interpuso recurso de súplica que fue desestimado.

El Tribunal Constitucional examina en este caso la proyección de la jurisprudencia constitucional a los supuestos de cosa juzgada apreciados en el art. 40.1 LOTC como límite a las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, concretamente el límite que establece que las declaraciones de inconstitucionalidad «no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales». Aclara a continuación dos cuestiones, la primera, que la decisión sobre las causas de inadmisión del recurso de revisión compete al órgano judicial que solo puede ser revisada por este tribunal desde la perspectiva del deber de motivación de las resoluciones judiciales y, la segunda, que el parámetro de control de constitucionalidad sobre el cumplimiento del deber de motivación es el reforzado propio del derecho de acceso a la jurisdicción.

Finalmente, aplicando la jurisprudencia a las resoluciones recurridas concluye que no puede apreciarse vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción, ya que las resoluciones judiciales que inadmitieron a trámite el recurso de revisión cumplieron con el deber constitucional de motivación reforzado. El fundamento fue que ya se había acordado el archivo definitivo de la pieza separada de jura de cuentas junto con el de la ejecutoria y, por tanto, el proceso estaba ya fenecido mediante decisión firme.

1.3. Derecho a obtener una resolución congruente, motivada y fundada en Derecho, no incursa en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente

1.3.1. *Derecho a obtener una resolución motivada y fundada en derecho*

La **STC 113/2022, de 26 de septiembre,** otorgó el amparo a quien padeció vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución jurídicamente fundada, en relación con su pretensión de indemnización por funcionamiento anormal de la administración de justicia.

El TC estimó el recurso de amparo promovido contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que denegó al recurrente el derecho a ser indemnizado al amparo del art. 294 LOPJ (reclamación patrimonial del Estado por prisión indebida), en concreto por el tiempo que pasó recluido en diversas cárceles del Reino Unido durante la ejecución de una orden europea de detención y entrega dictada por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 en un sumario que finalizó años después para el recurrente con un auto de sobreseimiento libre al no haberse establecido su participación en los hechos que se averiguaban.

La demanda alegaba la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su faceta de derecho a obtener una resolución judicial fundada en derecho, al no ser razonables los dos argumentos que fundaban la negativa de la sentencia de instancia a indemnizar ese período: el hecho de que la fase de ejecución de la orden europea correspondía a los tribunales británicos y no a los españoles, y que el retraso se había debido a la iniciativa del demandante de amparo al presentar diversos recursos ante aquellos tribunales con el fin de impedir la ejecución de la orden.

Considera el TC, respecto del primer argumento, el de la competencia de los tribunales del Reino Unido para ejecutar la orden europea de detención y entrega, que debe prevalecer la consideración de esta como instrumento de cooperación judicial internacional entre Estados, de modo que el órgano judicial emisor no puede desvincularse de los efectos causados por la ejecución de la orden, aunque esta corresponda realizarla a los tribunales del otro país; teniendo en cuenta, además, que la normativa en la materia impone al juez ejecutor el deber de acordar la prisión preventiva a menos que las circunstancias permitan una medida cautelar menos invasiva. Y en cuanto al segundo aspecto, el retraso por la interposición de recursos, se recuerda que se trata del ejercicio por el recurrente de un derecho fundamental en nuestro ordenamiento, recogido, además, en convenios internacionales en materia de derechos humanos y en el propio ámbito de la normativa de la orden europea de detención y entrega; que, además, a mayor abundamiento, en este caso sirvió para que se eliminara uno de los tres cargos por los que se solicitaba su extradición (pertenencia a organización terrorista).

Teniendo todo ello en cuenta, el TC concluye que «la sentencia impugnada parte de unas premisas dialécticas que no son objetivamente correctas, y que impiden por tanto que el resultado al que llega, la denegación de indemnización por el tiempo sufrido en prisión por el recu-

rrente en cárceles del Reino Unido pueda considerarse razonable desde la perspectiva invocada del derecho a una resolución judicial fundada en Derecho».

Las **SSTC 123/2022, de 10 de octubre, 141/2022, de 14 de noviembre, 23/2023, de 27 de marzo y 26/2023, de 17 de abril** reiteran la doctrina de la STC 31/2019 relativa a la fiscalización del posible carácter abusivo de las cláusulas contractuales.

Se estiman en todas estas resoluciones los recursos de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a obtener una resolución motivada. Se refieren todos estos supuestos al control judicial de cláusulas abusivas que desconoce la primacía del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En efecto, se reiteró la doctrina establecida en la STC 31/2019 sobre el necesario control de las cláusulas abusivas y por ello se otorgó el amparo por la ausencia del control judicial sobre las cláusulas abusivas al amparo del Derecho de la Unión Europea. Tanto la normativa comunitaria como la doctrina desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea obligan a examinar el carácter abusivo de las cláusulas del contrato. Por ello, en aquella sentencia en la medida en que el juez no examinó en ningún momento del procedimiento el carácter abusivo de las cláusulas del contrato, ya que se limitó a señalar que el ejecutado no se había opuesto a la ejecución en plazo señalado, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

También por infundada y, en este caso, también por irrazonable se estima el amparo en la **STC 102/2022, de 12 de septiembre**, a quien, habiendo denunciado la posible comisión de un delito, sufrió una restricción en su derecho de acceso a las actuaciones y resoluciones dictadas en las diligencias previas.

La recurrente había solicitado el acceso a la integridad de las actuaciones de un proceso penal archivado del que había sido víctima, pero no parte. Al no obtener respuesta satisfactoria —pues se le entregó exclusivamente copia de la denuncia inicial anonimizada—, interpuso recurso de reforma que fue desestimado y confirmado en apelación.

En primer lugar, por cuanto afecta a la especial trascendencia constitucional del recurso, se determina que el caso de autos plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina: el derecho de acceso a la jurisdicción penal de las personas ofendidas por el delito. Todo ello en el contexto del refuerzo de los derechos de información y participación activa que ha supuesto el estatuto de

la víctima del delito, aprobado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, lo que supone perfilar el alcance y contenido del art. 24.1 CE.

Entrando ya en el fondo, en la Sentencia se declaró que existió una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva causadas por las resoluciones impugnadas, por cuanto, de manera manifiestamente infundada e irrazonable, denegaron a la recurrente el acceso a las actuaciones judiciales en su integridad por no ostentar la condición de parte en el proceso penal.

Refiere la sentencia comentada que con carácter general los arts. 234 y 235 LOPJ y el art. 3 de la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito le reconoce, entre otros, el derecho a ser informada del estado del proceso, derecho este que rige «a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso».

Por ello, se otorga el amparo solicitado y la sentencia concluye que la preterición de lo dispuesto en las normas legales aplicables, que reconocen a cualquier perjudicado por el delito y a toda persona susceptible de acogerse al estatuto legal de víctima el derecho a ser informados en cualquier momento del estado del proceso penal y a acceder a las actuaciones judiciales del mismo, ha conducido a los órganos judiciales a excluir a la recurrente del acceso a la integridad de las actuaciones sumariales que le afectan personalmente en virtud de un razonamiento lastrado por un examen incompleto de las normas que tutelan sus derechos e intereses, que resulta como tal inconciliable con el canon constitucional que niega validez a aquellas resoluciones judiciales fundadas en una selección arbitraria o manifiestamente irrazonable del Derecho.

La STC 56/2023, de 22 de mayo, otorgó el amparo en aplicación de la doctrina sentada en la STC 42/2020, de 9 de marzo. De acuerdo con esta doctrina se estima el recurso de amparo porque la autoridad judicial incumplió con el canon de motivación que exige el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al fiscalizar actos administrativos dictados en materia de extranjería.

La demandante de amparo en este supuesto, natural de Chile, llevaba viviendo en España desde 1995, donde nació en 1998 su única hija, que tiene la nacionalidad española y con la que convive en la localidad de Igualada (Barcelona). Aunque la demandante ha disfrutado de sucesivas autorizaciones de residencia temporal, no ha llegado a obtener la autorización permanente de residencia y trabajo, teniendo caducada desde el 21 de enero de 2016 su última autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

El juzgado de lo contencioso-administrativo reconoció el derecho de la demandante a obtener la autorización de residencia como familiar de ciudadano de la Unión Europea. Sin embargo, en recurso posterior la Sala del TSJ correspondiente considera que la demandante de amparo, al carecer de la autorización para residir en España, ha incurrido en efecto en la infracción grave prevista en el art. 53.1 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero y por ello, entre la disyuntiva entre la expulsión y la multa, opta por esta última opción en aplicación de la jurisprudencia del TJUE sobre la materia.

Esta última resolución del TSJ es la recurrida en amparo porque, a juicio de la recurrente, ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), porque no realiza un análisis individualizado de las circunstancias personales de la demandante y lleva a cabo una interpretación ilógica y arbitraria de la normativa aplicable al caso, en relación con el requisito de estar a cargo de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea. La sentencia considera que, para poder obtener la autorización de residencia temporal, resulta en todo caso necesario que la asistencia económica por el ciudadano de la Unión Europea a su familiar se preste a este en el país de origen, cuando lo cierto es que esa exigencia, como se razona en el voto particular a la sentencia, según la regulación vigente (Directiva 2004/38/CE y Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero), no se aplica a los ascendientes directos del ciudadano de la Unión Europea, que es precisamente el caso de la demandante, que convive desde hace años en España con su hija, de nacionalidad española, y a cargo de esta.

El TC otorga el amparo solicitado y, en efecto, concluye que, a pesar de que le corresponde al juez ponderar las circunstancias personales y familiares de los recurrentes, en este caso, la Sala de lo Contencioso-Administrativo interpretó la Ley de extranjería de manera rigurosa, confirmándose la negativa del permiso de residencia y la imposición de una sanción, sin una adecuada ponderación de las circunstancias particulares —tales como la filiación de la demandante con una ciudadana europea y su larga estancia en el país—, y sin considerar la eventual afectación de otros derechos como la intimidad familiar.

La **STC 151/2022, de 30 de noviembre,** analiza una supuesta vulneración de los derechos a la igualdad, juntamente con el derecho al recurso legal y a la motivación. El recurso aquí es desestimado al argumentar, en particular, que no pueden pretenderse consecuencias jurídicas iguales para hechos diferentes, a la vez que indica que la solicitud de nulidad se hizo con un proceso ya finalizado y con sentencia firme.

Formula un voto particular el magistrado Sr. Xiol, por discrepar de la fundamentación jurídica y el fallo de la sentencia, que considera que debería haber sido estimatorio por vulneración de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Entiende que el Tribunal no ha resuelto, como debía hacerlo, la cuestión planteada considerando no solo los aspectos de derecho procesal interno, sino especialmente la responsabilidad de la jurisdicción constitucional de amparo en el control de la interpretación y aplicación que los órganos judiciales hacen del derecho de la Unión Europea.

También formula voto particular el magistrado Sr. Arnaldo, por considerar que, al justificarse la inadmisión en una interpretación formalista que no puede ser calificada como favorable al ejercicio del derecho fundamental, el órgano judicial privó indebidamente al recurrente en amparo de resolver la acción por él ejercitada, vulnerando con ello el art. 24.1 CE en la vertiente de acceso a los recursos legalmente establecidos.

La **STC 132/2022, de 24 de octubre,** cuyo encuadre en esta parte de la crónica sería dudoso por estar estrechamente relacionado con el derecho a la libertad se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva por incumplimiento del deber de motivación reforzada en resoluciones judiciales que rechazan la suspensión de ejecución de condena privativa de libertad.

En la Sentencia se otorgó el amparo recogiendo, en parte, la doctrina de la STC 32/2022, de 7 de marzo sobre el canon reforzado al que están sometidas las resoluciones judiciales que deciden la libertad personal, incluida la suspensión condicional de la pena de prisión.

Al recurrente en amparo se le denegó la suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad por falta de certeza sobre el pago de la indemnización a la que, en concepto de responsabilidad civil, había sido condenado. La decisión se recurrió infructuosamente en súplica. Posteriormente, el interesado solicitó el complemento de esta última resolución judicial, que fue desestimado.

El TC considera que se produjo una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24 CE), en relación con el derecho a la libertad individual. Las resoluciones judiciales que deciden la libertad personal —incluida la suspensión condicional de la pena de prisión— están sujetas a un canon de motivación reforzado. Sin embargo, en este caso el juicio de ponderación utilizado para negar la solicitud carece de motivación suficiente: la autoridad judicial no agotó las posibilidades de averiguación del patrimonio real del condenado para verificar las posibilidades de cumplimiento del pago indemnizatorio, actua-

ción necesaria para ponderar los intereses en presencia. Además, se inadmiten por extemporáneas las denuncias relacionadas con la supuesta vulneración de los derechos al doble grado jurisdiccional penal, la libertad personal y a un proceso con todas las garantías.

Mismo razonamiento que la anterior resolución sobre el encuadre en esta sección de la crónica se puede predicar respecto de la **STC 64/2023, de 5 de junio,** por ello, únicamente remitir a la parte de la crónica en la que se recogen los derechos fundamentales sustantivos y reseñar simplemente que se declara la vulneración del derecho a la legalidad penal, en relación con los derechos a la tutela judicial efectiva y a la libertad personal. Las resoluciones judiciales, en este caso, no cumplieron con el canon reforzado en materia de prescripción de las penas al apreciar una causa interruptora de la prescripción no prevista en la norma.

1.3.2. *Derecho a una resolución congruente*

En la **STC 104/2022, de 12 de septiembre,** se anulan los autos que denegaron la petición de reducción de la cuota a abonar en concepto de responsabilidad civil derivada del delito sin atender a las circunstancias alegadas por el condenado y sin valorar los aspectos patrimoniales.

Al recurrente en amparo le había sido otorgada la suspensión condicional de la pena privativa de la libertad sujeta al abono de la responsabilidad civil derivada del delito, la indemnización establecida se fraccionó en pagos mensuales de 280,50 €. Posteriormente solicitó la reducción del monto periódico acordado, argumentando que por una variación en su situación económica solo podía sufragar 100 € mensuales, pero esta petición le fue rechazada por la Audiencia Provincial de Madrid.

El TC aprecia una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por dos razones: por incongruencia omisiva, al no haberse valorado las circunstancias personales y familiares aducidas por el recurrente al fundar su solicitud de reducción de la cuota mensual que se le fijó en concepto de responsabilidad civil derivada del delito de apropiación indebida por el que fue condenado, y, en su vertiente de derecho a una resolución fundada en derecho, porque se resuelve rechazar lo pedido, «sin ningún tipo de razonamiento sólido, coherente o lógico». Comienza el Tribunal su razonamiento de fondo trayendo a colación su doctrina previa sobre el derecho a una resolución judicial congruente, y a renglón seguido cita su previo ATC 3/2018, en el que se fijaron los términos de la ponderación del criterio de la capacidad económica en las

decisiones de suspensión condicional de penas privativas de libertad, al resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un juzgado de lo penal en relación con la dicción del art. 80.2.3 CP, tras su modificación por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Apreciándose finalmente en el caso de autos la tacha de inconstitucionalidad por incongruencia al no haber aplicado el órgano a quo la doctrina establecida por el Tribunal a la hora de motivar sus resoluciones en la ejecutoria.

La **STC 39/2023, de 8 de mayo,** otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por incongruencia omisiva y en consecuencia anula la sentencia del juzgado de lo contencioso administrativo que se combatía en el recurso.

El Tribunal considera que la sentencia del juzgado contencioso-administrativo incurre en incongruencia omisiva al haber desestimado las pretensiones de la demandante sin una mínima motivación que permita entender el razonamiento que lleva a confirmar las resoluciones administrativas recurridas. La resolución del asunto exigía examinar si las liquidaciones estaban prescritas, si la notificación de la actualización del valor catastral era válida, y si las liquidaciones y sus apremios eran nulas o anulables. Sin embargo, la sentencia impugnada se limita a desestimar las pretensiones, afirmando que constan las notificaciones de la modificación del valor catastral y de los apremios, sin que concurra ningún motivo de oposición a ellas.

1.3.3. *Derecho a una resolución no incursa en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente*

La **STC 108/2022, de 26 de septiembre**, otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a quien fuera víctima de un error patente que yerra al calificar la autoliquidación presentada por el obligado tributario, aplicándole el régimen de revisión previsto para los actos administrativos de liquidación.

Invocando la doctrina sentada en la STC 59/2017, de 11 de mayo, y a la vista de que la finca que adquirida mediante donación había sufrido una minusvalía de aproximadamente 14 500 €, la demandante de amparo solicitó la rectificación de autoliquidación del impuesto sobre el incremento del valor del terreno de naturaleza urbana y la devolución de los ingresos indebidamente efectuados por este concepto tributario. Su petición, rechazada en vía administrativa por silencio, fue denegada en vía judicial porque la liquidación practicada habría ganado firmeza.

Se otorga el amparo por considerar el TC que el órgano judicial incurrió en dos errores patentes de relevancia constitucional: en primer lugar, partió de la consideración de que el proceso contencioso-administrativo tenía por objeto la impugnación de un acto administrativo (liquidación), siendo así que se encaminaba a conseguir la revocación de la negativa de revisar las consecuencias de un acto de un particular (autoliquidación). Esta confusión conllevó la aplicación de un plazo menor para controvertir el acto; plazo que habría transcurrido al momento de interponer el recurso contencioso-administrativo, lo que determinó su inadmisión al considerarse erróneamente que tenía por objeto una resolución firme y consentida. En segundo lugar, reinterpretó el alcance de la nulidad declarada en la STC 59/2017, introduciendo —en perjuicio de la actora— unos límites que esta sentencia no había establecido.

Finalmente, **las SSTC 47/2023, de 10 de mayo, 53/2023, de 22 de mayo, 70/2023, de 19 de junio, 71/2023, de 19 de junio, 72/2023, de 19 de junio, 80/2023 de 3 de julio, 86/2023, de 17 de julio, 87/2023, de 17 de julio** aprecian vulneración derecho fundamental a la legalidad sancionadora e indirectamente del derecho a la tutela judicial efectiva por una aplicación irrazonable de la norma sancionadora que, anteponiendo la expulsión a la multa, infringió la garantía material del derecho.

Nuevamente hay que advertir que la ubicación natural de todas estas resoluciones será el apartado de la crónica correspondiente a los derechos sustantivos, en concreto, en el examen de las resoluciones que afectan al artículo 25 de la CE, por lo que aquí son únicamente reseñadas.

1.4. Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión

La STC **37/2023, de 19 de abril,** desestima el recurso de amparo presentado por supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión, al considerar que no quedó acreditada la existencia de una indefensión real y efectiva. Esta sentencia contó con el voto particular discrepante suscrito por cuatro magistrados.

Los hechos se encuentran referidos a un procedimiento contencioso-administrativo que se había tramitado enteramente en castellano, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears pronunció en catalán su sentencia definitiva. La parte actora, y recurrente en amparo, solicitó aclaración de un extremo que entendía impreciso de la sentencia y, posteriormente,

la traducción al castellano del auto resolutorio del incidente, que había sido igualmente redactado en catalán. Esta última petición le fue denegada al no apreciar el órgano judicial que el uso de la lengua cooficial le hubiera causado una indefensión que la parte no llegó a concretar.

Se desestima el recurso de amparo. Por un lado, considera la resolución que la indefensión debe tener su origen inmediato y directo en la negativa a la traducción del auto. La demandante no puso de manifiesto en ningún momento del procedimiento su dificultad para entender la lengua catalana, ni tampoco solicitó la traducción de la sentencia dictada previamente, de lo que deriva que la indefensión no está motivada por el uso lingüístico sino por la redacción empleada. Por otro lado, la indefensión producida debe ocasionar un perjuicio material real, y no uno potencial o abstracto. El recurrente alega problemas para plantear un eventual incidente de ejecución, por lo que la falta de traducción no ha generado perjuicio real alguno.

Para los magistrados que formularon el voto particular, los magistrados Sr. Enríquez y Sr. Arnaldo, la magistrada Sra. Espejel y el magistrado Sr. Tolosa, sin embargo, sí cabe hablar de indefensión apreciable «a los efectos del control que nos corresponde», cuando el problema suscitado, como aquí acontece, es que la traducción al castellano ha sido denegada infundadamente, en cuanto la Sala competente del Tribunal Superior de Justicia desconoció y se apartó de la obligación que le imponía el art. 231.4 LOPJ. Argumentan los magistrados que el art. 231.4 LOPJ garantiza el derecho a la traducción a toda parte «que alegue indefensión», sin más añadidos. No a la parte que «justifique», «acredite» o «pruebe» la indefensión, solo a la que la alegue, pues va de suyo *ex* art. 3 CE que, en lo que aquí tratamos, toda persona de nacionalidad española (persona física o jurídica) que es parte en un procedimiento judicial, no está obligado a conocer ninguna otra lengua distinta al castellano. Y, por tanto, la demanda debió estimarse con nulidad de las resoluciones impugnadas que negaron la traducción a la recurrente.

La **STC 81/2023, de 3 de julio,** otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión. Una manifestación singular y precisa de la indefensión constitucionalmente relevante es la constituida por la falta de citación o emplazamiento en un proceso, en el que se dilucidan cuestiones que afectan de modo directo y personal a los recurrentes o, cuyas decisiones o pronunciamientos puedan afectarles.

La ausencia de emplazamiento supone la privación de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contra-

rias, en aplicación del indispensable principio de contradicción (STC 31/1989, de 13 de febrero, FJ 2).

En este supuesto las entidades mercantiles recurrentes no fueron llamadas a la causa penal en la que se controvertían sendas licencias de obra de las que eran titulares.

El Tribunal Constitucional confirma que no consta que las recurrentes de amparo hubieran tenido un conocimiento extraprocesal de la pretensión de nulidad que las acusaciones ejercitaron en el proceso penal. Dicho conocimiento se produce una vez recaída la sentencia firme penal, en el marco de los procedimientos administrativos iniciados para la reposición de la legalidad urbanística menoscabada. En la cuestión sobre la nulidad de las licencias de obras, sí que resultaban afectados sus intereses legítimos, de modo directo y personal. Y, al no ser llamadas al proceso para poder defender la improcedencia de adoptar dicho pronunciamiento, se les ocasionó una evidente indefensión. El órgano judicial, que enjuició la legalidad penal de las licencias concedidas, por más que no se hubiera ejercitado pretensión penal contra las beneficiarias de las mismas, fácilmente podía haber conocido quiénes eran los propietarios y/o titulares del derecho de explotación de las estaciones de servicio construidas en virtud de las licencias de obras enjuiciadas y cuya nulidad se pretendía, a los efectos de que se hubieran podido oponer exclusivamente al pronunciamiento de nulidad que se impugna ahora en los recursos de amparo.

2. Las garantías constitucionales del proceso del art. 24.2 CE

2.1. Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley

La inclusión de la **STC 106/2022, de 13 de septiembre de 2022** que resuelve un recurso de inconstitucionalidad se ha querido dejar reseñada en este apartado porque entre las causas de inconstitucionalidad se invocaba tangencialmente la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, aunque se podría haber prescindido de ella siguiendo un criterio más riguroso.

La STC 106/2022 desestima el recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados en relación con el régimen cautelar de visitas y estancia con los hijos cuando uno de los progenitores haya sido acusado —o existan indicios fundados— de atentar contra la vida, integridad física y moral, libertad o indemnidad sexual del otro progenitor o de sus hijos.

Se planteaba la inconstitucionalidad de los apartados décimo y decimonoveno del art. 2 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.

El Tribunal realiza una elaborada exposición de la interpretación que debe hacerse del principio del «interés superior del menor» a tenor del art. 39 CE y a la luz de los más recientes estándares internacionales, para concluir finalmente que, en el caso en cuestión, no cabe considerar que el legislador haya incurrido en inconstitucionalidad alguna. No existiendo la referida automaticidad y quedando reservado el suficiente margen valorativo en manos de la autoridad judicial para la determinación del régimen de visitas. Descarta también la eventual violación del principio de seguridad jurídica al sostener que la exigencia de certeza no necesariamente debe conducir a una rigidez excesiva. Rechaza, asimismo, las alegaciones relativas a la vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley y la reserva de ley orgánica, respectivamente, así como lo señalado en atención al principio de exclusividad jurisdiccional y la toma de determinadas decisiones sobre los menores. Todo lo cual conduce a la desestimación integral del recurso.

2.2. Derecho a la defensa. Audiencia al menor

La **STC 5/2023, de 20 de febrero,** declara la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa provocada por las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia de Majadahonda y la Audiencia Provincial de Madrid en un procedimiento de jurisdicción voluntaria que autorizan la administración del bautismo y la asistencia a la asignatura de religión sin dar audiencia al menor.

El asunto trae causa en un expediente de jurisdicción voluntaria en el que el padre del menor solicitó que se requiriera a la madre con la que se encontraba incurso en procedimiento de divorcio a fin de que «se abst[uviera] de llevar a misa al menor, […], así como [de] hacerle partícipe de actos religiosos, en especial la realización del sacramento del bautismo, sin el consenso y consentimiento del progenitor no custodio» y que el menor «continúe estudiando la asignatura 'valores cívicos y sociales' en el colegio» en el curso 2017-2018.

El recurrente en amparo atribuye a las resoluciones impugnadas diversas vulneraciones: derecho a la libertad ideológica y religiosa, derecho que asiste a los padres «para que sus hijos reciban la formación reli-

giosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones», derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

El Tribunal Constitucional comienza examinando esta última vulneración conforme a la doctrina sobre la mayor retroacción. Y, al respecto, concluye que, en efecto, procede estimar parcialmente el recurso de amparo, ya que al menor se le vulneró su derecho a ser oído y escuchado en el expediente de jurisdicción voluntaria (art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, párrafo tercero del art. 156 CC y art. 85.1 LJV). De este modo, no se pudo tomar en consideración sus deseos, sentimientos y opiniones, en aspectos tales como la asignatura que prefería cursar o su preferencia por asistir o no a oficios religiosos, a catequesis, o recibir el bautismo, pese a que las posiciones de las partes sobre la voluntad del menor en tales asuntos eran contrapuestas.

La Sentencia cuenta con el voto particular que formuló el magistrado Sr. Sáez, quien consideró que la demanda tuvo que ser estimada íntegramente, dado que las resoluciones judiciales vulneraron el derecho del hijo a la libertad de creencias en materia religiosa, que discriminaron al demandante en su derecho a que sus concepciones de vida no religiosas proyectadas sobre la educación de su hijo fueran tratadas con igual respeto y dignidad que las convicciones católicas de la madre y que infringieron el mandato de neutralidad que impone el principio de laicidad del Estado (art. 16.1 y 3 CE).

2.3. Derecho a la asistencia letrada

La **STC 29/2023, de 17 de abril,** otorga el amparo por vulneración de los derechos de defensa y a la asistencia letrada a quien se le negó la provisión de abogado en causa penal en la que no es preceptiva la asistencia letrada.

La recurrente en amparo compareció —en calidad de investigada y sin asistencia letrada— al juicio oral celebrado en el marco de un procedimiento por delito leve. En ese mismo acto, propuso diversos medios de prueba que fueron rechazados por el juzgado de instrucción. Se dictó sentencia condenatoria con pena principal de multa y accesoria de orden de alejamiento. Una vez que le fue notificada la sentencia de instancia, solicitó la designación de abogado del turno de oficio para interponer el pertinente recurso de apelación, que concluyó con sentencia desestimatoria, en la que se le indicaban las razones por las que no

resultó pertinente la prueba propuesta al no disponer la acusada de asistencia letrada.

Aclara el TC que no se trata de un supuesto en el que el nombramiento de letrado haya sido solicitado por la interesada y denegado por los órganos judiciales. Al contrario, pese a ser advertida en la citación para el acto del juicio por delito leve de que podía acudir al acto del juicio asistida de abogado, no solicitó su intervención, ni antes, ni al inicio de la celebración del acto del juicio —pese a que constató que las denunciantes se encontraban asistidas de letrado—, ni tampoco en momento alguno durante la celebración del juicio. Tan pronto como solicitó el nombramiento de abogado —una vez notificada la sentencia de primera instancia y a los efectos de interponer el recurso de apelación ante la audiencia provincial—, se procedió a la suspensión del curso de las actuaciones hasta que le fuera designado.

Por lo tanto, analiza el TC si el hecho de no haber contado en el acto del juicio por delito leve con asistencia letrada ha ocasionado indefensión a la recurrente en amparo, pese a que la asistencia técnica no tenía carácter preceptivo ni fue solicitada. A la luz de las circunstancias del caso el TC considera vulnerado el derecho a la defensa de la recurrente, pues no se cumplió con el deber de garantizar la igualdad de las partes y la efectiva contradicción para el correcto desarrollo del debate procesal. Se basa para esa conclusión en que la recurrente fue citada como denunciada para que compareciera en un procedimiento penal por delito leve y tenía la posibilidad de acudir al acto del juicio asistida de letrado de su elección o solicitar, como hizo posteriormente para interponer el recurso de apelación, un abogado del turno de oficio. Además, el TC constata que la recurrente no interrogó ni hizo interrogar, aunque fuera a través de la intervención de la magistrada, a los testigos que declararon contra ella, por lo que este derecho también se vio mermado.

El concurso de estas circunstancias determinaba la necesidad de evitar que se produjera indefensión de la recurrente en amparo, de tal modo que frente a una acusación técnica debía garantizarse, en este caso, también una defensa técnica, máxime cuando en el juicio no intervino a fin de equilibrar de algún modo lo que nació desequilibrado el Ministerio Fiscal, cuya función constitucional es 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, alejado, por tanto, de la defensa de los intereses de las partes.

En definitiva, el TC considera que la falta de asistencia letrada lesionó el principio de igualdad de partes y el derecho a la contradicción, fi-

nalidad a la que sirve el derecho fundamental, ocasionó una real y efectiva situación de indefensión material. Además, la autodefensa desplegada se reveló inadecuada e insuficiente para el correcto desarrollo del debate procesal.

Las SSTC 4/2023, de 20 de febrero, 30/2023, de 17 de abril y 68/2023, de 19 de junio, declaran la vulneración de los derechos a la libertad personal y a la defensa en la ya conocida doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho de acceso a la información obrante en la instrucción para poder controvertir la solicitud de adopción de una medida cautelar de carácter personal (prisión provisional) o su mantenimiento. Únicamente dejar reseñadas tales resoluciones y para un conocimiento más profundo acudir a la sección de la crónica sobre derechos sustantivos.

2.4. Derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse nuevamente sobre sentencias en las que se alegaba la vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías por haberse producido dilaciones indebidas en su tramitación y resolución. Resulta importante destacar en el análisis de estas dos sentencias los diferentes efectos que en una y otra resolución apreció el Tribunal Constitucional.

En la **STC 125/2022, de 10 de octubre,** declara la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas causada por la demora de más de tres años en la celebración del acto de conciliación previa y juicio en procedimiento ordinario de reclamación de cantidad por incumplimiento de la formalización de contrato postdoctoral.

En este supuesto el recurrente en amparo inició un proceso ante la jurisdicción de lo social. La demanda se admitió y se señaló el acto de conciliación previa y juicio para el 7 de noviembre de 2024, más de tres años después de presentada la demanda. El interesado recurrió la decisión, que fue confirmada por el órgano judicial dada la imposibilidad de adelantar la vista por exceso de carga laboral. Estando en trámite el recurso de amparo se adelantó la diligencia para el 19 de abril de 2023.

En primer lugar, se aclara que no puede apreciarse una pérdida sobrevenida del objeto porque el órgano a quo haya determinado una nueva fecha de señalamiento más próxima en el tiempo en cuanto tuvo conocimiento de la presentación de la demanda de amparo por la parte actora.

Por otra parte, se remite el Tribunal a su acervo jurisprudencial sobre dilaciones indebidas, que no puede identificarse con un cumplimiento riguroso de los plazos, sino que debe modularse atendiendo a la dimensión temporal de todo proceso y su razonabilidad (STC 142/2010, de 21 de diciembre, FJ 3), de acuerdo también con lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia (STEDH de 20 de diciembre de 2016, asunto Ruiz-Villar c. España). Se hace hincapié en que las fallas estructurales que afectan la capacidad de los órganos judiciales no eximen al Estado de la obligación de proporcionar los medios necesarios para garantizar su correcto funcionamiento. En este caso, se cumplen los presupuestos objetivos decantados por la jurisprudencia para identificar que los plazos procesales son irrazonables: la demanda no revestía especial complejidad, los márgenes ordinarios de este tipo de litigios se hallan muy por debajo de los plazos aquí fijados y el interés del solicitante —quien había agotado todas las vías para conseguir un nuevo señalamiento de la vista— resulta relevante dada su situación de desempleo.

El fallo de la resolución acordó, además de la nulidad de las resoluciones impugnadas, la trascendente medida por la que se dispone a la autoridad encargada señalar una fecha más próxima para la diligencia pendiente que sea respetuoso con el derecho fundamental lesionado.

La segunda resolución, **STC 31/2023, de 17 de abril,** aplica la doctrina de la sentencia anterior. En este caso, la recurrente en amparo formuló demanda ante la jurisdicción social, que fue admitida a trámite el día 3 de diciembre de 2021, señalándose para el 22 de noviembre de 2023 para conciliación previa y vista oral. Solicitado el adelantamiento, le fue denegado por la sobrecarga de asuntos que padece el órgano jurisdiccional.

Se hace hincapié, nuevamente, en que las fallas estructurales que afectan la capacidad de los órganos judiciales y la carga de trabajo no eximen al Estado de la obligación de proporcionar los medios necesarios para garantizar su correcto funcionamiento. Vuelve a analizar el TC los presupuestos objetivos decantados por la jurisprudencia para identificar que los plazos procesales son irrazonables y acredita que los mismos se cumplen en este supuesto: (i) la demanda no revestía especial complejidad; (ii) los márgenes ordinarios de este tipo de litigios se hallan muy por debajo de los plazos aquí fijados; (iii) el interés de la solicitante —quien busca la obtención de una resolución judicial en la que se determine el carácter fijo de su relación laboral con la parte demandada— puede tener un impacto significativo en su vida; (iv) la conducta procesal de la

recurrente no ha propiciado la demora; y, (v) los motivos estructurales son insuficientes para neutralizar la lesión del derecho.

Sin embargo, en el fallo de la sentencia el TC opta en este supuesto por no acordar que la autoridad anticipe el señalamiento de la vista, ni se declara la nulidad de las resoluciones impugnadas, justificando tal solución en que el retraso es de carácter estructural y el Tribunal no puede, de acuerdo con doctrina en la materia, agravar la posición de terceros, que se podrían ver perjudicados por una orden de señalamiento más próximo en este supuesto.

Parece que esta última será la línea que el TC seguirá en las próximas resoluciones que se dicten en la materia, ante la difícil tesitura que se le plantea entre otorgar el amparo solicitado, por una parte, garantizando el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, y las fallas estructurales que afectan a la capacidad de los órganos judiciales y la carga de trabajo que soportan, por otro.

2.5. Derecho a un proceso con todas las garantías

Se ha considerado oportuno incardinar en este apartado **la STC 12/2023, de 6 de marzo,** ya que está referida a un proceso de amparo en el que la demandante alegaba distintas vulneraciones de derechos fundamentales, la mayoría de ellas relacionadas con garantías del artículo 24.2CE: derecho a un proceso con todas las garantías por la falta de grabación de parte del juicio, derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y derecho a la prueba, que se articulaban junto con otras del artículo 24.1 CE: incongruencia omisiva y derecho a obtener una resolución fundada en derecho.

La Sentencia desestima el recurso de amparo contra las resoluciones acordadas en un procedimiento de modificación de medidas acordadas en la sentencia de divorcio por el que se declaró extinguido el derecho de uso sobre la vivienda familiar que le había sido atribuido a la demandante de amparo y a sus hijas, al haber alcanzado estas la mayoría de edad. En paralelo, se mantuvo la pensión de alimentos a cargo del padre.

Se desestima el recurso de amparo, al no apreciarse la vulneración de ninguna de las garantías procesales invocadas por la actora. En primer lugar, se desecha la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías pues, si bien es verdad que la grabación de la vista oral celebrada en la instancia estaba incompleta, no lo es menos que la entonces demandada no formuló objeción alguna tan pronto como tuvo conoci-

miento de ese defecto y suscribió el acta de conformidad. En segundo lugar, se rechaza que del hecho de que el conocimiento de la solicitud de modificación de medidas corresponda al mismo órgano judicial que dictó la sentencia de divorcio constituya un supuesto de pérdida objetiva de la imparcialidad judicial. Igualmente, se rechaza la concurrencia de un vicio de incongruencia omisiva, pues la entonces demandada recibió respuesta a todas las pretensiones oportunamente deducidas. Finalmente, se hace hincapié en que la decisión de extinguir el derecho de uso de la vivienda familiar no lesiona derecho fundamental alguno, toda vez que la prestación alimenticia y de habitación a favor de los hijos, tengan la edad que tengan, está desvinculada del derecho a continuar usando la vivienda familiar, pues sus necesidades básicas se satisfacen mediante el derecho de alimentos entre parientes; de modo que las hijas no han sido abandonadas por un ordenamiento que articula su protección a través de la institución del derecho a alimentos entre parientes.

2.5.1. *Derecho a la doble instancia penal*

La **STC 43/2023, de 8 de mayo,** otorga el amparo por falta de motivación e incongruencia omisiva, además de vulneración de la garantía de la doble instancia penal respecto de la resolución de la Audiencia Provincial que rechazó resolver sobre las cuestiones planteadas en el recurso.

En este supuesto el recurrente en amparo, condenado en primera instancia, planteó recurso de apelación, alegando unos motivos sobre los que audiencia provincial declinó pronunciarse, al considerar que el recurrente debiera haber acudido al cauce de la aclaración de sentencia y no al de la apelación.

Se estima el recurso de amparo porque la audiencia provincial vulneró el derecho a un proceso con todas las garantías al denegar la doble instancia penal, pues rechazó resolver sobre el fondo el asunto porque el recurrente no había instado la aclaración de sentencia en primera instancia. La promoción de la solicitud de aclaración supone una exigencia inidónea porque no podía modificar el fallo ni la argumentación de la sentencia publicada, y además equivale a crear una condición de admisibilidad del recurso de apelación que carece de cobertura legal. También lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, primero, en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada al denegar la práctica de una prueba solicitada en el recurso porque la peti-

ción no se reflejó en el otrosí del mismo, defecto formal que no satisface la obligación de motivar razonadamente las resoluciones; y, segundo, al incurrir en incongruencia omisiva porque rehúsa pronunciarse sobre la falta de imparcialidad del juzgador.

La **STC 75/2023, de 19 de junio,** aplica esta misma doctrina, pues se impugnan las mismas resoluciones judiciales que en aquel recurso y en consecuencia otorga el amparo por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (motivación e incongruencia omisiva) y a un proceso con todas las garantías (doble instancia penal).

2.5.2. *Derecho a un juez imparcial*

La **STC 59/2023, de 23 de mayo** desestimó un recurso de amparo por supuesta vulneración de los derechos a la imparcialidad judicial, a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

El demandante de amparo, médico de profesión, aplicó la sedación paliativa en dos pacientes sin realizar ninguna otra prueba diagnóstica. Se inició una investigación preliminar sobre los hechos, recabándose un informe forense que posteriormente adquirió valor probatorio en el caso, sin embargo, el recurrente no participó durante la elaboración del informe. Ya en el juicio oral, la magistrada sostuvo un diálogo con el perito de la parte acusada en referencia al uso de la sedación paliativa. Se alegó la vulneración, entre otros, del derecho a un proceso con todas las garantías, en su vertiente de derecho a un juez imparcial, por la forma en que la magistrada, a juicio del recurrente, realizó este interrogatorio en el adoptó durante el juicio una posición parcial.

El Tribunal desestima el recurso de amparo y niega la vulneración del derecho a un juez imparcial. Considera que la intervención de la magistrada estuvo conforme a sus facultades de dirección del debate, y tenía como objetivo alcanzar la verdad material en un momento donde su criterio de decisión se encontraba en formación. Además, se desestiman el resto de las pretensiones sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la presunción de inocencia. El recurrente tuvo varias ocasiones para contradecir el valor probatorio del informe forense y decidió no hacerlo. La irregularidad formal de no haberle comunicado la elaboración de la diligencia no sustrae el valor probatorio del informe forense, debido a que la sentencia condenatoria no proviene únicamente de las diligencias previas, sino de toda la investigación judicial.

Formula un voto particular a la sentencia el magistrado Sr. Arnaldo que considera que la demanda de amparo hubiera debido ser estimada, declarando la vulneración del derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), que integra como esencial el derecho a la imparcialidad judicial. Argumenta que la magistrada comprometió la posición de neutralidad constitucionalmente exigible a todo juez, pues su inicial pregunta al perito de la defensa, a priori compatible con las garantías del principio acusatorio y la imparcialidad judicial, fue seguida de la emisión de comentarios que anticipaban el criterio judicial respecto del fondo de la cuestión debatida en el plenario, expresivos de una toma de posición a favor de las tesis de la acusación, como así quedó a la postre reflejado en la sentencia condenatoria.

2.6. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa

La STC 119/2022, de 29 de septiembre, aborda, en efecto, el derecho a no sufrir indefensión (por inadmisión indebida de la prueba de grabación de imágenes), el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y el derecho a un proceso con todas las garantías (indebida declaración de ilicitud de la prueba de grabación de imágenes procedentes de una cámara de seguridad, como elemento acreditativo determinante de un despido laboral).

Se aborda el despido de un trabajador —motivado en una conducta ilícita grabada por los sistemas de videovigilancia de la empresa recurrente en amparo— que fue declarado procedente en primera instancia, decisión que fue revocada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que consideró nula la prueba aportada por la entidad sobre la base de que el trabajador no había sido informado de su uso con fines disciplinarios.

El TC estima la demanda de amparo interpuesta por la empresa al considerar lesionado su derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes y a un proceso con todas las garantías en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE). Recuerda el TC que la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales, no exige el consentimiento del trabajador para el tratamiento de las imágenes obtenidas por los sistemas de videovigilancia, pero sí el deber de informarle previamente y de forma expresa de su existencia y finalidad. Sin embargo, cuando las imáge-

nes obtenidas se utilicen para verificar un hecho flagrante, este deber de información puede entenderse cumplido si se ha colocado un distintivo visible que informe de su existencia. En el presente caso, considera el TC que la instalación de sistemas de seguridad y su uso con fines disciplinarios se ajustaron a la normativa: la empresa había colocado un distintivo y el trabajador tenía constancia de su existencia ya que previamente se había producido otro despido basado en estas grabaciones. Además, en cuanto al derecho a la intimidad en el ámbito laboral, y de acuerdo con el canon establecido por la doctrina constitucional y europea, no se aprecia vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, ya que el uso de las imágenes captadas por el sistema de seguridad resultaba una medida justificada, idónea, necesaria y proporcionada

Formulan voto particular los magistrados Sr. Xiol, Sr. Conde-Pumpido, la magistrada Sra. Balaguer, el Sr. Sáez y la magistrada Sra. Montalbán, quienes sustentan su discrepancia con la línea argumental de la sentencia de la mayoría a partir de dos criterios. En primer lugar, respecto del parámetro de control del derecho a la prueba aplicado. En segundo lugar, en relación con la especial función constitucional que adquiere en el nuevo paradigma normativo el deber de información específico a los trabajadores y sus representantes en las posibilidades de control laboral mediante un sistema de videovigilancia desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

2.7. Derecho a la presunción de inocencia

La **STC 69/2023, de 19 de junio,** incluye una novedosa doctrina acerca del principio a la presunción de inocencia en su vertiente del derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogo a estos sin previa resolución dictada por el poder público u órgano competente que así lo declare, y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo, como ya venía declarando en anteriores sentencia el Tribunal Constitucional.

En este caso el Tribunal estimó un recurso de amparo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y anuló la resolución que determinaba el importe de la multa que eventualmente se pudiera imponer al acusado en caso de condena dentro de las responsabilidades a afianzar.

Al acusado en el procedimiento penal por la posible comisión de un delito de desobediencia se le impuso una fianza de 88.000 euros «para asegurar las responsabilidades pecuniarias que, en definitiva, pudieran imponerse, en cualquiera de las clases señaladas en el art. 591 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), con el apercibimiento de que de no prestarla se le embargarán bienes en cantidad suficiente para asegurar la suma señalada». El recurrente se opuso a la resolución que fijaba tal cantidad por considerar que carecía de motivación en la determinación de la cuantía de la fianza, así como porque la cuantía de fianza se hubiese fijado en atención a la pena de multa solicitada por la acusación particular.

El recurrente denuncia la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por las resoluciones impugnadas, toda vez que «la inclusión del importe de la multa que pudiere imponerse en caso de condena dentro del concepto de 'responsabilidad pecuniaria' es absolutamente improcedente y debe considerarse contrario a la presunción de inocencia, ya que supone una auténtica pena anticipada». En este sentido, por tales responsabilidades pecuniarias debe entenderse exclusivamente las responsabilidades civiles derivadas del delito, pues «[d]e otro modo, difícilmente puede entenderse el motivo por el cual dichos preceptos [en referencia al art. 764 LECrim] realizan una clara remisión a la Ley de enjuiciamiento civil», además de que la tesis sostenida por el juzgado «implicaría situar en una clara peor condición a los presuntos autores de delitos con pena de multa, que a los imputados por delitos castigados con pena de prisión» y que «la imposición de la fianza fijando su cuantía en lo solicitado por la acusación particular supone además una medida desproporcionada e irrazonable, por cuanto dicho importe se encuentra muy alejado de lo solicitado por el Ministerio Fiscal».

El Tribunal Constitucional considera que, en el supuesto concreto, la instructora, al ponderar la posible condena del acusado para fijar el importe de la fianza, cuantificando esta, en atención a la pena de multa interesada por la acusación particular, cuyo pago obliga a adelantar al acusado causando una restricción temporal de poder de disposición de ese último sobre sus bienes, anticipa una pena que no ha sido declarada en sentencia y vulnera, de este modo, la presunción de inocencia del recurrente. En consecuencia concede el amparo al recurrente y, en efecto, considera que la inclusión de la cuantía de la multa, a efectos de determinar la fianza, lejos de satisfacer una finalidad cautelar, comporta una pena anticipada proscrita por este tribunal (STC 217/2001, de 29 de octubre, FJ 5; ATC 1340/1987, de 9 de diciembre, FJ 2) y que como tal

vulnera el derecho a la presunción de inocencia del demandante de amparo (art. 24.2 CE). El fallo de la resolución anula los autos que fijaron la cuantía de la fianza y retrotrae las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado.

La **STC 77/2023, de 20 de junio** también es muy relevante porque en ella el Tribunal Constitucional avanza en la doctrina constitucional sobre la dimensión extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia.

En este supuesto la recurrente en amparo fue objeto de una comisión de investigación en el parlamento de Asturias. La resolución recurrida fue aquella que recogía las conclusiones de dicha comisión de investigación en relación con un asunto referido a la gestión y actividad desarrollada por la recurrente en amparo en la empresa pública GITPA. Considera la recurrente que tanto el desarrollo de la comisión de investigación, como las conclusiones que se obtuvieron, vulneraron, entre otros, su derecho a la presunción de inocencia, ya que se alcanzaron conclusiones contrarias a este derecho fundamental al declararla gerente de GITPA sin serlo y responsabilizarla directamente de la comisión de ilícitos penales, administrativos y del orden social, sancionables únicamente por los jueces ordinarios en el seno de un proceso justo y con todas las garantías.

En el supuesto concreto el Tribunal Constitucional examina el proceso indagatorio y las conclusiones alcanzadas por la comisión de investigación, aprobadas posteriormente por el Pleno, respecto de las que la recurrente formuló su queja, y, en efecto, concluye que la Cámara se extralimitó en ambas funciones y tanto en el proceso indagatorio como en las conclusiones del dictamen de la comisión vulneró tal derecho fundamental en su dimensión extraprocesal o como regla de tratamiento del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Afirma el TC que este recurso permite avanzar en la doctrina constitucional sobre la dimensión extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia; pues no solo incluye aquellos casos en los que las autoridades públicas siembran dudas sobre la inocencia de una persona que ha sido absuelta por resolución judicial firme —lo que aconteció en las SSTC 8/2017 y 10/2017, entre otras—, sino también aquellos otros en los que una autoridad pública impute hechos ilícitos o declare culpable a una persona que tiene la consideración de investigada en un proceso penal, o que eventualmente pudiera serlo, pero que todavía no ha sido condenada mediante sentencia firme. La presunción de inocencia como regla de tratamiento tiene por objeto salvaguardar o preservar a la persona en su condición de inocente frente a declaraciones de culpabilidad

vertidas por la autoridad pública en aquellos casos en que no concurren los requisitos formales y materiales exigibles en un Estado de Derecho para realizar tal aseveración.

Una vez que este tribunal ha reconocido la autonomía del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento —que impide a los poderes públicos, tras declararse judicialmente la inocencia de una persona, cuestionar tal declaración— no hay razón alguna para no extender el derecho a aquellos casos en los que, por parte de las autoridades públicas, se imputan ilícitos a una persona a pesar de que su culpabilidad no haya sido declarada por un tribunal, en el seno del proceso judicial público diseñado al efecto por el legislador y con todas las garantías.

Las formalidades de las que están revestidas las actuaciones del poder público así como su *auctoritas* tienen la suficiente virtualidad para afectar, o incluso quebrar, frente a los demás, la consideración de inocente garantizada por el art. 24.2 CE en ausencia de condena judicial; especialmente en aquellos casos en los que dichas actuaciones son objeto de difusión pública. Siguiendo en este punto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dicha quiebra queda consumada en el momento en que desde el poder público se emitan declaraciones que no se limiten a describir un «estado de sospecha» sino que vayan más allá, reflejando «la sensación de que la persona en cuestión es culpable», siendo indiferente si se produce con anterioridad a la condena o con posterioridad a la absolución.

En este caso, tanto en el proceso indagatorio, como en las conclusiones de la comisión hubo una extralimitación evidente en sus funciones que no se limitaron a «describir un estado de sospecha» o posible relación entre estos hechos y la demandante de amparo, sino que de manera directa y taxativa afirman que «[n]o solo no impidió la comisión de irregularidades, sino que, en algunos casos, las consintió, pese a ser áreas de su estricta competencia, con una participación decisiva en ellas». Tal afirmación constituye toda una declaración de culpabilidad, que recae sobre una persona individualizada con nombre y apellidos y que ha sido efectuada por el órgano dotado de máxima autoridad dentro del Principado de Asturias, su Junta General. La imputación de dichas actuaciones ilícitas por la autoridad pública se ha producido a pesar de la inexistencia de una declaración judicial de culpabilidad llevada a cabo en el correspondiente proceso penal, que se encontraba abierto cuando la comisión comenzó sus trabajos y continuaba abierto cuando se aprobaron las conclusiones. Las declaraciones de la autoridad pública han tenido una gran trascendencia pública.

En definitiva, unas imputaciones como las expuestas exceden del ámbito propio de la actividad parlamentaria de investigación, a la que no corresponde «declarar la existencia de conductas punibles y la determinación de su autoría» (STC 133/2018, FJ 9) ni, en consecuencia, investigarlas.

3. Una breve conclusión

La natural y sencilla conclusión que puedo extraer de la elaboración de esta sección de la crónica de doctrina constitucional es la importancia que tiene el recurso de amparo como última garantía en el ordenamiento jurídico interno para la efectividad de los derechos fundamentales y, concretamente, del derecho a tutela judicial efectiva. Importancia que ya fue remarcada desde el comienzo por el Tribunal Constitucional cuando afirmó que «la finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias» (STC 1/1981), a la que se añadió su dimensión objetiva de defensa objetiva de la Constitución por su intérprete supremo, «de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales se impone a todos los poderes públicos».

A pesar de seguir existiendo voces críticas y detractores del recurso de amparo como mecanismo efectivo para la protección de los derechos fundamentales, las cuales suelen argumentar su ineficacia, muchas veces interesada y fundada en meros datos estadísticos, en atención a su alto índice de inadmisibilidad, la lectura de estas crónicas demuestra todo lo contrario. En efecto, demuestra la importancia que el recurso de amparo, concretamente en el ámbito del artículo 24CE, tiene para proteger la tutela judicial de todos los ciudadanos, en muchas ocasiones de los más vulnerables, respectos de nuevos escenarios que siguen apareciendo, vertientes o facetas de este derecho que presentan novedad o trascendencia constitucional y, en general, situaciones que merecen una respuesta de un Tribunal Supremo en materia de garantías constitucionales, cuando aquellas no hayan sido protegidas correctamente en la jurisdicción ordinaria.

Por lo tanto, reconociendo, por un lado, el criterio quizás excesivamente restrictivo de este instrumento de amparo, pero teniendo en cuenta también, por otro lado, que como ya ha proclamado nuestro Tribunal: «el recurso de amparo no puede confundirse con una casación en interés

de ley», valorar la eficacia del recurso de amparo en datos meramente estadísticos es realizar un examen parcial que no permite llegar al efecto positivo que, en mi opinión, realmente tiene para la protección de los derechos fundamentales, en general, y de la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, en particular, este importante mecanismo en nuestro ordenamiento jurídico.

Proteger este mecanismo de garantía debería ser una tarea fundamental de todos los operadores jurídicos para conseguir reducir la distancia entre la norma y su efectividad, se decir, posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales, ya que como señaló Luigi Ferrajoli, Profesor de Teoría General y Filosofía del Derecho, «Los derechos son un papel si no se incluyen garantías adecuadas». Y, en todo caso, más allá de sus dimensiones objetivas y subjetivas, ya mencionadas, los escépticos no deberían olvidar que el recurso de amparo representa «la invisible espada de Damocles que pende sobre todos los órganos del poder público, incitándolos a una atenta y pronta actuación de los principios constitucionales»[6].

[6] Rupp, H. G., «Objet et portée de la protection des Droit Fondamentaux», citado por Cascajo, J. L. y Gimeno Sendra, V. en *El recurso de amparo*, Madrid, 1985, pág. 59.

E

Crónica de jurisprudencia constitucional en materia parlamentaria

Marta Souto Galván

Letrada del Tribunal Constitucional
Letrada del Parlamento de Cantabria

SUMARIO

I. Introducción

II. Cuestiones procesales

1. Sobre la pérdida de objeto
2. Extemporaneidad
3. Falta de invocación previa
4. Prematuridad del recurso de amparo
5. La utilización del recurso de amparo como recurso de inconstitucionalidad
6. Inexistencia de vulneración de un derecho fundamental
7. Competencia del Tribunal Constitucional
8. Legitimación
9. Inadmisibilidad por litispendencia

III. La especial trascendencia constitucional de los recursos de amparo parlamentario

IV. Los autos dictados en recursos de amparo parlamentarios

1. ATC 117/2022, de 12 de septiembre
2. ATC 122/2022, de 26 de septiembre
3. ATC 131/2022, de 11 de octubre
4. ATC 167/2022, de 28 de noviembre
5. AATC 177/2022, de 19 de diciembre y 178/2022, de 21 de diciembre

5.1. ATC 177/2022
5.2. ATC 178/2022

V. Las sentencias dictadas en recursos de amparo parlamentario (*ex* art. 42 LOTC)

1. SSTC 115/2022, de 27 de septiembre; 46/2023, de 10 de mayo; y 57/2023, de 23 de mayo (Pleno). La admisión a trámite de iniciativas que contradicen pronunciamientos del Tribunal Constitucional
2. STC 24/2023, de 27 de marzo (Sala Primera). Delegación de voto de los parlamentarios autonómicos
3. STC 25/2023, de 17 de abril (Sala Segunda). La retirada de palabras del Diario de Sesiones
4. STC 58/2023, de 23 de mayo (Pleno). El derecho de acceder a las dependencias públicas
5. STC 65/2023, de 6 de junio (Pleno). El juramento o promesa de acatamiento de la Constitución
6. STC 77/2023, de 20 de junio (Pleno). Comisiones de investigación
7. STC 82/2023, de 3 de julio (Sala Segunda). El objeto del recurso de amparo *ex* art. 42 LOTC

VI. Jurisprudencia constitucional sobre el art. 23 CE en otros procesos constitucionales

1. Las sentencias dictadas en recursos de amparo electoral
2. Otras sentencias
   2.1. STC 144/2022, de 15 de noviembre
   2.2. STC 148/2022, de 29 de noviembre
   2.3. STC 149/2022, de 29 de noviembre
3. Jurisprudencia constitucional sobre el procedimiento legislativo
   3.1. SSTC 19/2023, de 22 de marzo y 94/2023, de 12 de septiembre. La tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia
   3.2. STC 49/2023, de 10 de mayo. La tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación

I. Introducción

En el período de tiempo que abarca esta crónica sobre jurisprudencia constitucional (del 1 septiembre de 2022 al 1 de septiembre de 2023), el Tribunal Constitucional ha dictado en total 141 sentencias y 445 autos. Las resoluciones dictadas en recursos de amparo parlamentario (*ex* art. 42 LOTC) en este período representan una pequeña proporción de la actividad del Tribunal, ya que se limitan a nueve sentencias y nueve autos. Son menos sentencias que en la última crónica (17 sentencias)[1], pero su número responde a la media de periodos inmediatamente anteriores: tanto en el tiempo comprendido entre el 1 de septiembre de 2020 y 1 de septiembre de 2021, como en el comprendido entre el 1 de septiembre de 2019 y 1 de septiembre de 2020, se aprobaron ocho sentencias. En todo caso, este número de resoluciones no es muestra del incremento de resoluciones en este tipo de recursos de amparo que se ha apreciado en los últimos años[2].

Es importante mencionar que, de esas nueve sentencias, seis han sido aprobadas por el pleno del tribunal, por haber sido avocados los recursos de amparo[3]; y que, de las nueve sentencias, solo cuatro se han aprobado por unanimidad. Cabe destacar a este respecto que, de las re-

---

[1] Souto Galván, M. (2023), «Crónica de jurisprudencia constitucional en materia parlamentaria». En *Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. XXVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, (pp. 519-564). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

[2] Incremento al que puede responder la siguiente crónica en materia parlamentaria ya que, desde el 1 de septiembre de 2023 hasta la fecha de entrega de esta publicación ya se han dictado 15 sentencias que han resuelto recursos de amparo parlamentarios, y 4 autos.

[3] Las otras 3 sentencias han sido aprobadas por la sala primera (1) y por la sala segunda (2).

soluciones que cuentan con votos particulares se infiere no solo una discrepancia jurídica sobre los asuntos concretos sino, en ocasiones, una diferente concepción del recurso de amparo parlamentario y de los límites de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional.

De otra parte, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre el artículo 23 CE en otros procesos constitucionales. En esta crónica se incluirá la referencia, muy breve, de dos sentencias dictadas recursos de amparo electoral y de tres sentencias resolutorias de recursos contencioso-administrativos. También de aquellas sentencias que, en la resolución de recursos de inconstitucionalidad, se han pronunciado sobre los denominados vicios del procedimiento legislativo, por la relevancia que dicha doctrina constitucional tiene, en mi opinión, en la construcción del derecho parlamentario[4].

II. Cuestiones procesales

La primera parte de esta crónica se centrará en el análisis de aquellas cuestiones procesales que ha tenido que abordar el Tribunal en las diferentes resoluciones adoptadas en los procesos constitucionales *ex* artículo 42 LOTC.

1. Sobre la pérdida de objeto

a) La STC 115/2022, FJ 2 b), descartó la pérdida sobrevenida de objeto del recurso de amparo, alegada por el ministerio fiscal, respecto a los acuerdos de la mesa del parlamento de Cataluña de 29 de octubre y de 5 de noviembre de 2019, que habían sido declarados nulos por el ATC 16/2020. Entiende el Tribunal que aunque dichos actos ya fueron declarados nulos en el ATC 16/2020, «la pretensión de los recurrentes de amparo en el presente proceso constitucional no se limita a solicitar la nulidad de unos acuerdos, que como se ha señalado ya han sido anulados por este tribunal, sino que se solicita que por este tribunal se declare que dichos acuerdos vulneran su derecho fundamental a la participación en asuntos públicos, pretensión que se adecua perfectamente a lo dispuesto en los arts. 41.3 y 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

[4] Se ha incluido a pie de página bibliografía sobre las resoluciones relacionadas en esta crónica.

(LOTC)». Esta cuestión es el objeto del voto particular que el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos formuló a esta sentencia y, también, es una de las cuestiones abordadas en el voto particular formulado por el magistrado don Ramón Saez Valcárcel. En todo caso, el criterio de esta sentencia se mantuvo en la STC 57/2023, FJ 2 b).

b) De otra parte, en la STC 65/2023, FJ 1, tampoco se aprecia la pérdida de objeto sobrevenida alegada por algunas de las partes comparecidas en este procedimiento. La circunstancia de que haya decaído la XIII Legislatura no impide que perviva, aunque sea a los meros efectos declarativos, la invocación de un derecho fundamental frente a un acto sin valor de ley de un órgano de una cámara legislativa que debe ser objeto de análisis por este tribunal, sin perjuicio de que devenga imposible acordar las medidas de restablecimiento del derecho invocado en caso de ser otorgado el amparo (SSTC 11/2017, de 30 de enero, FJ 7; 53/2021, de 15 de marzo, FJ 7; o 35/2022, de 9 de marzo, FJ 6).

2. Extemporaneidad

a) La STC 24/2023, FJ 2, i), rechaza esta causa de inadmisión alegada por el Parlamento de Cataluña en el recurso de amparo planteado por diputados de ese Parlamento contra acuerdos de la mesa en los que se decidió mantener la delegación de voto del diputado don Lluís Puig i Gordi adoptada en el acuerdo de 19 de octubre de 2021. Entiende el Tribunal que la circunstancia de que los acuerdos parlamentarios impugnados tengan por objeto el mantenimiento de la delegación de voto admitida por dicho acuerdo de 19 de octubre de 2021, no recurrido en su momento, no determina la extemporaneidad del recurso de amparo en tanto que, por un lado, tiene por objeto dos acuerdos diferentes al de 19 de octubre de 2021; y, por otro, su impugnación trae causa de un acto sobrevenido al citado acuerdo de 19 de octubre de 2021, como es el pronunciamiento de la STC 85/2022, que es lo que ha provocado en la mesa del Parlamento de Cataluña la necesidad de pronunciarse de nuevo sobre el mantenimiento de la previa decisión de admitir la delegación de voto controvertida. Por tanto, el Tribunal no aprecia que se esté ante una situación en que los recurrentes hayan pretendido reabrir los plazos procesales ya precluidos para formular un recurso de amparo, sin perjuicio de que el objeto de este quede limitado a los concretos acuerdos impugnados.

b) La STC 77/2023[5] también desestima este óbice procesal. En supuestos en los que una persona ajena a la Cámara se ve afectada directamente por actos emanados de esta, la publicación en el boletín oficial de la Cámara «no puede considerarse suficiente, a los efectos del cómputo del plazo para promover un recurso de amparo». Se reitera así la doctrina sentada en la STC 133/2018, de 13 de diciembre, sobre el inicio del cómputo del plazo del art. 42 LOTC para la interposición de un recurso de amparo por persona ajena a la Cámara contra las conclusiones de una comisión de investigación parlamentaria. En estos casos, el cómputo del plazo de interposición del recurso «se inicia a partir de la notificación mediante la correspondiente comunicación de las conclusiones de la investigación a las personas ajenas a la Cámara que pudiesen resultar directamente afectadas por ellas» [FJ 2 a)]. Se da la circunstancia que el letrado mayor de la Junta General del Principado de Asturias había aducido que, frente a lo acaecido en el recurso de amparo resuelto por la citada STC 133/2018, en este caso constaba que la actora tenía conocimiento de la resolución recurrida. Sin embargo, el tribunal considera que no es posible concluir que la actora hubiera tenido conocimiento íntegro, exacto y fehaciente de la resolución del Pleno en el momento en que instó tal solicitud.

3. Falta de invocación previa

La STC 24/2023, FJ 2, ii), desestima la falta de invocación previa alegada también como causa de inadmisión por el Parlamento de Cataluña en el recurso de amparo al que ya hemos hecho referencia, planteado por diputados de ese Parlamento contra acuerdos de la mesa en los que se decidió mantener la delegación de voto del diputado don Lluís Puig i Gordi adoptada en el acuerdo de 19 de octubre de 2021.

La sentencia fundamenta dicha decisión en doctrina anterior del tribunal: la jurisprudencia constitucional ha reiterado que el principio de subsidiariedad del procedimiento de amparo, que es en el que también se fundamenta esta causa de inadmisión, se debe dar por satisfecho cuando,

[5] En el recurso de amparo planteado contra la Resolución del Pleno de la Junta General del Principado de Asturias 401/X, de 28 de septiembre de 2018, por la que se aprueban las conclusiones del dictamen de la comisión de investigación sobre la gestión y actividad desarrollada por la empresa pública GITPA, y contra el Acuerdo del presidente de la Junta General del Principado de Asturias de 28 de enero de 2019, por el que se deniega la petición de la recurrente de suprimir de dichas conclusiones todas las referencias a su persona.

aun no habiendo cita expresa del precepto constitucional que se considera vulnerado, el contexto de los antecedentes y alegaciones realizadas permitan razonablemente concluir que se ha dado al órgano decisor la posibilidad de pronunciarse y, en su caso, proceder a un temprano restablecimiento del derecho fundamental invocado en el amparo (así, SSTC 22/2020, de 13 de febrero, FJ 6, o 38/2020, de 25 de febrero, FJ 4).

Explica que, en este caso, aunque expresamente no se había hecho referencia al art. 23.2 CE, el eje central de todo el debate parlamentario, relativo a la necesidad o no de revocar la decisión de admitir la delegación de voto controvertida, era la incidencia que esa decisión tendría en el derecho a la representación política de los demandantes de amparo, lo que, a su vez, daba al órgano decisor la oportunidad de pronunciarse al respecto.

4. Prematuridad del recurso de amparo

No es prematuro el recurso contra un acuerdo que mantiene la delegación de voto de un diputado, aunque no se haya hecho ejercicio de este (STC 24/2023, FJ 2, iii).

5. La utilización del recurso de amparo como recurso de inconstitucionalidad

Se solicita del tribunal la inadmisión de un recurso de amparo por entender que los recurrentes habían utilizado esta vía procesal como vía encubierta para promover un recurso de inconstitucionalidad. La STC 46/2023, FJ 4, no acoge esta solicitud de inadmisión del Parlamento de Cataluña en el recurso de amparo planteado contra los acuerdos de la mesa del Parlamento de Cataluña de 24 y 25 de julio de 2019, por el que se admiten a trámite determinadas propuestas de resolución porque los recurrentes «resultan afectados por decisiones de órganos de una asamblea legislativa que, en su criterio, lesionan su derecho a la participación en los asuntos públicos en condiciones de igualdad, garantizado por el art. 23.2 CE, por lo que solicitan a este Tribunal Constitucional que declare que dichos acuerdos vulneran su derecho fundamental a la participación en asuntos públicos, pretensión que se adecúa perfectamente a lo dispuesto en los arts. 41.3 y 42 LOTC [en sentido similar, STC 107/2016, de 7 de junio, FJ 2 (i); 47/2018, de 26 de abril, FJ 2, y 42/2019, de 27 de marzo, FJ 2 a)]».

6. Inexistencia de vulneración de un derecho fundamental

La citada STC 46/2023, FJ 5, rechaza este motivo de inadmisibilidad porque el análisis de la cuestión no puede realizarse por el Tribunal sin entrar a examinar el fondo de las pretensiones deducidas en la demanda y los argumentos jurídicos en los que se sustenta [en este sentido, SSTC 109/2016, FJ 2 a); 46/2018, FJ 2, y 47/2018, FJ 2].

7. Competencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es competente para conocer del recurso de amparo planteado por diputados del grupo parlamentario Popular en el Congreso contra el acuerdo de la presidenta del Congreso de los Diputados, adoptado en la sesión constitutiva de la XIII Legislatura del Congreso de los Diputados celebrada el 21 de mayo de 2019, de tener por debidamente prestado el juramento o promesa de acatamiento de la Constitución y, por tanto, adquirida la condición plena de diputados de veintinueve representantes que utilizaron fórmulas de acatamiento de la Constitución añadidas a la expresión sí juro o prometo [STC 65/2023, FJ 2 (i)]: «conforme a las previsiones establecidas en la Constitución y su ley orgánica, únicas normas a las que está sometido (art. 1.2 LOTC), tiene competencia a través de esta jurisdicción de amparo para la resolución del presente procedimiento, ya que, en los términos del art. 42 LOTC, la demanda se dirige contra «decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos» —en este caso una decisión de la presidenta del Congreso de los Diputados—, por una alegada lesión de «derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional» —en este caso el art. 23 CE—. La existencia de un margen de apreciación de la Presidencia del Congreso para adoptar el acuerdo impugnado, no es un obstáculo para ello ni permite afirmar que esta impugnación encubra unos impropios recursos de inconstitucionalidad o conflicto de órganos constitucionales como se pone de manifiesto en las diferentes ocasiones en que el Tribunal no ha controvertido la adecuación de esta vía de amparo para analizar las decisiones de las presidencias de asambleas legislativas sobre la validez de las fórmulas de acatamiento de la Constitución (SSTC 119/1990 o 74/1991)».

8. Legitimación

En la misma STC 65/2023, FJ 2 ii), se descarta que los recurrentes carezcan de legitimación activa por no ser directamente afectados por los actos parlamentarios impugnados en el proceso. El Tribunal constata, dice la sentencia, que en este proceso se aduce una vulneración del art. 23 CE vinculada a concretas decisiones de órganos parlamentarios respecto de las que los demandantes alegan, no solo que son contrarias a la legalidad parlamentaria, sino que son lesivas de su *ius in officium*. Ello determina que deba apreciarse, al menos a los efectos de la concurrencia de este requisito de admisibilidad, que concurre en los recurrentes tanto la invocación de un interés legítimo como la alegación de que son personas directamente afectadas en un derecho fundamental de su titularidad, con independencia de si ha existido la alegada vulneración de los derechos invocados por los demandantes de amparo, que es la cuestión de fondo a analizar en esta sentencia. A ello se añade que el Tribunal no ha controvertido la concurrencia de legitimación activa en supuestos en que la invocación del derecho de representación política se vinculaba a decisiones de los órganos parlamentarios respecto de la procedencia del ejercicio del *ius in officium* de otros parlamentarios[6] y que ha reiterado la necesidad de deferir el análisis de la alegación de la falta de legitimación activa en los recursos de amparo interpuestos por la vía del art. 42 LOTC a un análisis de fondo del asunto cuando resultan indisociables[7], como sucede también en este caso en que las razones en las que algunas partes comparecidas fundamentan la falta de legitimación activa de los recurrentes se confunden con las razones de fondo para instar la desestimación de la invocación del art. 23 CE.

9. Inadmisibilidad por litispendencia

Esta no es una cuestión procesal propia de los recursos de amparo parlamentarios. La STC 82/2023, de 3 de julio, inadmitió el recurso de amparo planteado por don Pau Juvillà i Ballester contra el acuerdo de la Secretaría General del Parlamento de Cataluña de 3 de febrero de 2022 por el que se dieron instrucciones a la administración parlamentaria para

[6] SSTC 119/2011, de 5 de julio; 107/2016, de 7 de junio; 46/2018, de 26 de abril, o 65/2022, de 31 de mayo.

[7] SSTC 109/2016, de 7 de junio, FJ 2; 46/2018 y 47/2018, de 26 de abril, FJ 2.

dar de baja al demandante como diputado de la Cámara, por falta de agotamiento de la vía judicial precedente (art. 43.1 LOTC). El análisis de este óbice procesal se realizará más detalladamente en la exposición de esta sentencia ya que el mismo está vinculado a la idoneidad de la vía de amparo pretendida por el recurrente, así como al hecho de que el Tribunal consideró que las vulneraciones que la demanda imputa a las instrucciones de la secretaria general del Parlamento de Cataluña hubieran sido solo atribuibles, en hipótesis, a los acuerdos de la Junta Electoral Central recurridos en vía contencioso-administrativa. Por ello el recurrente había acudido al recurso de amparo antes de que se hubiera agotado la vía contencioso-administrativa que había iniciado, lo que determinó la inadmisión del recurso de amparo.

III. La especial trascendencia constitucional de los recursos de amparo parlamentario

La mayor parte de las sentencias resolutorias de recursos de amparo *ex* art. 42 LOTC han especificado la causa o causas de especial trascendencia constitucional que el Tribunal Constitucional ha apreciado en su admisión a trámite:

a) En unos casos, las sentencias ponen de manifiesto que el Tribunal había apreciado la concurrencia de la causa de especial trascendencia propia de estos recursos de amparo: el asunto suscitado trasciende del caso concreto porque pudiera tener unas consecuencias políticas generales [STC 155/2009, FJ 2 g)], por la especial configuración de los recursos de amparo de origen parlamentario, que se promueven siempre sin haber contado la parte demandante con una vía judicial previa en la que defender los derechos fundamentales que se dicen infringidos; y, a la postre, por la relación entre el art. 23.2 CE y el art. 23.1 CE. En las SSTC 115/2022, FJ 3; 46/2023, FJ 5; y 57/2023, FJ 2 b), se expresó que esta era la causa que había sido apreciada por el Tribunal en la admisión de los correspondientes recursos de amparo.

b) En otras ocasiones, el Tribunal manifiesta que dicha causa de especial trascendencia había sido apreciada junto a otras. Es el caso de la STC 58/2023, de 23 de mayo, FJ 2, en el que se recordó que dicho recurso de amparo permitía «aclarar su jurisprudencia en la materia». En

concreto afirma la sentencia que «si bien el Tribunal ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la función de los órganos de las asambleas legislativas de velar por los derechos de los parlamentarios cuando desarrollan la labor de control de la acción de gobierno, no hay una específica jurisprudencia constitucional sobre la concreta facultad prevista en los reglamentos parlamentarios del derecho de los diputados de acceso a instalaciones públicas para el cumplimiento de su función parlamentaria y cuál es el alcance de las funciones de los órganos parlamentarios en relación con su ejercicio»[8].

También en la STC 65/2023, FJ 2 (iii)[9], se afirmó que, además de la especial trascendencia constitucional por ser un recurso de amparo parlamentario y de no contar con vía judicial previa en la que defender los derechos fundamentales que se dicen infringidos, el recurso permite aclarar la jurisprudencia constitucional en la materia. En concreto, el tribunal explica que resulta necesario aclarar cuál es la posibilidad y alcance de control constitucional a desarrollar a través de la jurisdicción de amparo cuando dicha decisión es favorable a la plena adquisición de la condición de representante político y es impugnada por otros representantes.

c) En otros recursos de amparo parlamentarios no se ha apreciado que concurra la causa de especial trascendencia constitucional propia de estos recursos de amparo, sino otra causa. En la STC 77/2023, FJ 2 b), se explica que el Tribunal Constitucional aprecia que el recurso tiene especial trascendencia constitucional porque se plantea un problema sobre una faceta de un derecho fundamental sobre el que no existe jurisprudencia [apartado a) FJ 2, STC 155/2009, de 25 de junio]. El recurso

[8] En esta sentencia, como sucede a veces, se expresa la necesidad de establecer doctrina sobre algún aspecto que posteriormente no es desarrollado. La STC 58/2023 establece doctrina muy relevante sobre el derecho de los parlamentarios de visitas a dependencias de la administración, como núcleo del *ius in officium*, pero no establece doctrina sobre el alcance de la función de los órganos parlamentarios en relación con la misma, más allá de la resolución del caso concreto.

[9] La STC 65/2023 explicita la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo, ante la alegación de que el recurso carece de especial transcendencia constitucional. Recuerda la sentencia que, conforme a una jurisprudencia constitucional reiterada, esta exigencia de admisibilidad, que no es de carácter procesal sino referida al fondo del asunto, es apreciada por el Tribunal en cada caso en el momento de admitir a trámite el recurso de amparo, de acuerdo con lo exigido por el art. 50.1 LOTC, sin que sea susceptible de reconsideración en el momento de la sentencia (SSTC 80/2020, de 15 de julio, FJ 2; 155/2020, de 4 de noviembre, FJ 2, o 2/2022, de 24 de enero, FJ 2).

de amparo ha sido planteado de forma tal que requiere someter a examen la posibilidad, a la vista de las circunstancias concurrentes (sujetos afectados, modo y contexto en que se produjeron los hechos enjuiciados) y de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de ubicar la eventual vulneración denunciada dentro del ámbito propio del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) en su dimensión extraprocesal en lugar de reconducirla, como hasta ahora se había venido haciendo, al ámbito del derecho al honor (art. 18.1 CE). De este modo, el recurso ofrece al tribunal la oportunidad de seguir perfilando la doctrina sobre la dimensión extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia en relación con la actividad parlamentaria de investigación [STC 155/2009, FJ 2 b)].

d) Finalmente, las SSTC 24/2023[10], 25/2023[11] y 82/2023[12] han dejado constancia en sus antecedentes de las causas de especial trascendencia constitucional que el Tribunal Constitucional apreció en su admisión a trámite.

IV. Los autos dictados en recursos de amparo parlamentarios

1. ATC 117/2022, de 12 de septiembre

En el recurso de amparo interpuesto por don Pau Juvillà i Ballester contra el acuerdo de la Secretaría General del Parlamento de Cataluña de 3 de febrero de 2022 por el que se dieron instrucciones a la administración parlamentaria para dar de baja al demandante como diputado de la Cámara se solicitó la medida cautelar de suspensión de la decisión de la secretaria general (art. 56.1 LOTC). El ATC 117/2022 deniega la suspensión cautelar del acuerdo impugnado, al haber sido ya ejecutado este con el acceso al cargo de la diputada sustituta del recurrente, y porque el perjuicio irreparable aducido se identifica con la lesión alegada, siendo

[10] El asunto suscitado trasciende del caso concreto porque pudiera tener unas consecuencias políticas generales [STC 155/2009, FJ 2 g)].

[11] Plantea un problema un problema sobre una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina del Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)].

[12] Plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)] y porque el asunto trasciende del caso concreto, toda vez que plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ 2 g)].

doctrina constitucional reiterada que no procede conceder la suspensión cautelar de la ejecución del acto o resolución impugnado si con ello se puede prejuzgar o anticipar el amparo que se solicita.

2. ATC 122/2022, de 26 de septiembre

El auto deniega la suspensión en el recurso de amparo promovido por don Messod Maxo Benalal Bendrihen. Este había solicitado la suspensión cautelar de la ejecución de los acuerdos impugnados, en todo lo que afecte al ejercicio de sus funciones como diputado en el Parlamento de las Islas Baleares[13]. En sus alegaciones el recurrente dice seguir padeciendo las vulneraciones de derechos fundamentales expuestas en el escrito inicial, con posibilidad de que se pierda la finalidad del amparo caso de ser estimado.

El Tribunal considera que las posibles limitaciones en el ejercicio del cargo parlamentario del recurrente, diputado no adscrito, no parecen llevar consigo que se haya visto imposibilitado para ejercer su función parlamentaria, en particular ejercer su derecho de voto en la Cámara, y que el recurrente no justifica ni muestra que la efectividad de los acuerdos de la mesa le cause un perjuicio irreparable. Asimismo, se pone de relieve que los acuerdos impugnados, sobre el procedimiento de votación de enmiendas al proyecto de ley de presupuestos y sobre que no se admite al recurrente presentarlas a una proposición de ley, agotaron sus efectos cuando las correspondientes peticiones le fueron desestimadas. Finalmente, afirma el tribunal que debe prevalecer la presunción de legalidad de los acuerdos de la mesa del Parlamento, a la vista además de que el recurrente admite que han sido adoptados en aplicación del Reglamento de la Cámara; la denegación de la medida cautelar viene así, dice el auto, a proteger la autonomía parlamentaria.

[13] Son los acuerdos de la mesa sobre la tramitación y votación de las enmiendas al proyecto de ley de presupuestos generales de la comunidad autónoma para 2022, por los cuales se deniega al recurrente agrupar las votaciones, porque no lo había pedido a la Presidencia durante el debate y votación del proyecto de ley; sobre la no admisión de una enmienda a una proposición no de ley, porque es una posibilidad limitada en el reglamento a los grupos parlamentarios, no al alcance de un diputado individual; y sobre la desestimación de la petición del recurrente de dejar de formar parte de la comisión de medio ambiente y ordenación territorial y pasar a la de asuntos institucionales y generales, porque el reglamento no reconoce el derecho de los diputados no adscritos a elegir la comisión a la cual desean pertenecer, sino que solo se les reconoce el derecho a pertenecer a una comisión, y porque conforme al reglamento es la mesa, oída la junta de portavoces, la que decide la pertenencia a las comisiones de los diputados no adscritos.

De otra parte, se afirma por el Tribunal que al adoptar la medida de suspensión se estaría anticipando el examen y la resolución de la cuestión suscitada sobre si ha habido una efectiva lesión del derecho al ejercicio del cargo parlamentario en condiciones de igualdad.

3. ATC 131/2022, de 11 de octubre

Este auto deniega la suspensión de la vigencia del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, solicitada en el recurso de amparo planteado por diputados del grupo parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados contra decisiones de la presidenta del Congreso sobre la votación del diputado, sr. Casero Ávila. Las decisiones impugnadas se adoptaron durante el transcurso de la votación para la convalidación o derogación del citado Real Decreto-ley, razón por la que se solicitó su suspensión.

El motivo por el que se deniega la suspensión en este caso se concreta en que el art. 56.2 LOTC se refiere a la posible suspensión «de la ejecución del acto o sentencia impugnados», posibilidad que ha de leerse a la luz del art. 42 LOTC, que restringe el posible objeto del recurso de amparo a la impugnación de «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». Esta configuración del recurso de amparo explica que ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional hayan previsto la posibilidad de que durante su tramitación pueda adoptarse como medida cautelar la suspensión de la vigencia de normas con rango de ley.

4. ATC 167/2022, de 28 de noviembre

En este auto el Tribunal acuerda que no ha lugar al incidente de ejecución de la STC 92/2022, de 11 de julio, promovido por diputados del grupo parlamentario Ciutadans en el Parlamento de Cataluña. El incidente de ejecución se suscita en el curso de diferentes procesos constitucionales y de procedimientos parlamentarios originados por la delegación de voto del diputado del Parlamento de Cataluña Lluis Puig Gordi. Dicha delegación dio lugar a la STC 85/2022, así como a las posteriores

SSTC 92/2022 y 93/2022[14]. Cuando la mesa del Parlamento de Cataluña recibió la citada STC 85/2022 mantuvo la delegación de voto de dicho en acuerdo de 5 de julio de 2022[15]. Los promotores del presente incidente de ejecución solicitaron del Tribunal que adoptase el acuerdo de deducir testimonio de particulares y expedir certificación al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de determinados extremos de la citada STC 85/2022, así como que oficiara al Parlamento de Cataluña para que corrobore si se están satisfaciendo las dietas en concepto de desplazamiento al diputado Lluís Puig Gordi.

Pues bien, el Tribunal considera que no ha lugar al incidente de ejecución planteado por varias razones. De una parte, no se ha identificado el acto contrario a lo dispuesto en la STC 92/2022, y aunque se considerase que los acuerdos a los que se refiere el escrito que han presentado los promotores del incidente son los acuerdos de la mesa del Parlamento de Cataluña de 5 y 6 de julio de 2022, no puede entenderse que los mismos menoscaben la eficacia de lo decidido en la STC 92/2022, puesto que son acuerdos anteriores a la misma. Por lo tanto, aunque se apreciase que dichos acuerdos incumplen a doctrina del Tribunal Constitucional, la adopción de dichos acuerdos no podría denunciarse a través de un incidente de ejecución de una sentencia de fecha posterior a su adopción, ya que no caben incidentes de ejecución prospectivos. Además, se recuerda que las sentencias constitucionales, en tanto resuelven demandas de amparo, solo afectan al caso litigioso, sin perjuicio de la posibilidad, prevista en el art. 55.1 a) LOTC, de que la propia sentencia determine en su caso la extensión de sus efectos.

Por último, el Tribunal consideró que las medidas solicitadas no eran medidas dirigidas a la ejecución de la STC 92/2022.

5. AATC 177/2022, de 19 de diciembre[16] y 178/2022, de 21 de diciembre

Los AATC 177 y 178 se adoptaron con ocasión de la interposición de un recurso de amparo por diputados del grupo parlamentario Popular

[14] Objeto todas ellas de la crónica anterior, *vid*. Souto Galván, M. (2023).

[15] Dicho acuerdo fue objeto de recurso de amparo estimado por STC 24/2023, objeto también de la presente crónica.

[16] García Martínez, M.ª A. (2023). «Las garantías de los derechos de los parlamentarios. El caso singular del ATC 177/2022». *Revista De Las Cortes Generales*, 115, 143-190. Disponible en: https://doi.org/10.33426/rcg/2023/115/1750; García de Enterría Ramos, A.

en el Congreso de los Diputados, contra el acuerdo de la mesa de la Comisión de Justicia de 12 de diciembre de 2022, por medio del cual se admitieron a trámite, entre otras, las enmiendas parciales núm. 61 y 62 planteadas a la proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso; y contra el acuerdo del presidente de la Comisión de Justicia, de 13 de diciembre de 2022, por medio del cual se decidió no convocar a la mesa de la Comisión de Justicia al objeto de resolver la reconsideración planteada el 12 de diciembre de 2022 por los diputados del grupo parlamentario Popular frente al acuerdo de admisión de enmiendas de dicha fecha. Dichas enmiendas tenían por objeto, de una parte, la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y, en concreto, de las funciones del Consejo General del Poder Judicial en lo que se refiere a la propuesta de nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional. También se proponía la modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional en relación con la renovación de los magistrados propuestos por el Consejo General del Poder Judicial y del Gobierno.

5.1. *ATC 177/2022*

En el ATC 177/2022 el Pleno acuerda, tras haber recabado para sí el conocimiento de este recurso de amparo, no admitir a trámite las recusaciones de los magistrados don Pedro José González-Trevijano Sánchez y don Antonio Narváez Rodríguez, planteadas por quienes habían soli-

---

(2023). «Suspensión de la tramitación parlamentaria de enmiendas por el Tribunal Constitucional por falta de homogeneidad: Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 177/2022, de 19 de diciembre. Recurso de amparo núm. 8263-2022». (*BOE* núm. 17, de 20 de enero de 2023). *Revista De Las Cortes Generales*, 115, 413-431. Disponible en: https://doi.org/10.33426/rcg/2023/115/1763.; Ortega Santiago, C. (2023) «Notas de futuro sobre el derecho de enmienda, el procedimiento legislativo y su posible suspensión cautelar en el recurso de amparo parlamentario, a la luz del Auto 177/2022 del Tribunal Constitucional». *Revista General de Derecho Constitucional*, 38; García-Valdecasas Dorrego, M. J. (2023) «El Tribunal Constitucional se declara competente para suspender, cautelarmente, un procedimiento legislativo (ATC de 19 de diciembre de 2022)», *Actualidad Administrativa*, 2; Delgado del Rincón, L. E, (2023) «La abstención y recusación de los Magistrados constitucionales: algunas consideraciones sobre los últimos cambios en la jurisprudencia constitucional». *Revista General de Derecho Constitucional*, 39.

citado la personación en el presente recurso de amparo. Explica el auto que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 47.1 LOTC, resulta procedente tenerles por personados, por ostentar interés legítimo, en la condición de coadyuvantes de la parte demandada, una vez acordada la admisión a trámite del presente recurso de amparo y el consiguiente emplazamiento de la demandada. En su virtud, dichos coadyuvantes carecían en dicho momento procesal de legitimación para instar la recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional, por no estar constituida la relación jurídico-procesal. En todo caso, el auto afirma también que las recusaciones planteadas carecían de fundamento.

El Tribunal admite a trámite el recurso de amparo, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional como consecuencia de que la cuestión planteada es de «relevante y general repercusión social», que, además, tiene «unas consecuencias políticas generales». También dice que la cuestión planteada trasciende del mero enjuiciamiento de la vulneración del derecho de participación política de los recurrentes, pues la incorporación de las enmiendas núm. 61 y 62 afecta indubitadamente al bloque de la constitucionalidad, en cuanto están en juego las reglas de designación de los magistrados del Tribunal Constitucional y se modifica el sistema mismo de renovación establecido en el art. 159.3 CE y consecuentemente, la propia jurisdicción constitucional que este Tribunal, pieza esencial de toda la estructura constitucional, está llamado a preservar, como expresamente dispone el art. 4.1 LOTC.

Aprecia el Tribunal que las vulneraciones de derechos fundamentales alegadas no carecen *prima facie* de verosimilitud, atendiendo a la doctrina constitucional sobre el ejercicio del derecho de enmienda y la debida relación de homogeneidad que ha de existir entre las enmiendas y la iniciativa legislativa que se pretende modificar (SSTC 119/2011, de 5 de julio; 136/2011, de 13 de septiembre, y 172/2020, de 19 de noviembre).

Finalmente, el Tribunal acordó suspender cautelarmente (art. 56.6 LOTC), la tramitación parlamentaria de los preceptos que modifican la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, introducidos en la «Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso», que derivan de las citadas enmiendas núms. 61 y 62.

5.2. *ATC 178/2022*

El ATC 178/2022, por su parte, desestimó la solicitud planteada por la letrada de las Cortes Generales, en nombre y representación del Senado, de alzamiento de la medida cautelar de suspensión acordada por este tribunal en su auto de 19 de diciembre de 2022.

Ambos autos contaron con los votos particulares del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, los magistrados Cándido Conde-Pumpido Tourón y Ramón Sáez Valcárcel, la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas María Luisa y la magistrada Balaguer Callejón.

V. Las sentencias dictadas en recursos de amparo parlamentario (*ex* art. 42 LOTC)

1. SSTC 115/2022, de 27 de septiembre; 46/2023, de 10 de mayo; y 57/2023, de 23 de mayo (Pleno). La admisión a trámite de iniciativas que contradicen pronunciamientos del Tribunal Constitucional

En este período de tiempo el Tribunal Constitucional ha resuelto tres recursos de amparo en los que se suscitaba la eventual vulneración del art. 23.2 CE porque la mesa del parlamento de Cataluña había admitido a trámite iniciativas parlamentarias que incumplían el deber de respetar lo ordenado por el Tribunal Constitucional. En las SSTC 115/2022, 46/2023 y 57/2023 se estiman los recursos de amparo aplicando la doctrina que inicialmente había sido sentada en las previas SSTC 46/2018 y 47/2018.

Todas estas sentencias cuentan con votos particulares[17] en los que, sin perjuicio de lo que se ha expuesto anteriormente sobre el óbice procesal suscitado en la STC 115/2022, se discute la citada doctrina constitucional.

2. STC 24/2023, de 27 de marzo (Sala Primera). Delegación de voto de los parlamentarios autonómicos

Diputados del Grupo Parlamentario Socialistes i Units per Avançar del Parlamento de Cataluña plantearon recurso de amparo contra la de-

[17] La STC 115/2022 cuenta con los votos particulares de los magistrados Xiol Ríos y Saez Valcarcel; las SSTC 46/2023 y 57/2023, con el voto particular del magistrado Saez Varcarcel.

cisión de la mesa del Parlamento de Cataluña de mantener la delegación de voto de un diputado una vez recibida la STC 85/2022, en la que se había declarado que la aceptación de la delegación de voto de dicho diputado para una concreta sesión vulneraba el derecho de representación política de los demandantes de amparo con la consecuente anulación de los acuerdos parlamentarios que habían admitido dicha delegación.

La STC 24/2023 estima el recurso de amparo por remisión a las SSTC 65/2022 y 85/2022. Como se explica en la STC 24/2023, FJ 3, el problema constitucional que se plantea en el presente recurso es coincidente con el ya resuelto en la STC 85/2022, con ocasión de un recurso de amparo interpuesto por los mismos demandantes de amparo contra la decisión de admitir la delegación de voto del mismo diputado para una concreta sesión plenaria[18].

3. STC 25/2023, de 17 de abril (Sala Segunda). La retirada de palabras del Diario de Sesiones[19]

La STC 25/2023 desestima el recurso de amparo planteado por doña Cayetana Álvarez de Toledo Peralta-Ramos, contra la decisión de la presidenta del Congreso de los Diputados de retirar del «Diario de Sesiones» la expresión «es el hijo de un terrorista», dirigida al miembro del Gobierno interpelado, de conformidad con el art. 104.3 del Reglamento de dicha Cámara[20].

La sentencia limita el objeto del recurso de amparo a la citada decisión de la presidenta, excluyendo la impugnación del acuerdo de la mesa de la Cámara por el que se estimó que no había vía reglamentaria para

[18] También en las SSTC 92/2022 y 93/2022.

[19] Sieira Mucientes, S. (2023). «Libertad de expresión y libre ejercicio de la representación política. La retirada de palabras del Diario de Sesiones como sanción de amonestación: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2023, de 17 de abril. Recurso de amparo núm. 4194-2023. (BOE núm. 121, de 22 de mayo de 2023)». *Revista De Las Cortes Generales*, 115, 387-411. Disponible en: https://doi.org/10.33426/rcg/2023/115/1764.

[20] El art. 103.1 RCD establece que «los Diputados y los oradores serán llamados al orden: Cuando profirieren palabras o vertieren conceptos ofensivos al decoro de la Cámara o a sus miembros, de las Instituciones del Estado o de cualquiera otra persona o entidad». Por su parte, el citado art. 104.3 RCD dispone que «[c]uando se produjera el supuesto previsto en el punto 1 del artículo anterior, el presidente requerirá al Diputado u orador para que retire las ofensas proferidas y ordenará que no consten en el 'Diario de Sesiones'. La negativa a este requerimiento podrá dar lugar a sucesivas llamadas al orden, con los efectos previstos en los apartados anteriores de este artículo».

cuestionar la decisión de la presidencia, por falta de fundamentación. También delimita los motivos de amparo a la vulneración del art. 23.2 CE, insistiendo en que es componente esencial del *ius in officium* la libertad de palabra. Excluye del análisis la vulneración de los arts. 14 y art. 20.1 a) y d) CE[21]. En definitiva, la sentencia concreta el objeto del enjuiciamiento en determinar si la libertad de palabra de la demandante (art. 23.2 CE) resultó o no ilegítimamente constreñida o perturbada por el acto de la Presidencia objeto del recurso.

Para desestimar el recurso de amparo, la sentencia realiza diferentes precisiones.

De una parte, puntualiza que las medidas adoptadas por la presidencia no tuvieron carácter sancionador[22] pero sí conllevaron una reprobación o reproche públicos para la diputada, primero en la propia sesión parlamentaria en la que se le requirió retirara unas palabras tachadas de ofensivas al decoro y más tarde en la reproducción de esas expresiones en el Diario de Sesiones, si bien insertándolas entre corchetes y en cursiva y acompañadas de una nota al pie del siguiente tenor: «Palabras retiradas por la Presidencia, de conformidad con el artículo 104.3 del Reglamento de la Cámara»[23]. De otra parte, considera el Tribunal[24] que el ejercicio por la Presidencia de la Cámara de la potestad que le confiere el artículo 104.3 RCD, aunque tiene carácter discrecional[25], es susceptible de control constitucional. Y ello porque el ejercicio arbitrario o discriminatorio de dicha potestad afecta al *ius in officium* si restringe o

[21] Tanto el derecho de igualdad de trato (art. 14 CE) como la libertad de expresión se reconducen al art. 23.2 CE, conforme a constante doctrina constitucional. De otra parte, todo el alegato de la demandante acerca de la veracidad de sus afirmaciones resulta irrelevante, pues su actuación no lo ha sido en calidad de ciudadano que ejerce el derecho fundamental garantizado por el art. 20.1 d) CE, sino como representante político en el uso de la palabra en un debate parlamentario.

[22] Y así lo aprecian, por lo demás, tanto la propia demanda como la letrada de las Cortes Generales.

[23] En otras legislaturas se procedía a su supresión. No ahora que se limita, como se ha señalado a reproducción de esas expresiones en el Diario de Sesiones, si bien insertándolas entre corchetes y en cursiva y acompañadas de una nota al pie del siguiente tenor: «Palabras retiradas por la Presidencia, de conformidad con el artículo 104.3 del Reglamento de la Cámara».

[24] La letrada de las Cortes Generales sostiene que el ejercicio por la Presidencia de la Cámara de la potestad que le confiere el artículo 104.3 RCD no sería, por su naturaleza discrecional, susceptible de control constitucional en el cauce de amparo.

[25] En el sentido estricto de que no es en absoluto concebible, para su ejercicio, una sola solución correcta en Derecho, que habría de depender de una también impracticable definición unívoca de lo que, en cada caso, mereciera calificarse de «decoroso» o lo contrario.

mediatiza la libertad de palabra, especialmente en el caso del ejercicio de la función de control.

El Tribunal Constitucional explica que, en este caso, el enjuiciamiento tiene límites especialmente rigurosos y que el control es externo: ha de considerar si la decisión fue irrazonable o arbitraria y si ha sido discriminatoria.

Pues bien, la sentencia descarta los argumentos esgrimidos por la recurrente, pues considera que la decisión adoptada no requería de la previa llamada al orden, y que la exigencia de motivación quedaba cumplida con la referencia al art. 104. 3 RCD, sin que fuera exigible una motivación adicional pues se presume el conocimiento de los arts. 103.1 y 104.3 RCD. Concluye que la decisión presidencial no fue manifiestamente arbitraria ni discriminatoria. La palabra «terrorista» posee una denotación peyorativa de la máxima intensidad y la atribución de esa condición al padre del interpelado conllevaba objetivamente un inequívoco descrédito para quien, sin embargo, era del todo ajeno al debate, por lo que la decisión presidencial no podía considerarse manifiestamente arbitraria para un observador razonable. Tampoco la decisión puede calificarse de discriminatoria, pues no se han identificado por la recurrente supuestos de análogo tenor que hubieran pasado sin corrección presidencial.

4. STC 58/2023, de 23 de mayo (Pleno). El derecho de acceder a las dependencias públicas[26]

La STC 58/2023 resuelve el recurso de amparo planteado por diputados del grupo parlamentario VOX en el Parlamento de las Illes Balears contra el acuerdo de la mesa de dicha Cámara de no controvertir la posición del Gobierno de dicha Comunidad Autónoma de que el derecho de acceso a las dependencias de los centros educativos públicos de la comunidad autónoma, solicitado al amparo del art. 15.5 del reglamento del Parlamento de las Illes Balears (en adelante, RPIB)[27], se ejercitara en

[26] Ruiz Bursón, F. J. (2023). «El derecho de los parlamentarios a visitar las dependencias de la Administración: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/2023, de 23 de mayo. Recurso de amparo núm. 3908-2020. (BOE núm. 150, de 24 de junio de 2023)». *Revista De Las Cortes Generales*, núm.116, 609-624. Disponible en: https://doi.org/10.33426/rcg/2023/116/1789.

[27] Este precepto establece que «Los diputados pueden acceder a las dependencias públicas. Para el cumplimiento de su función parlamentaria pueden concertar visitas con los res-

horario no lectivo, fundamentado en la necesidad de no interferir en el normal funcionamiento del servicio en el desarrollo de las eventuales visitas a realizar, a pesar de la voluntad expresa del citado grupo parlamentario de que se verificara en horario lectivo.

Para abordar la resolución del recurso de amparo, la sentencia recuerda la doctrina sobre el derecho de representación política (art. 23.2 CE) y la proyecta sobre derecho de acceder a las dependencias públicas previsto en el art. 15.5 RPIB. Subraya que, conforme a reiterada doctrina constitucional, el derecho a solicitar y obtener información que obre en poder de la administración pública, para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, forma parte del núcleo esencial del ius *in officium* de los parlamentarios cuando es reconocido por el reglamento de la asamblea legislativa correspondiente.

A continuación, y, en mi opinión, este es el aspecto más relevante de esta sentencia, el Tribunal considera que el derecho previsto en el art. 15.5 RPIB de acceso de los diputados a las dependencias públicas queda integrado en el núcleo del *ius in officium* de la función parlamentaria de los diputados del Parlamento de las Illes Balears. Entiende el Tribunal que este derecho se configura reglamentariamente como una manifestación adicional del derecho a conocer determinados hechos y situaciones relativos a la actividad de las administraciones públicas, que es la finalidad específica del más amplio derecho de los parlamentarios a recabar de las administraciones públicas los datos, informes o documentos que obren en poder de estas para poder desarrollar una labor de fiscalización efectiva de la acción del Gobierno.

Asimismo, y este es también un aspecto relevante de esta sentencia, se precisa que, en todo caso, la decisión impugnada es susceptible de control por la jurisdicción de amparo. El canon de enjuiciamiento que parece establecer esta sentencia, en este caso, es el de la motivación de los acuerdos de los órganos rectores de la Cámara[28]. La sentencia precisa

---

ponsables de las dependencias públicas. También pueden, a efectos de visitar una dependencia del Gobierno de las Illes Balears, ponerlo en conocimiento de la mesa del Parlamento. En este caso, la Presidencia del Parlamento lo comunicará a la consejería o a la entidad afectada señalando el día y la hora de la visita. El Gobierno podrá denegar por razones fundamentadas la visita a determinadas dependencias. Las visitas se harán en tiempo y forma para permitir el normal funcionamiento del servicio».

[28] Si bien entre las causas de especial trascendencia constitucional apreciadas se encontraba la de determinar alcance de las funciones de los órganos parlamentarios, entre otras la de velar por los derechos de los diputados, en relación con el ejercicio de la función de control, la sentencia se limita a analizar la motivación de los acuerdos impugnados para descartar la vulneración del art. 23.2 CE.

que la labor de control que corresponde desarrollar a la jurisdicción de amparo, bajo la invocación del art. 23.2 CE, se extiende a verificar si los acuerdos impugnados, en la medida en que incidan sobre el núcleo esencial del *ius in officium* de los parlamentarios, han incorporado una motivación expresa, suficiente y adecuada, en aplicación de las normas a las que está sujeto el órgano parlamentario, a partir de la cual se pueda determinar que la decisión adoptada en relación con la concreta iniciativa de control al Gobierno que se pretendía ejercitar por el grupo parlamentario demandante de amparo entraña en sí misma el desconocimiento de esa facultad o se manifiesta desprovista de razonabilidad en atención al fin institucional propio de la función que quiso ejercerse y los motivos aducidos para adoptar la decisión impugnada en amparo (SSTC 74/2009, de 23 de marzo, FJ 3; 44/2010, de 26 de julio, FJ 4; y 32/2017, de 27 de febrero, FJ 5).

El Tribunal desestima el recurso de amparo al considerar que los acuerdos parlamentarios no han vulnerado el derecho de representación política del grupo parlamentario demandante de amparo. La razones que llevan al Tribunal a adoptar dicha decisión derivan, según dice la sentencia, del análisis de la interpretación realizada en las resoluciones parlamentarias impugnadas sobre la posición institucional y la intervención que en el desarrollo del derecho de los diputados a acceder a las dependencias públicas tienen los órganos del Parlamento y de la administración autonómica, respectivamente; y, asimismo, la decisión de la mesa de no controvertir en este caso que las visitas se desarrollaran en horario no lectivo.

De una parte, la sentencia hace hincapié en la motivación específica sobre la interpretación del art. 15.5 RPIB, conforme a la cual correspondería al Parlamento, entre otras, una labor de intermediación entre los diputados solicitantes y la administración pública concernida y a esta la de señalar el día y hora de la visita, así como el tiempo y la forma en que podría hacerse efectiva. El Tribunal considera que los acuerdos impugnados no solo han dado cumplimiento formalmente al deber de motivación de este tipo de decisiones sino que, además, tomando en consideración la autonomía parlamentaria para interpretar la reglamentación interna que le resulta de aplicación, dicha interpretación responde materialmente a los parámetros constitucionales, ya que (i) no implica ninguna innovación que contradiga su contenido; (ii) en sí misma considerada no resulta limitativa del derecho de acceso a las instalaciones públicas autonómicas, por tratarse de aspectos formales de su ejercicio; (iii) atiende a criterios de proporcionalidad entre el fin institucional propio de la

función de control de la acción de gobierno mediante estas visitas y el interés constitucional de permitir un normal funcionamiento de los servicios públicos; y (iv) no deja desprotegidos a los diputados en el ejercicio de este derecho frente a la decisión que pudiera adoptar la administración pública autonómica al respecto toda vez que cualquier decisión al respecto debe estar basada en razones fundamentadas y, por tanto, sometida a un eventual control de esa razonabilidad en caso de controversia.

De otra parte, el Tribunal aprecia que la aplicación al caso de esta interpretación del art. 15.5 RPIB realizada por la mesa y especialmente en lo referido a la decisión de no controvertir la condicionalidad establecida por la administración pública autonómica de que el derecho de acceso a las dependencias de los centros educativos públicos se hiciera en horario no lectivo tampoco resulta lesiva del art. 23.2 CE.

Cabe destacar al respecto que el Tribunal considera que no cabe excluir que una decisión de esas características pudiera resultar lesiva del *ius in officium* cuando, en atención a los concretos motivos por los que se pretende ejercer este derecho de acceso a las instalaciones públicas, la prohibición o condicionalidad impuesta por la administración autonómica evidencie una restricción u obstáculo irrazonable o desproporcionado de esa medida de control. Sin embargo, en atención a las circunstancias concurrentes en este recurso se concluye que en este caso la condicionalidad responde a parámetros de racionalidad y proporcionalidad.

La razón que motiva esta decisión del Tribunal parece ser que el grupo parlamentario demandante de amparo no precisó en la solicitud de acceso a las instalaciones de los centros educativos el propósito de su visita, limitándose a señalar que la motivación venía dada por el cumplimiento de la labor parlamentaria y no expresó dicha finalidad hasta la presentación de la demanda de amparo en la que señaló que la finalidad de las visitas era la de comprobar que el funcionamiento del servicio cumplía las previsiones constitucionales, estatutarias y legales, haciendo referencia a la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que señala que debe garantizarse un mínimo del 25 por 100 para la enseñanza en lengua castellana, para lo que resultaba absolutamente imprescindible examinar el desarrollo del servicio público docente en horario lectivo.

Por lo tanto, concluye que no se aprecia una vulneración del art. 23.2 CE de los diputados recurrentes una vez acreditado que el condicionante del ejercicio del derecho de visita a que se desarrollara en horario no lectivo se fundamentó en una causa establecida reglamenta-

riamente —no alterar el normal funcionamiento del servicio— que fue valorada tanto por la administración autonómica para establecerla como por la mesa del Parlamento para no controvertirla a partir de la información que estuvo dispuesto a aportar el grupo parlamentario demandante de amparo y que no permitía una ponderación más concreta para determinar la necesidad de que la visita se desarrollara en el horario lectivo en el que el normal funcionamiento del servicio pudiera ser alterado.

La sentencia cuenta con un voto particular que formula el magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla y al que se adhieren los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho y don César Tolosa Tribiño, y la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera.

5. STC 65/2023, de 6 de junio (Pleno). El juramento o promesa de acatamiento de la Constitución[29]

La STC 65/2023 resuelve el recurso de amparo planteado por diputados del grupo parlamentario popular en el Congreso contra el acuerdo de la presidenta del Congreso de los Diputados de 21 de mayo de 2019, que tuvo por cumplimentado por todos los diputados el requisito de promesa o juramento de acatamiento de la Constitución, y contra los acuerdos de la mesa del Congreso de los Diputados de 23 de mayo de 2019 y 20 de junio de 2019 por los que, respectivamente, se declara que no procede la revisión de la decisión de la presidencia de la Cámara y se desestima la solicitud de reconsideración de dicho acuerdo.

El mencionado acuerdo de la presidencia de la Cámara fue adoptado en la sesión constitutiva de la XIII Legislatura del Congreso de los Diputados celebrada el 21 de mayo de 2019, y, en el mismo, se tuvo por debidamente prestado el juramento o promesa de acatamiento de la Constitución y, por tanto, adquirida la condición plena de diputados de veintinueve representantes que utilizaron fórmulas de acatamiento de

[29] Sanz Pérez, A. L. (2023) «El desvalor del juramento y promesa del parlamentario». *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8; Anguita Susi, A. (2023). «La "etérea" figura del juramento o promesa tras el «silencio» de la STC 65/2023, de 6 de junio». *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, 4, 148-153. Disponible en: https://doi.org/10.47984/legal.2023.010; Abellán Matesanz, I. M. (2023). «Las fórmulas de acatamiento de la Constitución: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 65/2023 de 6 de junio. Recurso de amparo 4577/2019. (BOE núm. 167, de 14 de julio de 2023)». *Revista de Las Cortes Generales*, 116, 585-608. Disponible en: https://doi.org/10.33426/rcg/2023/116/1790.

la Constitución añadidas a la expresión sí juro o prometo. El objeto del recurso queda limitado a esa decisión en lo que concierne a los veintinueve diputados cuyas fórmulas de acatamiento fueron objeto de impugnación en la demanda de amparo, por considerar los demandantes de amparo que, o bien expresan convicciones incompatibles con el contenido de la Constitución, o bien resultaron ininteligibles, impidiendo valorar la certeza de la incondicionalidad y plenitud del acatamiento.

Tras exponer la doctrina sobre el derecho al ejercicio del cargo político representativo, la sentencia explica que hay jurisprudencia constitucional no solo en supuestos en que las decisiones de órganos parlamentarios recaen sobre actuaciones denegatorias relativas a iniciativas parlamentarias o de control de la acción de gobierno de quienes posteriormente demandaban el amparo, sino también en supuestos en los que la invocación del art. 23.2 CE está vinculada con decisiones adoptadas por los órganos parlamentarios que admitían iniciativas o propuestas de control de terceros representantes pero que los parlamentarios demandantes de amparo consideraban que incidían en el núcleo esencial de su *ius in officium*. Este último supuesto sería, precisa la sentencia, en el que se encuadraría el recurso de amparo. Entre los ejemplos que da la sentencia se encuentran las decisiones de aceptar enmiendas de terceros en un procedimiento legislativo (STC 119/2011, de 5 de julio), admitir a trámite determinadas iniciativas legislativas o de propuestas de resolución de terceros (SSTC 107/2016, 108/2016 y 109/2016, de 7 de junio, o 46/2018 de 26 de abril), aceptar la delegación de voto de terceros (SSTC 65/2022, de 31 de mayo, o 75/2022, de 15 de junio); o admitir la conformación de un grupo parlamentario por terceros (ATC 262/2007, de 25 de mayo). En estos casos, explica la sentencia, la jurisprudencia constitucional, bajo la invocación en amparo del art. 23.2 CE por diputados distintos de quienes habían visto aceptadas sus iniciativas o propuestas por los órganos parlamentarios, ha analizado caso por caso la existencia de la incidencia en el núcleo esencial de la función representativa de quienes invocaban el amparo para identificar la existencia de una concreta facultad de estos que hubiera sido restringida o limitada por la decisión impugnada como presupuesto necesario para considerar lesionado el art. 23.2 CE[30].

[30] De ese modo, por ejemplo, en el supuesto de la admisión de enmiendas presentadas en el Senado materialmente desconectadas de la temática de la norma a enmendar, se consideró que quedaba afectado el *ius in officium* del resto de senadores al impedirles tomar una

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal considera que en supuestos como el que se plantea en el presente recurso de amparo la labor de control que corresponde desarrollar se extiende a verificar que los acuerdos parlamentarios impugnados inciden sobre concretas funciones integrantes del núcleo esencial del *ius in officium* de los demandantes de amparo, en aras de evitar convertir el recurso de amparo del art. 42 LOTC en una suerte de control de la legalidad parlamentaria que lo desnaturalice y rompa el equilibrio de poderes diseñado por la Constitución. Y llega a la conclusión de que «[la fórmula] de acatamiento que los demandantes consideran contrarias a la legalidad parlamentaria […] no afecta al derecho de estos últimos a ejercer también en plenitud sus funciones parlamentarias de acuerdo con las previsiones legales, que no se ve restringido en ningún momento. Esto es lo determinante para que este tribunal aprecie que los demandantes de amparo no han identificado ningún concreto derecho o facultad conformador de su estatuto legal […] que haya quedado limitado o afectado por la decisión parlamentaria impugnada en este amparo que permita considerar que se ha visto afectado su derecho de representación política reconocido en el art. 23.2 CE».

La sentencia cuenta con un voto particular que formulan los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho y don Enrique Arnaldo Alcubilla y la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera, y con un voto particular concurrente que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón.

---

postura que se concretase en el ejercicio de su facultad de formular propuestas de enmienda o veto (STC 119/2011, de 5 de julio, FJ 9). En los supuestos de admisión a trámite de propuestas e iniciativas en incumplimiento manifiesto de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, también se concluyó una posible afectación al núcleo esencial de la función representativa con el argumento de que «si los parlamentarios participan en la tramitación de una iniciativa que contraviene de modo manifiesto un pronunciamiento de este tribunal infringen también el deber de acatar la Constitución (art. 9.1 CE) y de cumplir lo que este tribunal resuelva (art. 87.1 LOTC). Por el contrario, si cumplen su deber constitucional de respetar lo resuelto por este tribunal y no participan en ese procedimiento están desatendiendo las funciones representativas inherentes a su cargo» (SSTC 46/2018, de 26 de abril, FJ 5, o 15/2022, de 8 de febrero, FJ 3). Igualmente, el Tribunal apreció que pueden incidir en el *ius in officium* en los casos de delegación de voto, que se alegaba irregularmente concedida, con el argumento de que el derecho de voto de los parlamentarios, que integra su *ius in officium*, no solo afecta a su titular sino en el derecho de voto de los demás parlamentarios en la medida en que «los votos emitidos conforme a Derecho tendrían un menor peso en la formación de la voluntad del órgano colegiado, esto es, 'valdrían' menos» (SSTC 65/2022, de 31 de mayo, FJ 3; o 94/2022, de 12 de julio, FJ 3).

6. STC 77/2023, de 20 de junio (Pleno). Comisiones de investigación[31]

Esta sentencia resuelve el recurso de amparo planteado contra la Resolución del Pleno de la Junta General del Principado de Asturias 401/X, de 28 de septiembre de 2018, por la que se aprueban las conclusiones del dictamen de la comisión de investigación sobre la gestión y actividad desarrollada por la empresa pública Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones del Principado de Asturias (GITPA), y contra el acuerdo del presidente de la Junta General del Principado de Asturias de 28 de enero de 2019, por el que se deniega la petición de la recurrente de suprimir de dichas conclusiones todas las referencias a su persona.

La sentencia otorga el amparo solicitado por la recurrente, una empleada de la citada empresa pública GITPA, al entender que, tanto el proceso indagatorio como las conclusiones de la comisión de investigación aprobadas por el Pleno de la Junta General del Principado de Asturias, vulneraron su derecho a la presunción de inocencia en su vertiente extraprocesal o como regla de tratamiento garantizado en el art. 24.2 CE.

Los antecedentes de hecho del recurso de amparo se remontan a febrero del año 2016, cuando estando ya abierta una investigación judicial, se iniciaron los trámites para la creación de una comisión de investigación en la Junta General del Principado de Asturias sobre la gestión y actividad desarrollada por la citada empresa pública. La recurrente en amparo fue llamada a comparecer ante la citada Comisión que centró buena parte de su investigación en hechos que podían ser constitutivos de delito; la demandante no obtuvo, a pesar de haberlo solicitado en varias ocasiones, el amparo de la mesa de Comisión. Las conclusiones de la Comisión, aprobadas por la Junta General del Principado de Astu-

[31] Lozano Eiroa, M. (2023), «STC 77/2023, de 20 de junio: vulneración del derecho a la presunción de inocencia: imputaciones de conductas ilícitas que exceden del ámbito propio de la actividad parlamentaria de investigación, a la que no corresponde declarar la existencia de conductas punibles y la determinación de su autoría». *Revista General de Derecho Procesal*, 61; Torres Díaz, M.C. (2023). «La dimensión extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia frente a la actuación de las comisiones parlamentarias de investigación: ¿qué ha dicho el Tribunal Constitucional?: comentarios a la STC 77/2023, de 20 de junio (BOE, núm. 176, de 25 de julio)». *Diario La Ley*, 10382; Marañón Gómez, R. (2023). «El derecho a la presunción de inocencia en su vertiente extraprocesal en las comisiones de investigación: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/2023, de 20 de junio. Recurso de amparo núm. 2646-2019. (BOE núm. 176, de 25 de julio de 2023)». *Revista De Las Cortes Generales*, 116, 571-584. Disponible en: https://doi.org/10.33426/rcg/2023/116/1791.

rias, imputaron a la recurrente hechos que, descritos con detalle, revisten carácter delictivo.

La sentencia realiza una serie de consideraciones sobre los límites a los que están sujetos los parlamentos y sus órganos, límites que, afirma la sentencia, operan en un doble plano: ejerciendo sus competencias con sujeción a lo dispuesto en la Constitución; y adecuando su actuación al ordenamiento jurídico de la propia comunidad, cuya norma institucional básica es el estatuto de autonomía.

La sentencia analiza si la Junta General ha incurrido en una extralimitación de sus competencias a partir del principio de división de poderes establecido en la Constitución. Explica que el art. 76 CE, el Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias y el Reglamento de la Junta General permiten la coexistencia de la investigación parlamentaria y la investigación judicial sobre unos mismos hechos, si bien dicha previsión no altera en modo alguno las funciones que la Constitución atribuye al Poder Judicial y a los Parlamentos respectivamente. Dice la sentencia que, expresado, en otros términos, «no es lo mismo que la Constitución y la normativa autonómica aplicable consientan la coexistencia de la investigación parlamentaria y la judicial, a que permitan una suerte de confusión entre la una y la otra, haciendo posible que órganos de naturaleza parlamentaria ejerzan funciones reservadas constitucionalmente a los órganos judiciales».

Reiterando doctrina anterior, la sentencia afirma que, en definitiva, toda actividad indagatoria encaminada a verificar si determinadas conductas constituyen infracciones de naturaleza penal o administrativa, mediante la constatación de la concurrencia de sus elementos típicos, y/o a determinar a quién debe atribuirse su autoría, mediante la constatación del grado de participación que en tales ilícitos penales y/o administrativos haya podido tener la persona investigada, excedería de las competencias legal y constitucionalmente atribuidas a una comisión parlamentaria de investigación. Las consecuencias que se derivan para el caso concreto examinado son que los límites a los que está sujeta la actividad de las comisiones parlamentarias de investigación no se proyectan únicamente sobre el resultado de estas —las conclusiones— sino también sobre todo el proceso indagatorio o de investigación, ya que, de conformidad con su naturaleza política, las Cámaras, en el ejercicio de sus facultades de investigación, «emiten, como les es propio, juicios de oportunidad política que, por muy sólidos y fundados que resulten, carecen jurídicamente de idoneidad para suplir la convicción de certeza que solo el proceso judicial garantiza, y ello «no solo es pre-

dicable del resultado de la investigación sino que se aprecia en toda la actividad desarrollada por las comisiones parlamentarias de investigación, a las que no puede exigirse la objetividad e imparcialidad propia de los órganos jurisdiccionales» (STC 39/2008, de 10 de marzo, FJ 7). Además, los límites antes referidos a la coexistencia de la investigación parlamentaria y la investigación judicial penal están en perfecta sintonía, no solo con la división de poderes, sino también con la necesidad de preservar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Finalmente, estos límites se proyectan también sobre el deber de colaboración al que se refiere el art. 76.2 CE, que establece la obligatoriedad de comparecer a requerimiento de las Cámaras, reservando a la ley las sanciones que dicho incumplimiento lleve aparejado, deber que debe circunscribirse únicamente a aquellas cuestiones que la investigación parlamentaria puede tener por objeto.

La sentencia, y en ello radica, en mi opinión, su importancia, avanza en la doctrina constitucional sobre la presunción de inocencia en su dimensión extraprocesal o como regla de tratamiento (art. 24.2 CE). Explica que una vez que ya había reconocido la autonomía del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento —que impide a los poderes públicos, tras declararse judicialmente la inocencia de una persona, cuestionar tal declaración— no hay razón alguna para no extender el derecho a aquellos casos en los que, por parte de las autoridades públicas, se imputan ilícitos a una persona a pesar de que su culpabilidad no haya sido declarada por un tribunal, en el seno del proceso judicial público diseñado al efecto por el legislador y con todas las garantías.

Las formalidades de las que están revestidas las actuaciones del poder público, así como su *auctoritas* tienen la suficiente virtualidad para afectar, o incluso quebrar, frente a los demás, la consideración de inocente garantizada por el art. 24.2 CE en ausencia de condena judicial; especialmente en aquellos casos en los que dichas actuaciones son objeto de difusión pública. Siguiendo en este punto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal afirma que dicha quiebra queda consumada en el momento en que desde el poder público se emitan declaraciones que no se limiten a describir un «estado de sospecha» sino que vayan más allá, reflejando «la sensación de que la persona en cuestión es culpable», siendo indiferente si se produce con anterioridad a la condena o con posterioridad a la absolución.

7. STC 82/2023, de 3 de julio (Sala Segunda). El objeto del recurso de amparo *ex* art. 42 LOTC

La STC 82/2023 inadmite, por falta de agotamiento de la vía judicial precedente (art. 43.1 LOTC), el recurso de amparo interpuesto por don Pau Juvillà i Ballester contra el acuerdo de la Secretaría General del Parlamento de Cataluña de 3 de febrero de 2022 por el que se dieron instrucciones a la administración parlamentaria para dar de baja al demandante como diputado de la Cámara, por falta de agotamiento de la vía judicial precedente (art. 43.1 LOTC).

La decisión objeto del recurso de amparo se adoptó en un contexto concreto del que cabe destacar lo que sigue: en sentencia 2/2021, de 14 de diciembre, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña condenó al recurrente en amparo como autor responsable de un delito de desobediencia a las penas de multa y de inhabilitación especial por seis meses para el ejercicio de cargos públicos electivos y de gobierno y administración en el ámbito local, provincial, autonómico, estatal o supranacional. Dicha sentencia fue recurrida en casación por el condenado. La Comisión del Estatuto de los Diputados[32], el 16 de diciembre de 2021, emitió dictamen sobre la «situación de compatibilidad o incompatibilidad y sobre la condición de diputado del miembro del Parlamento Pau Juvillà i Ballester» en el que se concluyó que no concurría causa alguna de incompatibilidad ni ninguna otra circunstancia que afectase a la condición de diputado del señor Juvillà. El Pleno del Parlamento asumió las conclusiones de este dictamen, en sus propios términos, el siguiente día 17.

La Junta Electoral Central, en sesión celebrada el 22 de diciembre de 2021, ante el testimonio de la sentencia 2/2021 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y los escritos presentados por tres partidos políticos con representación en el Parlamento de Cataluña (Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía, Vox y Partido Popular) en solicitud de que se retirara la credencial de diputado del señor Juvillà por incurrir en causa de inelegibilidad sobrevenida [art. 6.2 b) LOREG], acordó dirigirse a la presidenta del Parlamento de Cataluña para que comunicara a la propia junta las decisiones, resoluciones o cualesquiera otras medidas adoptadas al respecto, así como las alegaciones que, en su caso, deseare formular, todo ello en orden a adoptar una decisión sobre la cuestión. Tras las alegaciones del Parlamento acordó, el 20 de enero de 2022, declarar la

[32] Tras el traslado por la mesa de la Cámara de un escrito remitido el día 14 de diciembre de 2021 por, entre otros, el ahora recurrente en amparo.

concurrencia de la mencionada causa de inelegibilidad sobrevenida, dejar sin efecto la credencial de diputado electo del señor Juvillà, declarar su vacante y expedir la credencial al siguiente candidato de la lista en la que concurrió a las elecciones autonómicas. Esta resolución de la Junta Electoral Central fue objeto de recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo por el señor Juvillà. También el Pleno del Parlamento de Cataluña decidió, previo acuerdo en tal sentido de la mesa, interponer recurso contencioso-administrativo contra la misma resolución de la Junta Electoral Central.

Además, la Junta Electoral Central acordó, con fecha 27 de enero de 2022: (i) Denegar la solicitud de suspensión cautelar de su anterior acuerdo del día 20 de enero presentada por el señor Juvillà; (ii) expedir credencial a la candidata que proceda de la misma lista, en sustitución del citado señor y (iii) trasladar a la presidenta del Parlamento escrito presentado por Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía a efectos de que, en plazo de cinco días hábiles, informara a la propia junta sobre lo expresado en el mismo y, en particular, para que indicara las medidas adoptadas en orden a la aplicación del acuerdo de 20 de enero anterior por el que se declaró la concurrencia de causa de inelegibilidad sobrevenida en la condición de diputado del señor Juvillà, dejando sin efecto su credencial.

La Comisión del Estatuto de los Diputados, se pronunció sobre dicho acuerdo considerando que (i) que no era aplicable al señor Juvillà ninguna de las causas de pérdida de la condición de diputado del citado art. 24 RPC; (ii) que tampoco concurrían los supuestos de hecho para aplicarle lo previsto en los apartados (a) y (b) del art. 25.1 RPC[33] ; y (iv) que, en todo caso, teniendo en cuenta que se había pedido en vía jurisdiccional la suspensión de la eficacia del acuerdo de la Junta Electoral Central, ese acuerdo no podía ser ejecutado en tanto la Sala Tercera del Tribunal Supremo no resolviera sobre dicha medida cautelar. El Pleno del Parlamento hizo suyo este dictamen el 3 de febrero de 2022.

Con fecha 3 de febrero de 2022, la Junta Electoral Central acordó: (i) que correspondía a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en el marco de la pieza separada de medidas cautelares abierta a iniciativa del interesado y del Parlamento de Cataluña, resolver lo que estimare oportuno sobre la suspensión de su acuerdo de 20 de enero de 2002, por el que se declaró la repetida inelegibilidad sobrevenida del

[33] Relativos a las causas de suspensión de los derechos y deberes parlamentarios, puntualizándose por la Comisión, en cuanto a la segunda de estas previsiones, que «no hay sentencia firme contra el diputado.

señor Juvillà, debiendo mientras tanto estarse a la ejecutividad de dicho acuerdo, y (ii) requerir a la presidenta del Parlamento para que procediera al inmediato cumplimiento del referido acuerdo de 20 de enero de 2022, apercibiéndole de las responsabilidades en que pudiera incurrir caso de no hacerlo.

La secretaria general del Parlamento de Cataluña, mediante escrito del mismo día 3 de febrero, se dirigió a la mesa de la Cámara haciendo constar, que «sin perjuicio de [la] posición procesal defendida por el Parlamento de Cataluña ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por imperativo legal y para evitar que se impute a mi persona y a otros funcionarios de la Cámara cualquier tipo de responsabilidad disciplinaria, contable o penal, me veo obligada a impartir a la administración parlamentaria las instrucciones estrictamente necesarias para no desatender lo que exigen los mentados acuerdos de la Junta Electoral Central». Consta en el acta de la reunión de la mesa del día inmediato siguiente, entre otros extremos, que «[l]a secretaria general toma la palabra para dar explicaciones en relación con el escrito y las órdenes que ha transmitido a los centros gestores en el sentido de ejecutar el acuerdo de la JEC [Junta Electoral Central] del día 27 de enero de 2022». Figura asimismo en las actuaciones del presente recurso un oficio dirigido a la Junta Electoral Central por la secretaria general del Parlamento el 4 de febrero de 2022 en el que se informa de lo siguiente: (i) Haberse dado de baja como diputado al señor Juvillà en el sistema de información de la actividad parlamentaria a todos los efectos; (ii) haberse dado órdenes ejecutivas a los departamentos de auditoría de cuentas, dirección de gobierno interior, dirección de gestión parlamentaria, departamento de informática y telecomunicaciones, departamento de comunicación, departamento de infraestructuras, equipamiento y seguridad, departamento de ediciones y departamento de relaciones institucionales (órdenes todas consecuentes con la pérdida de la condición de diputado del señor Juvillà i Ballester) y (iii) haberse realizado los trámites necesarios relativos a la credencial expedida a favor de la nueva diputada designada (art. 23 RPC). En el «BOPC» de 4 de febrero de 2022, se hizo pública la «baja» del señor Juvillà, junto al siguiente texto: «Atendida la literalidad de los acuerdos de la Junta Electoral Central de 20 y 27 de enero de 2022, por imperativo legal y para evitar el riesgo de incurrir en cualquier tipo de responsabilidad disciplinaria, contable o penal, y sin perjuicio de la posición procesal defendida por el Parlamento de Cataluña ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la secretaria general ha dado instrucciones para que no se desatienda lo exigido por los mentados acuerdos de la Junta Elec-

toral Central». En el acta de la reunión de la mesa del Parlamento de 15 de marzo de 2022 se hizo constar, a resultas de todo ello, el acceso al pleno ejercicio de la condición de parlamentaria, según credencial expedida por la Junta Electoral Central, de la diputada designada en sustitución del señor Juvillà.

Pues bien, la sentencia limita el objeto del recurso de amparo al acto de la secretaria general del parlamento adoptado en el contexto expuesto y excluye del mismo cualquier actuación de la mesa del Parlamento. También delimita los motivos aducidos en la demanda a la vulneración de los derechos fundamentales del actor a la participación política; y a su presunción de inocencia, por haber dado ejecución a una condena penal aún no firme. Excluye, sin embargo, la aducida vulneración a la libertad de expresión ya que no puede imputarse al acuerdo de la secretaría general.

De otra parte, respecto de las alegaciones del Parlamento de Cataluña que, en resumen, entiende que se han vulnerado los derechos del recurrente, pero no por el acuerdo impugnado sino por los acuerdos de la Junta Electoral Central o por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, afirma la sentencia que no podrá tomarlas en consideración. En primer lugar, porque es doctrina constitucional muy reiterada (desde la STC 184/1987, de 8 de noviembre, FJ 3) que en el trámite de alegaciones de un recurso de amparo no cabe invocar como infringidos derechos distintos a los que llevaron a la interposición del recurso. Menos aún desvirtuar o alterar sustancialmente el objeto del proceso constitucional (SSTC 13/2005, de 31 de enero, FJ 3; 143/2006, de 8 de mayo, FJ 2; 218/2006, de 3 de julio, FJ 2, y 22/2021, de 15 de febrero, FJ 1, entre otras) al pretender que el Tribunal enjuicie unos actos (del Poder Judicial y de la administración electoral) que no han sido objeto del recurso.

Por su parte, el Ministerio Fiscal considera idónea la vía utilizada (art. 42 LOTC) para encauzar la pretensión de amparo. Sin embargo, la sentencia discrepa de esta afirmación concluyendo que el enjuiciamiento constitucional del acuerdo de la secretaría general del Parlamento no habría de tener su cauce en la vía establecida en el art. 42 LOTC, sino, de cumplirse los presupuestos legales, en la configurada en el art. 43 LOTC.

Quizá lo más relevante de esta sentencia sea, en mi opinión, el resumen de la doctrina constitucional sobre el recurso de amparo *ex* art. 42 LOTC:

a) Es un «amparo directo» (SSTC 121/1997, de 1 de julio, FJ 3, y 130/2022, de 24 de octubre, FJ 2, por todas) contra decisiones o

actos sin valor de ley de las asambleas legislativas, o de sus órganos. Su enjuiciamiento corresponde exclusivamente a la jurisdicción constitucional, sin previa intervención de la ordinaria, lo que es una singular excepción en el principio de subsidiariedad, vertebrador entre otros, de la jurisdicción de amparo (por todas, STC 23/2020, de 13 de febrero, FJ 3).

b) Como toda excepción no puede ser objeto de un entendimiento expansivo, so pena de provocar una injustificada exclusión de los órganos del Poder Judicial en orden a las funciones que en general les corresponden para la garantía de los derechos e intereses legítimos (art. 24.1 CE), con el detrimento consiguiente de la subsidiariedad que es connatural, de principio, al recurso de amparo ante esta jurisdicción constitucional.

c) En cuanto a los actos que pueden ser objeto de este recurso de amparo, son solo los de «naturaleza típicamente parlamentaria […] por ser expresión *ad intra* de su autonomía» (SSTC 121/1997, recién citada, FJ 3; 226 y 227/2004, ambas de 29 de noviembre, FJ 1 de una y otra, y 35/2022, de 9 de marzo, FJ 2), con exclusión de aquellos otros que se hubieran dictado por autoridades internas de las mismas Cámaras «en materia de personal, administración y gestión patrimonial» (ATC 7/2012, de 13 de enero, FJ 2). Actos estos últimos controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa, así como después, si procediere, a través del cauce de amparo establecido en el art. 43 LOTC (STC 47/2011, de 12 de abril, FJ 3).

d) Los órganos de la Cámara a efectos del art. 42 LOTC son el Pleno (que no es, en rigor, órgano de la Cámara, sino la Cámara misma), y aquellos cuyas decisiones resulten imputables a las respectivas asambleas por ser «manifestación acabada de [su] voluntad» en tanto que instituciones de representación política, pues solo esta función representativa (del conjunto del pueblo español o de sus diversas articulaciones en cada comunidad autónoma) justifica, por tradición y en atención a la posición y autonomía de los parlamentos, la deferente singularidad que aquí se considera. Órganos, en otras palabras, siempre integrados o incorporados por representantes políticos y a los que corresponderá, según los casos, ya el ejercicio inmediato de tales funciones de representación popular, ya la decisión, en nombre de la Cámara y de conformidad con su reglamento, sobre las condiciones y procedimientos para ese desempeño, cometidos de gobier-

no, estos últimos, que solo pueden corresponder —de manera colegiada o no— a miembros de la respectiva asamblea, cuya autonomía de organización y funcionamiento (por todas, STC 118/1995, de 17 de julio, FJ 3) quedaría, si así no fuera, obviamente cancelada.

e) Los actos y acuerdos de estos órganos rectores de las Cámaras o de sus diversos colegios no siempre serán susceptibles del recurso de amparo directo establecido en el art. 42 LOTC, pues también a algunos de ellos le competen funciones meramente administrativas y sometidas al control, entonces, de la jurisdicción ordinaria. Ahora bien, este recurso no será nunca el cauce adecuado para enjuiciar actos y resoluciones dictados por los cargos funcionariales de la administración parlamentaria que pudieran afectar a derechos fundamentales, ya de los parlamentarios, ya de unos u otros empleados de la asamblea, ya, en fin, de cualesquiera ciudadanos. Tales actos y resoluciones no son ni directa ni indirectamente imputables a la representación popular que toma cuerpo en la Cámara respectiva, sino a la administración propia que está a su servicio.

f) El acceso a este recurso de amparo no puede quedar a la pura y simple disposición de la parte.

La sentencia concluye, como se ha anticipado, que la vía del art. 42 LOTC no era la adecuada para impugnar el acuerdo recurrido. Este es un acuerdo adoptado por el órgano superior de la administración parlamentaria que asume la ejecución de la resolución adoptada por la Junta Electoral Central, de declarar vacante el escaño del recurrente por la concurrencia de causa de inelegibilidad sobrevenida *ex* art. 6.2 b) LOREG, resolución firme en vía administrativa, y, por tanto, ejecutiva. Explica la sentencia que, ante la inacción del órgano al que la Junta Electoral Central requirió para la ejecución de su resolución, la secretaria general procedió a dar el debido cumplimiento a la resolución firme de la Junta Electoral Central dictando el acuerdo objeto del recurso de amparo. La resolución impugnada proviene de un cargo o autoridad funcionarial que «es el jefe superior […] de todos los servicios del Parlamento» (art. 249.1 RPC y, en términos análogos, art. 2.1 de los Estatutos del régimen y el gobierno interiores del Parlamento). El acto que adoptó la secretaria general (órdenes de servicio dirigidas a unidades y departamentos administrativos para que se tomara en cuenta, a los respectivos efectos, la pérdida de la condición de diputado del demandante, acordada por la Junta Elec-

toral Central) no puede imputarse al propio Parlamento de Cataluña como institución de representación política sino, estrictamente, a la administración al servicio de la Cámara. Su eventual enjuiciamiento constitucional, por lo mismo, no habría de tener su cauce en la vía establecida en el art. 42 LOTC, sino en la configurada en el art. 43 LOTC.

Ahora bien, la sentencia precisa que no se cumplieron los requisitos para la interposición del recurso de amparo por dicha vía. Las infracciones de derechos fundamentales imputadas a las instrucciones de la secretaria general del Parlamento de Cataluña hubieran sido solo atribuibles, en hipótesis, a los acuerdos de la Junta Electoral Central recurridos en vía contencioso-administrativa, por lo que se entiende que es patente que dicha impugnación habría sin duda dado lugar, de prosperar, al decaimiento o remoción de aquellas instrucciones, impartidas bajo órdenes o en línea directa de ejecución de los acuerdos de la administración electoral. Interpuesto por el señor Juvillà un recurso contencioso-administrativo cuya eventual estimación hubiera determinado la satisfacción de la pretensión que hoy deduce, el Tribunal concluye que se ha acudido a esta vía constitucional sin haber agotado la que fue incoada ante la jurisdicción ordinaria (art. 43.1 LOTC, último inciso), lo que impone la inadmisión del recurso.

VI. Jurisprudencia constitucional sobre el art. 23 CE en otros procesos constitucionales

1. Las sentencias dictadas en recursos de amparo electoral

El Tribunal Constitucional estimó, en las SSTC 51/2023 y 52/2023, ambas de 11 de mayo, dos recursos de amparo electoral, en la fase de proclamación de candidaturas de las elecciones locales y a las Asambleas de Ceuta y Melilla para el 28 de mayo de 2023.

En la primera de estas sentencias, el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo interpuesto por la agrupación de electores «Contigo Montemayor» contra la sentencia que anuló la proclamación de su candidatura. El problema que se planteaba en dicho recurso de amparo era la interpretación del art. 46.4 LOREG[34] que comportó la vulneración del art. 23.2 CE de los recurrentes en amparo.

[34] [l]a presentación de candidaturas debe realizarse con denominaciones, siglas o símbolos que no induzcan a confusión con los pertenecientes o usados tradicionalmente por otros partidos legalmente constituidos.

La segunda, la STC 52/2023, estimó el recurso de amparo planteado por la coalición electoral Ara Pacte Local. También se planteaba, en este caso, la confusión entre la denominación, siglas o símbolos de la candidatura denominada «Junts per Esparreguera-Ara Pacte Local» y la candidatura denominada «Esparreguera 2031-Junts-Compromís Municipal». A esta sentencia se formuló voto particular por la magistrada doña Laura Díez Bueso, al que se adhiere el magistrado don Ramón Sáez Valcárcel.

2. Otras sentencias.

2.1. *STC 144/2022, de 15 de noviembre*

Esta sentencia resuelve el recurso de amparo promovido por don Carles Puigdemont i Casamajó y don Antoni Comín i Oliveres, contra el acuerdo de 13 de junio de 2019 de la Junta Electoral Central que desestimó la petición de que fuera comunicada inmediatamente al Parlamento Europeo el acta de proclamación de candidatos electos, y se entregara a los demandantes la credencial acreditativa de tal condición, así como una copia certificada del acta de su proclamación y del escrutinio general de las elecciones europeas celebradas el 26 de mayo de 2019.

El objeto principal del recurso de amparo se concreta en la sentencia en determinar si las decisiones de la Junta Electoral, ratificadas judicialmente, constituyen una limitación ilegítima del art. 23 CE en sus dos vertientes; y explica que la finalidad declarada de la impugnación de los acuerdos de la Junta Electoral Central no era sino acceder plenamente al ejercicio del cargo electivo de europarlamentarios a pesar de no haber dado cumplimiento presencial al requisito de acatamiento a la Constitución, recogido en la Ley Orgánica del régimen electoral general como condición previa para hacer posible tal asunción. A esta pretensión nuclear son funcionales el resto de los motivos de amparo que justifican la demanda de forma derivada, complementaria o subsidiaria.

La sentencia inadmite el presente recurso de amparo en lo que respecta a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en la vertiente del derecho a un juez imparcial, por falta de invocación tempestiva, dado que en ningún momento fue solicitada en la vía judicial previa la exigible recusación de los magistrados y magistrada de cuya apariencia de imparcialidad se duda, una vez fue conocida la causa que ahora justifica su pretensión.

En todo lo demás, lo desestima como consecuencia de la satisfacción extraprocesal de las pretensiones planteadas, lo que supone su pérdida de objeto. El Tribunal tiene en cuenta que, en la sesión plenaria de 13 de enero de 2020, a raíz de la STJUE de 19 de diciembre de 2019, asunto Junqueras Vies, C-502/19, el Parlamento Europeo tomó nota de la elección de los señores Puigdemont y Comín como diputados del Parlamento Europeo con efecto retroactivo a partir del 2 de julio de 2019, fecha en la que se celebró su primera sesión tras las elecciones de 26 de mayo de 2019. En consecuencia, desde aquella fecha, ambos fueron autorizados a asumir sus funciones, a ejercer su mandato representativo y a ocupar su escaño, ejerciendo plenamente desde entonces los derechos correspondientes al estatuto de diputado europeo. La sentencia entiende que con la citada decisión del Parlamento Europeo—varios meses antes de la presentación de la demanda de amparo, que lo fue el 16 de noviembre del mismo año—, los demandantes obtuvieron la satisfacción extraprocesal de su pretensión principal y, con ella, el cese de la limitación que denuncian de sus derechos, esto es, el acceso a la condición de diputado europeo con reconocimiento y posibilidad de pleno ejercicio de la función parlamentaria para la que habían sido proclamados diputados electos como consecuencia de las elecciones europeas celebradas el 26 mayo de 2019. Lo que significa la reparación de facto de los derechos fundamentales que, de forma nuclear, constituyen el contenido de la pretensión de amparo. A esta decisión, además, se le reconocen efectos retroactivos desde la primera sesión celebrada en la legislatura, que tuvo lugar el 2 de julio de 2019.

Esta circunstancia, anterior en el tiempo a la formulación de la demanda de amparo, permite al Tribunal Constitucional desestimar el recurso de amparo como consecuencia de la satisfacción extraprocesal de las pretensiones planteadas, lo que supone su pérdida de objeto al no subsistir ya los efectos de las decisiones de la Junta Electoral Central cuestionadas. Entiende el Tribunal que el fundamento de esta desestimación, al no venir apoyado en razones de fondo, hace innecesario el análisis de la pretensión de reenvío prejudicial planteada en la demanda, que deviene irrelevante para justificar este pronunciamiento, así como el resto de las pretensiones de amparo planteadas de forma derivada o subsidiaria que están relacionadas y cuestionan la revisión judicial de las decisiones de la Junta Electoral Central, pues todas ellas reiteran o tienen que ver de forma decisiva con la primera pretensión, cuya desestimación se ha acordado.

2.2. *STC 148/2022, de 29 de noviembre*[35]

Don Carles Puigdemont i Casamajó y don Antoni Comín i Oliveres, interpusieron recurso de amparo contra los acuerdos de 20 de junio de 2019 de la Junta Electoral Central, el primero de los cuales rechazó la validez de la promesa no presencial de acatamiento de la Constitución exigida por el art. 224.2 LOREG solicitada por los recurrentes, declarando el segundo vacantes sus escaños en el Parlamento Europeo dada la falta del debido acatamiento por su parte, así como suspendidas las prerrogativas que les pudieran corresponder por razón de su cargo en tanto no se produzca dicho acatamiento, lo que se acuerda comunicar al Parlamento Europeo.

La sentencia precisa que el objeto principal del presente recurso de amparo consiste en determinar si las decisiones de la Junta Electoral, ratificadas judicialmente, constituyen una limitación ilegítima de los derechos reconocidos en el art. 23 CE, y explica que la finalidad declarada de la impugnación de los acuerdos de la Junta Electoral Central no era sino acceder plenamente al ejercicio del cargo electivo de europarlamentarios a pesar de no haber dado cumplimiento presencial al citado requisito, recogido en la Ley Orgánica del régimen electoral general como condición previa para hacer posible tal asunción. A esta pretensión nuclear son funcionales el resto de los motivos de amparo que justifican la demanda de forma derivada, complementaria o subsidiaria.

El recurso de amparo se resuelve por aplicación de la doctrina sentada en la STC 144/2022, de 15 de noviembre, ya que es idéntico en los motivos de impugnación y en su desarrollo argumentativo al entablado frente al previo acuerdo de la Junta Electoral Central de 13 de junio de 2019. Explica el Tribunal que la coincidencia de los motivos de amparo y su desarrollo argumental bien es cierto que, proyectados a resoluciones diversas e incluso dictadas en procedimientos judiciales distintos, pero atinentes en todo caso al acceso pleno al ejercicio del cargo electivo de parlamentario europeo que pretende la parte actora, conduce a resolver el presente proceso constitucional conforme a los términos fijados en la STC 144/2022.

En consecuencia, la sentencia inadmite el recurso de amparo en lo que respecta a la alegada vulneración del derecho a un proceso con todas

[35] Lacambra Escobedo, M. (2023). «El estatuto jurídico de los parlamentarios y los requisitos de acceso al cargo: Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional 148/2022 y 149/2022, de 29 de noviembre. Recursos de amparo núms. 1194-2021 y 1212-2021. (BOE núm. 5 de, 6 de enero de 2023)». *Revista de Las Cortes Generales*, 115, 433-452. Disponible en: https://doi.org/10.33426/rcg/2023/115/1762

las garantías (art. 24.2 CE), en la vertiente del derecho a un juez imparcial, por falta de invocación tempestiva y lo desestima, en todo lo demás, como consecuencia de la satisfacción extraprocesal de las pretensiones planteadas, lo que supone su pérdida de objeto.

2.3. *STC 149/2022 de 29 de noviembre*

Esta sentencia inadmite parcialmente y desestima en lo demás el recurso de amparo planteado por don Carles Puigdemont i Casamajó y don Antoni Comín i Oliveres contra la resolución del magistrado instructor de la causa especial núm. 20907-2017 que dirige al Parlamento Europeo suplicatorio de suspensión de la inmunidad parlamentaria de los recurrentes en amparo. La resolución inicial está fechada el 10 de enero de 2020, y sería confirmada posteriormente por auto de 4 de marzo del mismo año y del mismo magistrado. Planteado recurso de apelación contra ambas resoluciones, las mismas serán confirmadas por auto de 23 de octubre de 2020, aprobado por la sala de recursos del Tribunal Supremo que desestimará el posterior incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra este auto mediante resolución fechada el 28 de diciembre de 2020.

En esta sentencia, respecto a la vulneración del art. 23.2 CE, en su vertiente del derecho a disfrutar la prerrogativa de inmunidad, el Tribunal hace constar una circunstancia sobrevenida al planteamiento del presente recurso de amparo que necesariamente ha de ser tenida en cuenta a la hora de resolver sobre el fondo de las pretensiones en relación, entre otras, con la denunciada vulneración del art. 23.2 CE: el 9 de marzo de 2021 el Parlamento Europeo respondió a las peticiones de suplicatorio respecto de los recurrentes en amparo resolviendo suspender la inmunidad de la que gozaban en virtud del art. 9, párrafo primero, letra b) del Protocolo núm. 7 sobre los privilegios e inmunidades de la Unión Europea. Dicha decisión fue objeto de un recurso de anulación, presentado, entre otros, por los dos recurrentes en amparo, el 19 de mayo de 2021 ante el Tribunal General de la Unión Europea, en el curso de cuya tramitación se han suspendido los efectos de la resolución del Parlamento Europeo, de modo que se ha mantenido la inmunidad parlamentaria de los recurrentes en amparo a la espera de una resolución sobre el fondo de las pretensiones deducidas. La sentencia expone que los recurrentes en amparo han abierto dos vías paralelas para controvertir el suplicatorio dirigido al Parlamento Europeo: ante la jurisdicción constitucional se

impugna el planteamiento y elevación del suplicatorio, y ante el Tribunal General se impugna la concesión del suplicatorio por parte del Parlamento Europeo, estando pendiente de confirmación o revocación tal concesión, a la espera de la resolución del recurso en el asunto T-272/21[36].

La sentencia explica que la solicitud de suplicatorio, por sí misma, no tiene efecto alguno en el estatuto personal de los europarlamentarios, ni en el alcance de su inmunidad, en tanto que esta no es impeditiva de dicha solicitud, lo que conduce a la desestimación de la queja relativa al art. 23.2 CE por dirigirse el presente amparo contra resoluciones judiciales que no puede incidir *per se* en la prerrogativa. Es la concesión de la suspensión de inmunidad la resolución que tendría, en su caso, efecto sobre el derecho a disfrutar la prerrogativa de inmunidad (art. 23.2 CE), y esta cuestión queda fuera del objeto del presente recurso de amparo, siendo propia al objeto del recurso en el asunto T-272/21.

3. Jurisprudencia constitucional sobre el procedimiento legislativo

3.1. *SSTC 19/2023, de 22 de marzo y 94/2023, de 12 de septiembre. La tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia*

El Tribunal Constitucional en las SSTC 19/2023, FJ 3, y 94/2023, FJ 2, ha desestimado las quejas formuladas en relación con los vicios procedimentales que reprochan a la tramitación de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, los recursos de inconstitucionalidad planteados, respectivamente, por cincuenta diputados del grupo parlamentario Vox y por cincuenta diputados del grupo parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, contra la citada ley orgánica.

a) Se descartan los reproches relativos a la tramitación urgente ya que los recurrentes parten de un error, porque la proposición de ley que está en el origen de la LORE no fue tramitada por el

[36] Resuelto por Sentencia del Tribunal General (Sala Sexta ampliada) de 5 de julio de 2023. Asunto T-272/21, Carles Puigdemont i Casamajó, Antoni Comín i Oliveres y Clara Ponsatí i Obiols contra Parlamento Europeo, apoyado por Reino de España.

procedimiento de urgencia. Respecto a la tramitación durante la vigencia de un estado de alarma y en un contexto de grave pandemia, el Tribunal no alcanza a ver, ni la demanda sugiere cosa alguna al respecto, cómo la vigencia del estado de alarma hubiera producido un menoscabo efectivo de los derechos de los parlamentarios a participar en este concreto procedimiento legislativo. Se trataría de una denuncia absolutamente indeterminada y que ninguna relación guarda con lo enjuiciado y resuelto en la STC 168/2021, de 5 de octubre [STC 19/2023, FJ 3 B) a)].

b) Sobre los vicios del procedimiento legislativo por la ausencia de informes en la tramitación de las proposiciones de ley, se descartan las quejas relativas a que no se haya recabado durante la tramitación parlamentaria el informe del Consejo de Estado, del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo Fiscal y del Comité de Bioética de España.
   i) Respecto al informe del Comité de Bioética, se reitera doctrina anterior, conforme a la cual, «las proposiciones de ley de origen parlamentario no requieren, ni en su presentación ni en su tramitación ulterior, de la emisión de informes previos de tipo alguno [STC 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 5 c)], fueran o no los mismos exigibles para el Gobierno antes de someter al Congreso un determinado proyecto de ley (art. 88 CE). El legislador, que obviamente no queda «sujeto a las determinaciones o valoraciones técnicas que puedan ofrecer expertos o peritos en la materia sobre la que pretende legislar» (STC 112/2021, de 13 de mayo, FJ 5), ni siquiera viene obligado, en lo que ahora importa, a recabar tales valoraciones, por más que pueda llegar a hacerlo. Imponer lo contrario supondría dar lugar a una participación preceptiva de otros órganos o instancias, a título consultivo, en el ejercicio de la potestad legislativa del Estado, que corresponde en exclusiva a las Cortes Generales (art. 66.2 CE)». En todo caso, se pone de relieve que se emitió de oficio dicho informe durante la tramitación parlamentaria en la que fue tenido en cuenta [STC 19/2023, FJ 3 B) b)].
   ii) Se descarta la vulneración del art. 23 CE por no haber solicitado informe del Consejo General del Poder Judicial, ya que la LORE no tuvo su origen en un proyecto de ley gubernamental, sino en una proposición de ley del grupo parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados. Se afirma

que los puntos 6 y 8 del art. 561.1 LOPJ se refieren estrictamente a informes sobre los anteproyectos de ley por lo que la discusión sobre la eventual trascendencia constitucional de la omisión de dicha consulta tan solo se podría suscitar respecto de los proyectos de ley sometidos por el Consejo de Ministros al Congreso de los Diputados, nunca sobre las proposiciones de ley tomadas en consideración por una u otra Cámara, proposiciones cuya tramitación se rige, exclusivamente, por los reglamentos respectivos (art. 89.1 CE), en los que no se prevé informe preceptivo alguno a cargo de otros órganos [STC 19/2023, FJ 3 B) c)].

d) En cuanto a que no hubiera sido atendida por la mesa de la comisión de justicia la solicitud de apertura de plazo para la comparecencia de expertos, se reitera que el legislador no queda sujeto a las determinaciones o valoraciones técnicas que puedan ofrecer expertos o peritos en la materia sobre la que pretende. Es la mesa de la comisión de justicia, a partir de lo establecido en el art. 44 RCD, la que decide, conforme a un criterio de oportunidad política, la celebración o no de comparecencias. No lo apreció así la mesa de la comisión de justicia en este caso y nada hay que objetar a ello en términos jurídico-constitucionales [STC 94/2023, FJ 2 B) b)].

e) Por último, los recurrentes alegan que la tramitación de la iniciativa legislativa vía proposición de ley permitió, mediante un fraude de ley, eludir dar audiencia tanto al Consejo General del Poder Judicial como a los comités de expertos y a los sujetos afectados. Al respecto se indica que lo que la demanda llama, con lenguaje ajeno a la Constitución, «identidad funcional» entre Gobierno y mayoría en las Cámaras es expresión de una apreciación política, no jurídica, que en absoluto se compadece con la propia racionalidad de la democracia parlamentaria [STC 123/2017, de 2 de noviembre, FJ 3 b)]. Tampoco autoriza, por lo mismo, a calificar de fraude de ley la utilización de una proposición de ley, no de un proyecto del Ejecutivo, en orden a incoar el procedimiento legislativo ni a reclamar, parangonando lo incomparable, la imposición en el primero de estos cauces de exigencias que solo pueden llegar a pesar sobre el segundo [STC 19/2023, FJ 3 B) c)].

3.2. *STC 49/2023, de 10 de mayo. La tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación*[37]

La STC 49/2023 resuelve el recurso planteado por diputados del grupo parlamentario Popular en el Congreso contra la citada Ley Orgánica 3/2020. El FJ 12 de esta sentencia se dedica a lo que la misma denomina defectos en la tramitación de la Ley Orgánica 3/2020 y parte de la doctrina conforme a la que el Tribunal debe comprobar si se ha producido la vulneración de la normativa reguladora de la elaboración de las leyes para, solo después, y en su caso, valorar si aquella vulneración pudo tener relevancia para la formación de la voluntad legisladora. En este caso, dice la sentencia que no se ha producido ninguno de dichos incumplimientos.

a) La primera queja se refería a que el proyecto de ley remitido al Congreso no iba acompañado del dictamen del Consejo de Estado, lo que era preceptivo, a juicio de la demanda, dado que consideran que ejecuta un tratado internacional como es el Acuerdo con la Santa Sede en materia de enseñanza de la religión. Tras citar el art. 88 CE, la sentencia afirma que en el caso de que este dictamen se considerara antecedente necesario, los recurrentes hubieran debido denunciarlo ante las cámaras, y no consta que formularan tal denuncia y, además, solo tendría trascendencia si se hubiera privado a las cámaras de un elemento de juicio necesario para tomar su decisión.
b) En lo atinente a la falta de comparecencia de expertos ante la comisión de educación y formación profesional, se denuncia tanto el que lo denegara la mesa y no el pleno de la comisión, como la consecuencia de que no se hubiera ilustrado a los diputados sobre la conveniencia y oportunidad de la LOMLOE. La primera queja, señala la sentencia, parte de una premisa errónea, puesto que la decisión fue ratificada por la comisión en pleno y no por la mesa, como da a entender la demanda. Respecto a la

[37] La STC 34/2023, de 18 de abril, resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por cincuenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados contra la Ley Orgánica 3/2020. No entra en las consideraciones generales sobre el procedimiento legislativo ya que en el escrito de interposición no se cita precepto alguno que haya sido vulnerado, ni se denuncia que la voluntad de las Cámaras se haya visto afectada de forma sustancial, como exige la jurisprudencia constitucional.

segunda, con cita del art. 44 RCD, se indica que la convocatoria de expertos se propone por los grupos y se acepta o rechaza discrecionalmente por la comisión, como se hizo en el presente caso, con pleno respeto al Reglamento.

c) Finalmente, en relación con la falta de consulta a la Conferencia Sectorial de Educación, en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo que acompañaba al proyecto de ley se afirma que tal consulta se realizó.

F

Crónica sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) desde septiembre 2022 a octubre 2023.

Carlos Ortega Carballo

Letrado del Tribunal Constitucional

SUMARIO

I. Introducción

II. Artículo 2

III. Artículo 3

IV. Artículo 6

V. Artículo 8

VI. Artículo 10

VII. Artículo 1 Protocolo 1

I. Introducción

Durante el periodo de septiembre de 2022 a octubre de 2023, el TEDH ha dictado 9 sentencias condenatorias, 3 sentencias donde no apreció violación del Convenio y 6 decisiones motivadas de inadmisión. A la luz de las resoluciones dictadas por el TEDH en relación a España, se puede seguir afirmando que nuestro país goza de un buen sistema de protección de los derechos humanos. No se detectan condenas estructurales o sistémicas que pudieran alertar sobre defectos graves de nuestro ordenamiento legal.

Esquemáticamente, como introducción, se puede señalar que el TEDH ha condenado a España por violación del art. 2, derecho a la vida, si bien en su aspecto procesal, caso *Garrido Herrero contra España*, por considerar insuficiente una investigación penal sobre el mal funcionamiento de un respirador que supuestamente provoco la muerte de una paciente. Tras esta condena, bastante discutible ya que no parece existir en la Constitución española un derecho fundamental equivalente (salvo en los casos de investigación de denuncias de torturas), se abre un nuevo debate sobre el deber de investigación y su intensidad en el ámbito penal.

En relación con el Articulo 3, prohibición de torturas o trato degradante, el TEDH inadmitió la demanda planteada en el caso *Carvajal contra España*, porque el recurrente no acreditó suficientemente la posibilidad de ser condenado a cadena perpetua en Estados Unidos, país que reclamaba su extradición.

Sobre el Articulo 6 el TEDH, en el caso *Dahman contra España*, inadmitió un recurso que se quejaba de la necesidad de efectuar un depósito para poder apelar una sentencia en un proceso sumario sobre

arrendamiento. En el caso *Marina Aucanda Group S.L contra España*, el Tribunal no aprecia violación del Artículo 6, tampoco en el *caso Alonso Saura contra España* sobre un nombramiento en la carrera judicial. Sobre el incidente de nulidad y su «reviviscencia», el Tribunal en el caso *Olivares s Zúñiga contra España,* respalda la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el incidente de nulidad. Más controvertida es la solución dada por el TEDH en el caso *Lorenzo Bragado contra España*, en el que se aprecia violación de Artículo 6 por una inadmisión inmotivada de un recurso de amparo.

En relación al Artículo 8, cuyo contenido, en parte, no tiene equivalencia en la Constitución, se han dictado varias sentencias. En el caso *Artur Mas contra España*, el TEDH inadmite la demanda al no haber utilizado el recurrente las vías de reparación nacionales oportunas. Tampoco en el caso *P.A. contra España*, se aprecia violación. En el *caso Muhammad contra España*, el Tribunal descarta que la identificación policial del demandante tuviera como motivo su condición de extranjero. En el caso *Veres contra España*, el TEDH aprecia violación del artículo 8.

Sobre condenas penales como consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión, el Tribunal rechazó la demanda de un rapero condenado por apología del terrorismo, caso *Jorge López contra España,* y condenó en dos ocasiones por violación del Artículo 10 en los casos *Ayuso Torres y Fragoso Dacosta.* En el caso *Gozalbo Moliner contra España*, se descarta a violación del citado artículo.

Por último, el Tribunal apreció una violación del derecho de propiedad, Articulo 1 del Protocolo 1, en los casos *Domenech Aradilla y Rodriguez Gonzalez contra España,* caso *Valverde Digon contra España* y caso *del Pino Ortiz y otros contra España.*

A continuación se analiza cada uno de los casos mencionados.

II. Artículo 2[1]

La STEDH de 11 Octubre 2022, caso Garrido Herrero contra España, condena al Estado por una violación del artículo 2 del Convenio, en

[1] El citado artículo dispone: «*1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión il-*

su vertiente procesal. El supuesto de hecho era el siguiente. La hija de la demandante tuvo un accidente de tráfico en marzo de 2010. Como consecuencia del accidente, la niña quedó con necesidad de ventilación asistida (estuvo conectada permanentemente a un respirador para mantener la vida). El 4 de marzo de 2012, la niña entró en coma como consecuencia de una supuesta avería en su respirador, lo que finalmente provocaría su fallecimiento al año siguiente. El 4 de mayo de 2012, tras el diagnóstico de muerte cerebral de la niña, la demandante solicitó el alta voluntaria del hospital y se llevó a la niña a su casa bajo su cuidado. La niña falleció el 2 de noviembre de 2013 como consecuencia de sus lesiones y del mal funcionamiento del respirador que la asistía. La demandante inicio un proceso penal por daños corporales causados por negligencia grave contra el distribuidor, contra el fabricante del respirador y contra sus respectivas compañías de seguros. Tras una complicada tramitación procesal, con múltiples declaraciones de testigos y ausencia de algunas pruebas, el proceso se sobreseyó hasta en tres ocasiones. En la tercera ocasión, la Audiencia Provincial ratificó la resolución del juzgado de instrucción, confirmando el sobreseimiento provisional de la causa. En particular, observó que no se había solicitado ninguna prórroga por parte del fiscal para continuar la investigación, y que, a tenor de las ya realizadas, no existían indicios contra los técnicos que habían declarado, ni contra ninguna otra persona concreta, que permitieran adoptar una decisión distinta del sobreseimiento. Interpuesto recurso de amparo, fue inadmitido, tras recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal, por el ATC 40/2019, de 22 de mayo, con una opinión discrepante.

El TEDH ha sostenido que, en virtud de la vertiente procesal del artículo 2 del Convenio, una investigación debe ser eficaz en el sentido de que sea capaz de conducir a la identificación y el castigo de los responsables. No se trata de una obligación de resultado, sino de medios, lo que no implica el derecho a que terceros sean procesados —o condenados— por una infracción penal. Más concretamente, el Tribunal ha interpretado que la obligación procesal del artículo 2 en el contexto de la asistencia sanitaria exige que los Estados establezcan un sistema judicial eficaz e independiente para que se pueda determinar la causa de la muerte de los pacientes atendidos por la profesión médica, ya sea en el sector público o en el privado, que los responsables rindan cuentas y que el procedi-

egítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.»

miento se complete en un plazo razonable (§69 a §73). En el presente caso, la demandante se quejó de una supuesta negligencia de los técnicos de la empresa distribuidora contratada por el hospital público. Según ella, la empresa podría haber previsto el mal funcionamiento del respirador, y debería haber cambiado el equipo (§76). Dentro del largo y complejo proceso penal llevado a cabo, el TEDH observa que ningún perito fue llamado ni por la demandante, ni por el fiscal (ni por el juez de instrucción de oficio), a declarar en el procedimiento para aclarar la causa exacta del coma y posterior muerte del niño (§82).

Destaca el TEDH que la Audiencia Provincial revocó la decisión del juez de instrucción de sobreseer las actuaciones inmediatamente después de abrirlas, sin haber practicado ninguna diligencia de investigación. El juez de instrucción ordenó entonces que la empresa distribuidora facilitara los datos identificativos del técnico que había realizado la instalación del ventilador, para que pudiera ser oído. Fueron oídos algunos testigos, entre ellos el demandante y un técnico. También se presentaron los documentos pertinentes relativos a la inspección del ventilador. Unos meses después, el juez de instrucción archivó por segunda vez el procedimiento, sin haber podido identificar o localizar al técnico que realmente instaló el respirador a la niña. La Audiencia Provincial ordenó entonces la reapertura de la fase de instrucción por segunda vez. Declararon más testigos, entre ellos tres técnicos de la empresa distribuidora, pero la persona que había instalado el respirador seguía sin ser identificada, y no se estableció la causa de la muerte de la niña. Por tercera vez, el juzgado de instrucción sobreseyó el caso, alegando que había transcurrido el plazo de investigación. La Audiencia Provincial aceptó los argumentos del juez de instrucción y confirmó el sobreseimiento, a pesar de que ni siquiera se habían aportado al juez de instrucción todas las pruebas que la propia Audiencia Provincial había solicitado (§83).

Entiende el TEDH que la cuestión era saber si la muerte de la menor había sido causada por un fallo en el ventilador, y si ese fallo había sido de carácter mecánico (y en ese caso, si podía y debía haberse previsto y evitado) o si había sido causado por una inadecuada instalación de sus componentes u otra cuestión causada por una negligencia. Sólo después de aclarar lo anterior se podría haber establecido la posible responsabilidad, ya sea civil o penal. Parece que la cuestión podría haberse respondido ordenando un análisis pericial sobre el respirador de la hija de la demandante y sus componentes. Sin embargo, el juez de instrucción no ordenó ningún informe técnico de este tipo, aunque nada sugiere que fuera complejo o no estuviera disponible (§84).

El Tribunal observa que el juez de instrucción solo llamó a los testigos de la empresa, pero no tuvo en cuenta ninguna fuente pericial, técnica o cualquier otra fuente objetiva, para arrojar luz sobre el supuesto problema técnico (§85). El Tribunal recuerda que no puede especular sobre las razones por las que el respirador aparentemente falló ni a identificar qué tipo de medidas debería haber tomado el juez. Sin embargo, afirma que, cuando existe una alegación *prima facie* de una cadena de acontecimientos posiblemente desencadenada por un acto supuestamente negligente que puede haber contribuido a la muerte de un paciente, cabe esperar que las autoridades lleven a cabo un examen exhaustivo del asunto (§86).

Reprocha que el ministerio público no solicitara ninguna prueba que se presentara ante el juez de instrucción por iniciativa propia, ni mostrara ningún esfuerzo por aclarar las circunstancias del caso. Lo contrasta con la actuación del fiscal encargado del caso ante el Tribunal Constitucional que solicitó que admitiera el recurso de amparo de la demandante y que declarara la vulneración de sus derechos fundamentales (§87). El hecho de que ni siquiera se haya establecido con certeza la causa de la muerte, muestra una deficiencia en la forma en que el juez investigó el caso. Entiende el TEDH que los tribunales nacionales abordaron los hechos de forma bastante pasiva (§90).

Para el TEDH, la investigación penal fue excesivamente larga, y, ni la conducta del demandante ni la complejidad del caso pueden bastar para explicar tal duración (§93).

En conclusión, el TEDH considera que el sistema nacional en su conjunto, ante un caso discutible de negligencia que provocó la muerte de la hija de la demandante, no proporcionó una respuesta adecuada, eficaz y oportuna en consonancia con la obligación del Estado en virtud del artículo 2. En consecuencia, aprecia una violación del aspecto procesal de dicha disposición (§94). Se inadmite, sin embargo, la queja bajo el art. 6 del Convenio, puesto que dicho artículo no prevé el derecho a obtener el enjuiciamiento y la condena de un tercero.

III. Artículo 3[2]

El TEDH, mediante *Decisión de 4 de julio de 2023, caso Carvajal Barrios contra España*, inadmitió la demanda en la que se alegaba la

[2] El Artículo 3 dispone: *«Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.»*

violación del Artículo 3 del Convenio. El demandante, Hugo Armando Carvajal Barrios, de nacionalidad venezolana, se encuentra detenido en Estremera (Madrid). Fue miembro de la agencia de inteligencia venezolana. En julio de 2014, mientras se desempeñaba como cónsul de Venezuela en Aruba (Reino de los Países Bajos), fue arrestado en cumplimiento de una orden de arresto del Departamento de Estado de los Estados Unidos. Como resultado de su inmunidad diplomática, finalmente fue expulsado de Aruba, en lugar de ser extraditado a los Estados Unido. En 2019, mientras se desempeñaba como miembro de la Asamblea Nacional de Venezuela, fue expulsado de las fuerzas armadas y acusado de traición a la patria por su apoyo a Juan Guaidó como presidente. Huyó del país hacia Trinidad y Tobago y luego se mudó a la República Dominicana. En marzo de 2019 el Sr. Carvajal Barrios viajó a España bajo una identidad ficticia, donde fue arrestado en abril de ese año en cumplimiento de una orden de la Interpol.

Las autoridades estadounidenses solicitaron la extradición por cargos, entre otros, de conspiración para el narcoterrorismo, conspiración para importar cocaína a los Estados Unidos y posesión de armas para promover un delito de narcotráfico. En septiembre de 2019 la Audiencia Nacional decidió inicialmente rechazar la solicitud. La fiscalía interpuso recurso de apelación, que fue admitido. La Audiencia Nacional desestimó una apelación presentada por el Sr. Carvajal Barrios, pero ese tribunal emitió una decisión separada para abordar el riesgo de una cadena perpetua sin libertad condicional para el Sr. Carvajal Barrios si era extraditado, sosteniendo que las autoridades estadounidenses tenían que proporcionar garantías de que, en particular, estaría disponible «la posibilidad de revisión de una sentencia de cadena perpetua» o «medidas de clemencia».

La embajada de los Estados Unidos envió una nota verbal en noviembre de 2021, indicando que en caso de que el solicitante sea condenado: *«no estaría sujeto a una sentencia inalterable de cadena perpetua porque, si se impusiera una sentencia de cadena perpetua, el marco vigente de los Estados Unidos permite que pueda solicitar la revisión de su sentencia en apelación y también solicitar la reducción de su sentencia en la forma de una petición de indulto o conmutación a una pena menor. Si se concediera un indulto o una conmutación de acuerdo con los procedimientos aplicables de los Estados Unidos, eso daría como resultado una reducción de la sentencia».*

En octubre de 2021, luego de un recurso de amparo fallido, la Audiencia Nacional emitió una orden para que el Sr. Carvajal Barrios fuera entregado a las autoridades estadounidenses. El Sr. Carvajal Barrios

también solicitó asilo y protección subsidiaria en España sin éxito. Los distintos recursos de amparo interpuestos por el recurrente en las distintas fases del proceso de extradiciones fueron inadmitidos.

El recurrente alegaba que su extradición a los Estados Unidos pondría en riesgo de cadena perpetua sin libertad condicional. Recuerda el TEDH que para que el señor Carvajal Barrios pueda defender su caso, tendría que demostrar un riesgo real de que se le imponga una sentencia de cadena perpetua sin libertad condicional en los Estados Unidos. Como aún no había sido juzgado, era difícil determinar el resultado, pero el TEDH asume que será juzgado en un sistema legal respetuoso del estado de derecho y los principios de un juicio justo, en el que tendrá plena oportunidad montar una defensa con la ayuda de representación legal.

Explica el Tribunal, a la vista de la documentación aportada, que la sentencia condenatoria a cadena perpetua no sería una consecuencia automática ya que existen diversas circunstancias de las que el Sr. Carvajal Barrios podría beneficiarse y no recibiría la pena más severa posible. Podría, hipotéticamente, ser absuelto o llegar a una acuerdo con la fiscalía. En definitiva, el recurrente no proporcionó ninguna información de que no se tomarían en cuenta los factores atenuantes en su caso. Además, queda acreditado que también tendría derecho a apelar la sentencia.

El TEDH reiteró que, en el contexto de la extradición, para cumplir con el Artículo 3, España no estaba obligada a examinar la disponibilidad de garantías procesales en los Estados Unidos porque examinar la ley y la práctica pertinentes de ese Estado sería indebidamente difícil para la autoridad nacional. Se remite el TEDH en gran medida a los principios establecidos en *Sanchez-Sanchez v. the United Kingdom* [GC] (no. 22854/20).

En resumen, el recurrente no pudo demostrar que correría un riesgo real de que las garantías derivadas del Artículo 3 del CEH serían violadas en caso de ser extraditado. Por lo tanto, el Tribunal consideró que la demanda estaba manifiestamente infundada y la declaró inadmisible.

IV. Artículo 6[3]

a) En la *Decisión de 15 de noviembre de 2022, caso Dahman contra España*, el supuesto de hecho era el siguiente. En 2011, el Instituto

[3] El Articulo 6 dispone: «*1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial,*

de la Vivienda de Madrid (en adelante, «IVIMA») concedió al demandante, que había sido desahuciado de la casa en la que vivía anteriormente con su familia, una vivienda pública. El demandante y el IVIMA firmaron un contrato de arrendamiento subvencionado por un período de siete años. La renta se fijó en 393,21 euros al mes, que debía incrementarse anualmente en un porcentaje igual a la variación porcentual del índice de precios al consumo. El 16 de noviembre de 2011, el IVIMA concedió a la demandante una reducción del alquiler del 75% durante dos años. Posteriormente, el 10 de septiembre de 2013, se le concedió una reducción del alquiler del 90% durante otros dos años; en consecuencia, el alquiler mensual ascendió a 49,10 euros.

En 2013, el IVIMA vendió treinta y dos bloques de viviendas de protección oficial, entre los que se encontraba el que albergaba a la familia del demandante, a una empresa privada (A.G.), que posteriormente lo transfirió a una filial, E.C. Posteriormente, esta última, tras hacerse cargo del inmueble, se convirtió en el nuevo arrendador del demandante. E.C. informó a la demandante de que se mantendrían los términos del contrato de arrendamiento.

A partir de noviembre de 2013, la demandante debía pagar la totalidad del alquiler especificado en el contrato (393,21 euros al mes), ya que E.C. consideraba que no estaba obligada por la reducción del 90% del alquiler durante dos años concedida por el IVIMA a la demandante. Durante el periodo comprendido entre noviembre de 2013 y octubre de 2017, la demandante pagó durante once meses (de casi cuatro años) una renta de 49,10 euros, es decir, la antigua renta reducida, que representaba el 10% del importe íntegro del alquiler reflejado en los términos del contrato de arrendamiento. E.C. interpuso un procedimiento civil verbal contra la demandante ante un juzgado de primera instancia en noviembre de 2017. En el marco de este procedimiento sumario dirigido exclusivamente a obtener las rentas debidas o la posesión de la vivienda, denunció que la demandante le debía 14.420,72 euros, que comprendían los pagos de las rentas atrasadas.

---

establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan 10 11 o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia (...)»

Tras diversas vicisitudes procesales, el juzgado civil de primera instancia dictó sentencia el 10 de julio de 2019 en la que, dado que el demandante no había acreditado el pago de las rentas debidas, le condenó a desalojar la vivienda y a pagar 14.420,72 euros a E.C.

El demandante interpuso un recurso de apelación, que fue declarado inadmisible por el Juzgado de Primera Instancia por no haber satisfecho la obligación de pago o de garantía de la deuda a la que había sido condenado por la sentencia de primera instancia, tal y como exigía la ley como requisito para la interposición de un recurso de apelación en virtud del artículo 449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El demandante interpuso otro recurso (recurso de queja) contra dicha resolución alegando que, dado que se le había concedido la asistencia jurídica gratuita, debería haber sido eximido de dicho requisito de depositar las rentas impagadas para poder interponer el recurso. El recurso fue desestimado.

El demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue inadmitido por considerar que el demandante no había cumplido con la obligación de demostrar que su recurso tenía «especial trascendencia constitucional».

Basándose en el artículo 6 § 1 y en el artículo 14 del Convenio, el demandante se quejó esencialmente de que no había tenido acceso a un tribunal de apelación porque para presentar un recurso se le había exigido el pago de la deuda (el alquiler impagado) ordenado por el tribunal de primera instancia, pero no había podido hacerlo debido a su mala situación económica. Esto también había supuesto una discriminación por razón de su origen social. Además, se quejó de que el tribunal de primera instancia no había respondido a todas las cuestiones pertinentes que había planteado (§ 40).

El Tribunal señala que, de conformidad con las disposiciones internas pertinentes, para interponer un recurso en un procedimiento civil ante un tribunal de apelación, el recurrente debe pagar un depósito de 50 euros (depósito para recurrir). En caso de que el recurrente no pague el depósito, el recurso no será admitido a trámite. Sin embargo, en determinados tipos de procedimientos, incluidos los procedimientos en los que el arrendador reclama el pago de rentas atrasadas y/o solicita el desalojo del inquilino, el recurrente está obligado, además del depósito de 50 euros, a pagar o garantizar la deuda a la que ha sido condenado por una sentencia de primera instancia. Por lo tanto, el recurrente está obligado a acatar la resolución de primera instancia antes de recurrir, ya que, de lo contrario, el recurso no será admitido a trámite. A juicio del Tribunal, este requisito constituye claramente una restricción del derecho de acce-

so del recurrente a un tribunal (§58). No obstante, el Tribunal ha considerado que los objetivos perseguidos por la obligación impuesta a un recurrente de cumplir la decisión de un tribunal antes de recurrir pueden considerarse legítimos, en particular para garantizar la protección de los acreedores, evitar los recursos dilatorios o reforzar la autoridad de los tribunales inferiores (§59).

A la luz de lo anterior, el Tribunal señala, en primer lugar, que el procedimiento de arrendamiento es un procedimiento sumario que puede iniciar el arrendador cuando el inquilino deja de pagar el alquiler. Mientras dura el procedimiento, el arrendador no recibe la renta ni puede hacer uso de su propiedad. Por consiguiente, cuanto más dure el procedimiento, mayor será el perjuicio para el arrendador. En este sentido, aunque el procedimiento ante el tribunal de segunda instancia se desarrollara con celeridad, sólo sería el arrendador quien sufriría las consecuencias en caso de que la decisión de primera instancia fuera finalmente confirmada. Por consiguiente, puede considerarse que el requisito establecido por el Derecho interno que se limita a los procedimientos de desahucio en los que la única cuestión que debe determinarse es si el inquilino ha pagado o no la renta persigue un objetivo legítimo (§60).

A continuación, el Tribunal analiza la proporcionalidad de esta medida. A este respecto, el Tribunal considera que la cantidad a depositar corresponde a la renta que el inquilino había consentido pagar al aceptar los términos del contrato de arrendamiento. Siendo así, es previsible la obligación del arrendatario de satisfacer su deuda antes de interponer un recurso de apelación contra una sentencia de primera instancia (§62).

Además, el Tribunal señala que, en virtud del artículo 441.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, los tribunales nacionales que tramitan las demandas de desahucio están obligados a informar a los servicios sociales para que éstos puedan evaluar si los inquilinos son social y/o económicamente vulnerables, en cuyo caso el desahucio debe suspenderse provisionalmente mientras los servicios sociales adoptan las medidas de protección adecuadas. En el caso que nos ocupa, los servicios sociales fueron contactados por el juzgado de primera instancia y emitieron al menos tres informes relativos al demandante y a su familia. En cada ocasión se suspendió el desalojo para evitar que se quedaran sin hogar. El desalojo fue aplazado por el tribunal civil de primera instancia sine die hace más de un año. Por lo tanto, el Tribunal considera que los intereses relevantes en juego en el presente caso estaban bastante equilibrados en el derecho interno y en la práctica (§65).

A la luz de lo anterior, el Tribunal considera que las limitaciones aplicadas no han reducido el derecho de acceso del demandante a un tribunal hasta el punto de que la esencia misma del derecho se vea perjudicada y, por tanto, entran dentro del margen de apreciación del Estado (§66). El TEDH considera, por tanto, que no ha habido violación del artículo 6 § 1.

b) En la *STEDH de 8 de noviembre de 2022, caso Marina Aucanda Group S.L contra España*, se descarta la violación del derecho de la empresa demandante. El 4 de febrero de 2015 la Autoridad Portuaria de las Islas Baleares publicó una resolución por la que se anunciaba la licitación de la gestión de los amarres de la dársena del antiguo Puerto de Alcúdia (Mallorca).

El Ayuntamiento de Alcúdia consideró que la licitación infringía un convenio firmado en 2004 entre la Autoridad Portuaria y el Ayuntamiento en la medida en que afectaba a determinados edificios sobre los que el Ayuntamiento había adquirido derechos de ocupación. Por ello, en abril de 2015, el Ayuntamiento interpuso un recurso contencioso administrativo ante el TSJ de las Islas Baleares contra el mencionado anuncio de licitación, solicitando su anulación. Una vez admitido a trámite, el TSJ requirió a la Autoridad Portuaria para que le facilitara el expediente administrativo relativo a la resolución impugnada y ordenó que se facilitara también el expediente «a cualquier interesado» en el plazo de cinco días, para que pudiera personarse en el procedimiento como parte. El caso fue seguido por la prensa local, que publicó varios artículos (el 20 de febrero y el 24 de abril de 2015, entre otras ocasiones) en los que se mencionaba la licitación y el procedimiento judicial.

Como la licitación pública seguía su curso, el 5 de mayo de 2015 la empresa demandante presentó una oferta en el Registro de la Autoridad Portuaria. El 18 de mayo de 2015 la oferta de la empresa demandante y otras tres fueron admitidas.

Entretanto, el 7 de mayo de 2015, siguiendo las instrucciones del TSJ y amparándose en el artículo 49 de la LJCA, se publicó un anuncio público (edicto) en el Boletín Oficial de las Islas Baleares de fecha 27 de abril de 2015 en el que se informaba del procedimiento judicial y se convocaba a los interesados a participar en el mismo. A ninguno de los tres licitadores se le notificó directamente la citación en ese momento ni en fechas posteriores. En un artículo de prensa de 8 de junio de 2015 se mencionaba expresamente que la licitación había sido objeto de un recurso judicial por parte del Ayuntamiento que impugnaba el procedi-

miento de licitación, y en él figuraba la empresa demandante como uno de los licitadores.

El 18 de mayo de 2016, estando pendiente el procedimiento judicial, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria seleccionó la oferta de la empresa demandante como la más ventajosa. Esta decisión fue objeto de varias objeciones por parte de otro licitador, M., que interpuso un recurso contencioso administrativo contra la adjudicación.

En el marco de este procedimiento, la empresa demandante solicitó y tuvo acceso al expediente de impugnación de su adjudicación (dentro de este expediente se encontraba el relativo al primer proceso judicial interpuesto por el Ayuntamiento).

Entretanto, en varios artículos de prensa de 20 de mayo y 14 de junio de 2016 se mencionaba que la oferta de la empresa demandante había sido adjudicada, aunque el procedimiento administrativo judicial interpuesto por el Ayuntamiento contra la convocatoria estaba pendiente de resolución.

El TSJ finalmente estimó el recurso interpuesto por el Ayuntamiento, al considerar que la licitación pública vulneraba los compromisos previos adquiridos por la Autoridad Portuaria y el Ayuntamiento. Se declaró la nulidad de la convocatoria y de otros actos secundarios, entre otros, la adjudicación en favor de la empresa demandante que, el 20 de abril de 2017, presentó una solicitud de intervención en dicho procedimiento judicial relativo a la licitación anulada y solicitó que se le admitiera como parte interesada para poder recurrir la sentencia. La empresa demandante manifestó que sólo había tenido conocimiento de dicho procedimiento a través de la prensa.

El 11 de octubre de 2017, la sociedad demandante interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo contra la sentencia del TSJ. El 17 de abril de 2018 el Tribunal Supremo desestimó el recurso.

La empresa demandante interpuso recurso de amparo que fue inadmitido por falta de especial trascendencia constitucional. La empresa demandante se quejaba de que no se le había notificado una citación para intervenir en un procedimiento judicial que afectaba a sus derechos. Alegó una violación del artículo 6 del Convenio (§27).

El núcleo de la cuestión consiste en determinar si la publicación del anuncio público en el Boletín Oficial y otra serie de circunstancias de hecho pueden permitir al TEDH concluir que existía un sistema coherente que establecía un justo equilibrio entre los intereses de las autoridades y de los interesados (§45).

El TEDH considera que la empresa demandante debió ser «parte interesada» en el procedimiento público entre el Ayuntamiento y la Au-

toridad Portuaria, ya que finalmente resultó adjudicataria del concurso. Además, la identidad de la empresa demandante era accesible y había información suficiente para que las autoridades administrativas y los tribunales pudieran identificarla como parte interesada (§46).

Sin embargo, a la vista de las circunstancias concretas del caso, el TEDH considera que cuando se ordenó la notificación de los emplazamientos por parte del TSJ, el 20 de abril de 2015, no había información suficiente en el expediente que permitiera a las autoridades y a los tribunales identificar a los interesados en el citado procedimiento administrativo (§47). Asimismo, entiende que con el emplazamiento realizado en virtud del artículo 49 de la Ley 29/1998, a través de la publicación en el Boletín Oficial, las autoridades llevaron a cabo las acciones que legítima y razonablemente podían esperarse de ellas, ya que no había otras vías disponibles que pudieran seguirse en el momento en que se ordenó la notificación de las citaciones (§48).

El Tribunal señala además que, además de la publicación del anuncio público, la prensa local siguió el caso y publicó varios artículos el 20 de febrero de 2015, el 24 de abril de 2015, el 8 de junio de 2015, el 20 de mayo de 2016 y el 14 de junio de 2016 en los que se mencionaba la licitación y el procedimiento administrativo judicial al que se había sometido la empresa demandante (§49). Aun cuando no puede considerarse que estas vías constituyan por sí mismas un sistema suficientemente coherente en lo que respecta al requisito jurídico procesal en juego en el presente caso, el Tribunal se ve abocado a concluir que la empresa demandante podía conocer razonablemente la existencia del procedimiento que le afectaba y que no era completamente ajena a dicho procedimiento (§51).

El Tribunal añade que cabe esperar que las empresas que participan en los concursos públicos se informen regularmente por iniciativa propia sobre el lanzamiento y el desarrollo procedimental de los concursos (§52).

Por consiguiente, en las circunstancias del presente asunto, el Tribunal considera que la sociedad demandante tuvo conocimiento del procedimiento en cuestión y que su falta de participación en el mismo se debió a una falta de diligencia por su parte y considera que no ha habido violación del Convenio (§53).

c) Sobre el incidente de nulidad de actuaciones versa *la STEDH de 15 de diciembre de 2022, caso Olivares Zúñiga contra España*.

En 2013 la demandante fue despedida de su puesto de trabajo como abogada en una empresa por motivos disciplinarios. La demandante im-

pugnó el despido ante el Juzgado de lo Social, solicitando que se declarara nulo o, subsidiariamente, improcedente. Mediante sentencia de 24 de febrero de 2014, el Juzgado de lo Social estimó parcialmente la demanda de la demandante, declarando el despido improcedente, pero desestimó su petición de que se declarara nulo. La demandante interpuso un recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, alegando que el juzgado de lo social no había recogido correctamente todos los hechos relevantes en la sentencia y que el despido debía ser declarado nulo porque estaba protegida por una «garantía de indemnidad» para no ser despedida por un conflicto laboral en relación con el cual intentó ejercer sus derechos laborales. Mediante sentencia de 5 de febrero de 2015, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó su recurso. Interpuesto recurso de casación para unificación de la doctrina ante el Tribunal Supremo, por Auto de 18 de octubre de 2016, el Tribunal Supremo declaró la inadmisibilidad del recurso de la demandante.

La demandante interpuso un recurso de amparo que fue destinado por el Tribunal Constitucional al considerar que la demandante no había agotado adecuadamente los recursos previos. En concreto, señaló que debía interponer un incidente de nulidad contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En cuanto a la queja sobre la valoración de los hechos por parte de los tribunales nacionales, el Tribunal observa que, en las distintas fases del procedimiento, la demandante pudo presentar las alegaciones que consideraba pertinentes para su caso y que los tribunales nacionales dieron razones de hecho y de derecho para desestimar sus argumentos. Además, el Tribunal señala que los tribunales estimaron parcialmente su demanda, declarando el despido improcedente, al tiempo que desestimó su petición de que se declarara nulo. Por lo tanto, esta queja la declara inadmisible por ser manifiestamente infundada (§25).

En cuanto a la inadmisión del recurso de amparo por falta de agotamiento al no haber planteado incidente de nulidad contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el TEDH recuerda que el «derecho a un tribunal», del que el derecho de acceso es un aspecto, no es absoluto y está sujeto a limitaciones. No obstante, las limitaciones no deben restringir el acceso que le queda al individuo de tal manera o en tal medida que se vea perjudicada la esencia misma del derecho. Además, una limitación no será compatible con el artículo 6 del Convenio si no persigue un objetivo legítimo y si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar. Por ello, el derecho de acceso a un tribunal se ve menos-

cabado cuando las normas dejan de servir a los objetivos de seguridad jurídica y a la correcta administración de justicia y constituyen una especie de barrera que impide al litigante que el tribunal competente resuelva su caso en cuanto al fondo (§28).

El TEDH reitera también que el artículo 6 del Convenio no obliga a los Estados contratantes a crear tribunales de apelación o de casación, y menos aún, tribunales competentes para conocer de los recursos de amparo. Sin embargo, en caso de que existan tales tribunales, el Estado debe asegurarse de que proporcionen a los litigantes el acceso a las garantías fundamentales del artículo 6. El Tribunal ha declarado en varias ocasiones que la imposición por parte de los tribunales nacionales de un requisito de cumplimiento de determinadas formalidades para interponer un recurso puede vulnerar el derecho de acceso a un tribunal. Este es el caso cuando una interpretación excesivamente formalista de una disposición legal impide de hecho el examen del fondo de un recurso intentado por un litigante. Recuerda, no obstante, que las condiciones de admisibilidad de un recurso de amparo pueden ser más estrictas que en el caso de un recurso ordinario (§29).

En cuanto a la inadmisión del recurso de amparo de la demandante por considerar que la interposición de un incidente de nulidad era un requisito previo al recurso de amparo, el Tribunal concede especial importancia a si el procedimiento a seguir para dicho recurso, como recurso a utilizar antes de acudir al Tribunal Constitucional, podía considerarse previsible, en su momento, desde el punto de vista del litigante (§31).

El Tribunal observa, sin embargo, que el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sólo prevé este recurso procesal extraordinario si no existe un recurso ordinario o extraordinario contra la resolución que se considera que ha vulnerado un derecho fundamental. A este respecto, el TEDH constata que, de la posibilidad que contempla el ordenamiento jurídico español de poder interponer recurso de casación para la unificación de jurisprudencia ante el Tribunal Supremo contra las sentencias dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia en el ámbito laboral, puede deducirse razonablemente, como efectivamente hizo la demandante, que en las circunstancias de su caso no procedía interponer un incidente de nulidad contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (§32).

El Tribunal observa, además, que el propio Tribunal Constitucional, en su STC 112/2019, de 3 de Octubre, consideró que debía modificar su enfoque sobre el momento de interponer el incidente de nulidad en estos casos. En dicha sentencia sostuvo que la exigencia de agotar los recursos

judiciales antes de interponer el recurso de amparo no exige la utilización de todos los recursos posibles, sino sólo de aquellos normales que sean «claramente» disponibles, «sin necesidad de superar ninguna dificultad interpretativa más allá de lo razonable» y que «de las normas procesales que regulan el recurso de nulidad no puede inferirse que su utilización sea claramente obligatoria en casos como el presente». Se puede concluir, por tanto, que el Tribunal Constitucional matizó su jurisprudencia porque reconoció que la jurisprudencia anterior había creado incertidumbre y que no se podían prever con claridad los recursos disponibles o, mejor dicho, necesarios, que debían agotarse antes de interponer un recurso de amparo (§34).

Las consideraciones anteriores son suficientes para que el TEDH concluya que, en las circunstancias del presente caso, no era previsible la necesidad de interponer un incidente de nulidad. En consecuencia, el Tribunal considera que la decisión de declarar la inadmisibilidad del recurso de amparo por falta de agotamiento de los recursos previos restringió excesivamente el derecho de acceso a un tribunal del demandante (§35).

d) Tampoco se aprecia violación del Artículo 6 en *la STEDH de 8 de junio de 2023, caso Alonso Saura contra España*.

La comisión permanente del Consejo General del Poder Judicial («el Consejo»), convocó concurso público para el nombramiento del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, puesto que ostentaba prerrogativas tanto judiciales como gubernativas. El Consejo decidió en 2015 nombrar Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia por un período de cinco años a M.P.H. La demandante, disconforme con la decisión mayoritaria, recurrió ante el Tribunal Supremo que estimó parcialmente su recurso y anuló la decisión adoptada por el Consejo, ordenándole dictar una nueva resolución, motivando de forma más detallada los méritos de la persona a designar. A raíz de esta sentencia, un tercer candidato, A.P.G., retiró su candidatura.

El 26 de mayo de 2016, el Pleno del Consejo decidió de nuevo nombrar a. M.P.H. para el puesto. La motivación de dicha decisión partía de la consideración de tres puntos: *i)* en primer lugar, se afirmaba que en la convocatoria de la plaza no se establecía que se diera preferencia a ningún tipo de mérito de los candidatos y que correspondía al Consejo su valoración, *ii)* que no era lícito realizar baremación alguna de los distintos méritos, y *iii)* que la función constitucional del Consejo le otorgaba una amplia discrecionalidad en los nombramientos, sin que ninguna ter-

cera institución, cualquiera que fuera, pudiera vulnerar esa función constitucional; todo lo cual, según el Consejo, era perfectamente compatible con la sentencia del Tribunal Supremo. Además, el Consejo afirmó que el elemento más significativo para su decisión fueron las presentaciones de los candidatos, que fueron grabadas. El Consejo consideró que las propuestas del M.P.H. eran muy superiores a las del demandante. Cinco miembros del Consejo expresaron su desacuerdo y argumentaron que los méritos de la demandante eran superiores a los del otro candidato, refiriéndose, en particular, a la antigüedad, la experiencia en la resolución de asuntos tanto civiles como penales, el tiempo de trabajo en órganos colegiados y la relevancia jurídica y la calidad de las decisiones que cada candidato había adoptado en su carrera judicial.

La demandante interpuso un recurso contra esta segunda decisión del Consejo. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de la demandante y confirmó la decisión del Consejo, por mayoría de diecisiete magistrados de los treinta y dos existentes. Quince jueces expresaron opiniones disidentes. La sentencia declaró que la decisión del Consejo se había ajustado a la sentencia anterior del Tribunal Supremo. Subrayaba que se trata de un nombramiento discrecional para el que el Consejo dispone de amplísimas facultades de apreciación y elección, que se ven incrementadas cuando, como en este caso, el puesto a cubrir tiene un componente de funciones gubernativas.

El Tribunal Constitucional, por ATC 119/2018, de 13 de noviembre, declaró inadmisible el recurso de amparo por no existir vulneración de derecho constitucional alguno.

El TEDH observa, en primer lugar, que la primera sentencia del Tribunal Supremo anuló la decisión del Consejo y le ordenó una motivación más detallada sobre los méritos de la persona que debía ser nombrada. En su nueva resolución de 26 de mayo de 2016, el Consejo nombró de nuevo al Sr. M.P.H. y la demandante recurrió de nuevo ante el Tribunal Supremo (§36).

En su sentencia de 27 de junio de 2017, el Tribunal Supremo analizó con gran detalle la segunda decisión del Consejo. En primer lugar, consideró que el Consejo había respetado la sentencia anterior del Tribunal Supremo y motivado suficientemente su elección de M.P.H. A continuación, el Tribunal Supremo valoró diferentes elementos que el Consejo había tenido en cuenta, como la duración del servicio de los candidatos en la judicatura, la naturaleza de su experiencia laboral y su pertinencia para el puesto en cuestión, sus capacidades de liderazgo y el programa de acción de cada candidato. En definitiva, aceptó la motivación del

Consejo para su elección del otro candidato. A este respecto, el Tribunal Supremo subrayó el amplio margen de apreciación del que dispone el Consejo en materia de nombramientos discrecionales, en particular, cuando el puesto a cubrir tenía un componente gubernativo, como en el caso de autos (§37).

El TEDH observa que la demandante tuvo la oportunidad de exponer sus méritos durante la presentación oral ante el Consejo. Además, también pudo impugnar la decisión del Consejo ante el Tribunal Supremo y presentar todas las alegaciones, de hecho y de Derecho, que consideró pertinentes en su recurso ante dicho órgano jurisdiccional. Estos argumentos fueron examinados por el Tribunal Supremo, que motivó detalladamente la desestimación del recurso de la demandante. El TEDH señala asimismo que las decisiones impugnadas se motivaron tanto en consideraciones de hecho como en consideraciones de Derecho. Tanto el Consejo como el Tribunal Supremo hicieron su valoración de los méritos de ambos candidatos, así como de sus propuestas. Dar preferencia a uno de los candidatos cuando ambos tienen méritos suficientes para el puesto de que se trata no puede considerarse en sí mismo contrario a las exigencias del artículo 6 § 1 del Convenio. A este respecto, el TEDH destaca también el amplio margen de apreciación del Consejo en cuanto a la ponderación que otorgó a las candidaturas de los candidatos. El Tribunal Supremo aceptó la decisión del Consejo, revisando adecuadamente el proceso de nombramiento y las razones aducidas por el Consejo para su elección del candidato (§38).

En definitiva, no se ha acreditado que las apreciaciones del Tribunal Supremo fueran arbitrarias o manifiestamente irrazonables hasta el punto de perjudicar la equidad del procedimiento, por ello, el TEDH estima que, en su conjunto, el procedimiento en cuestión fue equitativo a efectos del artículo 6 § 1 del Convenio. De ello se deduce que no ha habido violación de dicho artículo (§39 y §40). La Sentencia cuenta con un voto particular disidente formulado por el juez *ad hoc* de España.

e) Con tres votos particulares discrepantes, *la STEDH de 22 de junio de 2023, caso Lorenzo* Bragado y otros contra España, apreció violación del Artículo 6 en un asunto muy controvertido.

El 3 de agosto de 2018 el Presidente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) inició el procedimiento para la renovación de dicho órgano y declaró abierto el plazo para la presentación de candidaturas por jueces y magistrados en activo. En el momento en cuestión, los demandantes eran magistrados y miembros de la Asociación Judicial Francisco

de Vitoria. Los demandantes presentaron sus respectivas candidaturas a miembros del CGPJ. El 4 de septiembre de 2018, la citada asociación presentó al Tribunal Supremo una lista de candidatos avalados por ella. Otras asociaciones presentaron sus propios candidatos.

El 6 de septiembre de 2018 se hizo pública la lista de jueces y magistrados (incluidos los candidatos) que cumplían los requisitos estatutarios para ser miembros del CGPJ. El 27 de septiembre de 2018 el Presidente del CGPJ remitió la lista a los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado.

El 9 de octubre de 2018 la Mesa del Congreso acordó admitir a trámite el asunto, indicar a los grupos parlamentarios el proceso a seguir para la renovación del CGPJ conforme al artículo 567 de la Ley 6/1985, y publicar la lista definitiva de cincuenta y un candidatos. Dicha lista se publicó el 15 de octubre de 2018. En octubre y noviembre de 2018 la Mesa acordó, a petición de dos grupos parlamentarios, tres prórrogas distintas del plazo en cuanto a la tramitación de la lista de candidatos letrados. La Mesa del Senado acordó aceptar el acuerdo sobre la proclamación definitiva de las candidaturas a vocales del CGPJ de jueces y magistrados y abrir un plazo de presentación de candidaturas para la designación de los vocales de abogados hasta el 31 de octubre de 2018.

En noviembre de 2018 dos grupos parlamentarios presentaron candidaturas de abogados, que fueron admitidas a trámite el 20 de noviembre de 2018 por la Mesa del Senado. El Parlamento se disolvió el 4 de marzo de 2019. La renovación de la composición del CGPJ pasaba al próximo Parlamento para su examen.

Tras las elecciones generales del 28 de abril de 2019, las Cámaras se reunieron en sesión constitutiva el 21 de mayo de 2019. Respecto a la renovación del CGPJ, el asunto se transmitió a los grupos parlamentarios, «a la espera de que la Mesa acuerde el inicio del procedimiento de renovación de la condición de miembro del CGPJ». El 11 de julio de 2019 el Presidente del Tribunal Supremo remitió una comunicación a los Presidentes del Congreso y del Senado, reiterando la necesidad de proceder a la renovación de la composición del CGPJ.

El 16 de julio de 2019 la comunicación fue remitida a los grupos parlamentarios. El 24 de julio de 2019 el Senado también tomó conocimiento de la comunicación. El 24 de septiembre de 2019 se disolvió el Parlamento y se convocaron nuevas elecciones para el 10 de noviembre de 2019. El 23 de octubre de 2019 se anunció oficialmente que el asunto de la renovación de la composición del CGPJ se había trasladado a la siguiente legislatura.

El 30 de diciembre de 2019 el Presidente del CGPJ volvió a enviar una comunicación, reiterando la necesidad de renovar la composición del CGPJ. Durante ese tiempo, la anterior composición del CGPJ continuó ejerciendo su función con carácter interino. El 14 de octubre de 2020 los demandantes, junto con la Asociación de Jueces Francisco de Vitoria, interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El 28 de abril de 2021 el Tribunal Constitucional declaró inadmisible el recurso de amparo, por haber sido interpuesto fuera de plazo. El 3 de junio de 2021 la Secretaría del Tribunal Constitucional también notificó a los demandantes lo siguiente:

> « ... aun cuando se considere que las vulneraciones alegadas se hubieran producido por la omisión en la convocatoria de los plenos del Congreso y del Senado de proceder a la votación y designación de diez miembros para cada Cámara, el plazo [de tres meses] comenzaría a contar desde el 4 de diciembre de 2018, fecha de finalización del mandato de las Cortes; si se entiende que es consecuencia de la renovación de las Cámaras mediante elecciones, un nuevo plazo comenzaría a contar desde la constitución de la [nueva] legislatura, el 4 de diciembre de 2019». La solicitud se presentó en la Secretaría del Tribunal el 14 de octubre de 2020, por lo que fue extemporánea.»

El TEDH dedica la mayor parte de la sentencia a justificar la aplicabilidad del Articulo 6 al caso de los recurrentes (§65 a §131).

El Tribunal reitera que en su recurso de amparo los demandantes alegaron una omisión continuada, en fase parlamentaria, de realizar actuaciones concretas exigidas por la ley con vistas a proseguir el proceso de selección frente a su posición como candidatos a ser considerados para su nombramiento como miembros del CGPJ (§140).

El TEDH constata que el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre si la omisión o inacción continua y continuada alegada por los demandantes era o no justiciable en virtud del artículo 42 o, más concretamente, si el recurso de amparo de los demandantes entraba o no en su ámbito de aplicación. El TEDH observa que los demandantes se refirieron específicamente a la naturaleza continua y continuada de la supuesta inacción por parte del Parlamento y sus órganos y de la supuesta violación de sus derechos a causa de esa prolongada inacción. Considera el TEDH que el Tribunal Constitucional no respondió a esta alegación específica, que era fundamental para determinar la aplicabilidad y el cumplimiento del plazo de tres meses previsto en el artículo 42 de la LOTC (§142).

Teniendo en cuenta, tanto la evidente importancia general del asunto, la aparente novedad o rareza de las cuestiones jurídicas planteadas ante el Tribunal Constitucional, como las circunstancias particulares del caso, y teniendo debidamente en cuenta los objetivos de seguridad jurídica y de buena administración de justicia, el TEDH entiende que hubiera sido razonable esperar que cualquier desestimación del recurso de amparo por el mero incumplimiento del plazo legal tuviera que basarse en una motivación adecuada. En este contexto particular, el TEDH afirma que era esencial que el Tribunal Constitucional explicara si (i) el artículo 42 era aplicable a una situación relativa a la inacción o a una omisión y a una situación continua y continuada, (ii) el plazo de tres meses era aplicable y, en caso afirmativo, cómo debía calcularse (§145).

El Tribunal Constitucional, al proponer, como *dies a quo*, dos fechas relacionadas con hechos distintos —la fecha de expiración del mandato de la anterior composición del CGPJ y una fecha relacionada con las últimas elecciones al Parlamento— omitió exponer una justificación de la relevancia de esas fechas en relación con el alcance del recurso de amparo de que conocía (§146).

Ante la falta de motivación, la referencia del Tribunal Constitucional a la fecha de 4 de diciembre de 2018 (cuando había expirado el mandato de la anterior composición del CGPJ) no era previsible. El TEDH observa a este respecto que el núcleo del recurso de amparo se refería a la reclamación sobre el posterior retraso —continuo y continuado— (que duraba ya unos dos años, en aquel momento) en la convocatoria de una sesión plenaria para que pudiera procederse a la votación de la lista (§147).

El TEDH concluye que la imprevisible interpretación y aplicación del artículo 42 de la Ley 2/1979 y el impacto adverso resultante sobre una salvaguarda fundamental del acceso a un tribunal para la protección del discutible derecho civil de los demandantes, que estaba estrechamente relacionado con la observancia del procedimiento legal para renovar la composición del órgano de gobierno del poder judicial y con el correcto funcionamiento del sistema judicial, menoscabó la esencia misma de su derecho de acceso a un tribunal, dadas las circunstancias del caso (§148). Por lo tanto, se produjo una violación del artículo 6 § 1 del Convenio con respecto a cada demandante (§149).

V. Artículo 8[4]

a) La *Decisión de 10 de Noviembre de 2022, caso Artur Mas contra España*, inadmite la demanda sobre la violación del Articulo 8 al no haber utilizado el recurrente las vías de reparación nacionales oportunas.

En noviembre de 2012, en plena campaña electoral a la presidencia de la Generalitat, el diario El Mundo publicó en su versión impresa y digital un artículo de portada en el que se atribuía al demandante, que entonces se presentaba a la reelección, la posesión en el extranjero de cuentas bancarias presuntamente financiadas con sobornos. El artículo, acompañado de una fotografía del demandante durante la campaña electoral, se basaba en un supuesto borrador de informe policial que había sido enviado a los periodistas y que revelaba la existencia de una investigación de la policía nacional en el marco de un procedimiento judicial. Dicho procedimiento, conocido como «caso Palau», se refería a la presunta financiación ilegal del partido político del demandante, Convergència i Unió, en la que supuestamente estaban implicados un ex presidente de la Generalitat, y el propio demandante[5].

El mismo día de la publicación de la noticia, el juez de instrucción encargado de la investigación del caso Palau, reaccionó y afirmó que desconocía la existencia del proyecto de informe de la policía, asegurando que no había autorizado una investigación sobre el demandante en este contexto.

El 19 de noviembre de 2012, el demandante presentó una denuncia (querella) por injurias y calumnias (artículos 205 y siguientes del Código Penal) contra los periodistas que habían escrito el artículo y contra el editor del periódico.

---

[4] El Articulo 8 dispone: «*1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*»

[5] El artículo decía lo siguiente: « La policía vincula cuentas bancarias de [J.P.] y Mas en Suiza con la corrupción de CiU (...) Un informe policial revela que parte del dinero pagado por empresas a Convergència Democràtica de Catalunya (CDC) (...) en el caso Palau fue desviado a cuentas bancarias suizas de los dirigentes del partido. Para ser más precisos, los de Artur Mas y la familia de [J. P.]. La Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal (UDEF) denunció en un «proyecto de informe» la existencia en Suiza y Liechtenstein de cuentas de Artur Mas, padre e hijo, y de [J. P.] (...)».

El 22 de octubre de 2013, el juez desestimó definitivamente el caso y lo archivó. El demandante recurrió esta decisión. Argumentó que, en vista del carácter anónimo y del borrador del informe en cuestión, los periodistas deberían verificar los datos contenidos en él con mayor diligencia. El 2 de junio de 2014, la Audiencia Provincial de Madrid confirmó el sobreseimiento del caso.

El demandante presentó un recurso de amparo, que fue inadmitido por no existir una vulneración de un derecho fundamental.

El demandante se quejó de la violación de las obligaciones positivas del Estado de proteger su reputación personal, garantizadas por el artículo 8 del Convenio, debido a la inactividad de la policía, la fiscalía y los tribunales nacionales en la investigación penal de la publicación periodística que le afectaba (§23).

El Tribunal recuerda, en primer lugar, que ha reconocido explícitamente que la protección de la reputación es un derecho comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 8, apartado 1, del Convenio, que garantiza el derecho al respeto de la vida privada. Sin embargo, para que entre en juego el artículo 8, el ataque a la reputación personal debe alcanzar un cierto nivel de gravedad y haberse realizado de forma que cause un perjuicio al disfrute personal del derecho al respeto de la vida privada (§28).

Por lo que respecta a los recursos utilizados por el demandante, el Tribunal observa que la reclamación del demandante se dirigió contra los dos periodistas responsables de la publicación del artículo y, con carácter subsidiario, contra el editor del periódico. El objetivo principal del procedimiento era determinar si el comportamiento de los periodistas era tan grave que podía constituir un delito de injurias o calumnias. Así, el análisis del juez se centró, tal y como establece la ley, en determinar si se cumplían los elementos de los citados delitos y, en caso afirmativo, determinar la sanción penal correspondiente. Como este procedimiento dio lugar a un sobreseimiento, el tribunal penal no era competente, según la ley, para pronunciarse sobre la existencia de una supuesta responsabilidad civil. Lo mismo ocurre con la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid, que confirmó la ausencia de negligencia por parte de los periodistas sobre la base de la información de que disponían antes de escribir su artículo (§29).

El Tribunal recuerda que, por lo que se refiere a los actos interindividuales menos graves que pueden atentar contra la integridad moral, la obligación del Estado, en virtud del artículo 8, de establecer y aplicar en la práctica un marco jurídico adecuado que ofrezca protección, no siem-

pre implica la adopción de disposiciones penales eficaces dirigidas a los distintos actos que puedan estar implicados. El marco jurídico también puede consistir en recursos civiles capaces de proporcionar una protección suficiente (§30).

No consta que el demandante haya interpuesto una acción civil y que haya alegado en ella que las publicaciones habían vulnerado su derecho a la protección de su reputación personal. Estas acciones podrían haber llevado a tomar medidas para restaurar su reputación, si fuera necesario (§31).

Como señaló el Gobierno, el demandante tenía la posibilidad de interponer una acción de rectificación, que habría dado lugar a la publicación de una rectificación de la información controvertida en el periódico en cuestión, o de interponer el procedimiento preferente de protección del derecho al honor para obtener una indemnización por la eventual vulneración de su derecho a la protección de su honor o reputación personal (§32).

Al optar por la vía penal únicamente, el demandante desechó la posible reparación de sus derechos en la vía civil que tenía a su disposición. De este modo, limitó el alcance del examen realizado por los tribunales nacionales, que sólo podían pronunciarse sobre la existencia o no de un delito (§33).

De ello el TEDH desprende que el demandante no utilizo la vía judicial adecuada para proteger sus derechos y por ello consideró la demanda manifiestamente infundada en el sentido del artículo 35, apartado 3, letra a), del Convenio y, por tanto, la declaró inadmisible.

b) La *Decisión de 2 de marzo de 2023, publicada el 23 de marzo, caso P.A. contra España,* aborda una situación peculiar.

El caso se refiere a la entrada de la policía y de los servicios sociales en el domicilio de la demandante, con una orden judicial, pero sin el consentimiento o la notificación previa de la demandante, con el fin de aplicar urgentemente medidas para la protección de su hijo de tres meses. El 16 de agosto de 2019, una delegación de los servicios sociales, escoltada por miembros de la policía, se presentó en el domicilio de la demandante sin notificación previa y solicitó al padre del niño que le entregara al bebé, que entonces tenía tres meses. El padre les condujo al domicilio de la abuela del niño y se lo entregó sin oponer resistencia. Posteriormente, la demandante recurrió la decisión de entrar en su domicilio y, posteriormente, la confirmación de la declaración de desamparo y la entrega de su hijo en acogimiento familiar. El 26 de octubre de 2020

el niño había sido reunido con sus padres tras una nueva decisión del juzgado de familia.

El TC inadmitió el recurso de amparo por no apreciar especial trascendencia constitucional.

La demandante denunció una violación de su derecho al respeto de su vida familiar y de su domicilio en virtud del artículo 8 del Convenio, y de su derecho a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes en virtud del artículo 3 del Convenio (§7).

El TEDH recuerda que el artículo 8 del Convenio exige que las autoridades nacionales establezcan un justo equilibrio entre los intereses del niño y los de los padres y que, en esa ponderación, se conceda especial importancia al interés superior del niño (§8). El interés del menor dicta que los vínculos del menor con la familia solo pueden romperse en circunstancias muy excepcionales y que debe hacerse todo lo posible para preservar las relaciones personales y, si procede y cuando proceda, «reconstruir» la familia (§9). Debe tenerse en cuenta que las autoridades nacionales tienen la ventaja de estar en contacto directo con todas las personas afectadas. El margen de apreciación que debe concedérseles variará en función de la naturaleza de las cuestiones y de la importancia de los intereses en juego (§11).

En el caso que nos ocupa, considera el TEDH indiscutible que las medidas mediante las cuales la autoridad local se hizo cargo del hijo de la demandante, a saber, entrando en su domicilio sin permiso ni compromisos previos, revelaron una injerencia en el derecho de la demandante al respeto de su vida familiar en virtud del artículo 8 del Convenio. El Tribunal señala que los servicios sociales habían presentado una solicitud al juzgado de familia basándose en información que obraba en su poder y que suscitaba serias dudas sobre el bienestar del menor. Dicho juzgado era competente para dictar la orden. En consecuencia, el traslado urgente era «conforme a derecho». El traslado del menor y las medidas subsiguientes estaban claramente dirigidas a proteger sus «derechos y libertades». En consecuencia, perseguían fines legítimos en el sentido del apartado 2 del artículo 8 (§12).

El TEDH considera que la decisión de entrar en el domicilio de la demandante sin audiencia previa de ésta ni de su pareja para ejecutar la medida de colocación del niño en una familia de acogida se apoyaba en razones pertinentes y suficientes; a saber, la fuerte sospecha de que la demandante se encontraba a menudo bajo los efectos de estupefacientes (aunque fuera el caso de que hubiera sido obligada a tomarlos por su pareja), de que sufría abusos sexuales por parte del padre del niño y de que no

tenía ocupación ni ingresos, todo lo cual le impedía ocuparse debidamente del bebé. Las pruebas no sólo procedían de una llamada anónima, sino que fueron corroboradas por entrevistas con los padres y los suegros de la demandante, por la propia demandante, los servicios sociales, informes médicos, un informe policial y el procedimiento judicial contra la pareja de la demandante. El tribunal nacional consideró que el interés del menor le exigía actuar con rapidez en este caso, y que oír a los padres podría haber obstaculizado la eficacia de la medida, ya que existía la preocupación de que pudieran haberse escondido o huido con el menor y de que éste no hubiera sido debidamente atendido mientras tanto (§12).

El TEDH observa que la demandante no fue oída inicialmente porque tal audiencia no está prevista en el marco interno del procedimiento de urgencia, pero que posteriormente tuvo la oportunidad de presentar sus argumentos y alegaciones en el procedimiento subsiguiente para confirmar la declaración de desamparo del niño y la medida de acogimiento familiar. Por lo tanto, el TEDH considera que el uso del procedimiento de urgencia para acoger al bebé puede considerarse una medida proporcionada y «necesaria en una sociedad democrática» para proteger la salud y los derechos del bebé (§13).

Por lo tanto, el Tribunal concluye que no hubo deficiencias en el procedimiento de la orden de cuidado urgente, ya que no hay ninguna base sobre la cual encontrar que el proceso de toma de decisiones fue injusto o que las decisiones tomadas fueron injustificadas en relación con el interés superior del niño, y, además, las autoridades nacionales prestaron considerable atención al mantenimiento de la relación padre-hijo. Por lo tanto, el TEDH inadmite esta queja (§15).

En lo que respecta al derecho de la demandante al respeto de su domicilio, el Tribunal observa que las partes discreparon sobre si se había producido alguna injerencia. Las partes no discutían que la policía había acudido al domicilio de la demandante para llevarse al menor en cumplimiento de una orden judicial. Según la demandante, la policía que acompañaba a los servicios sociales había irrumpido en su finca y se había llevado al niño por la fuerza; según el Gobierno, la pareja de la demandante estaba en casa cuando la delegación entró en la finca, les había informado de que el niño estaba con su abuela (del niño), les había acompañado a esa dirección (en la que la delegación no podía entrar por no tener una orden judicial) y les había entregado al bebé sin ningún tipo de violencia ni resistencia (§16).

Ambas partes presentaron el acta firmada redactada por la delegación de los servicios sociales y la policía. El acta fue firmada por to-

dos los funcionarios públicos presentes, aunque no por la demandante ni por su pareja. El acta refleja la exposición de hechos del Gobierno, que parece ser una versión coherente y exacta de los hechos. A la luz de lo anterior, el TEDH concluye que no ha habido injerencia en el derecho de la demandante al respeto de su domicilio en virtud del artículo 8 del Convenio. En cualquier caso, por las razones expuestas anteriormente, cualquier injerencia de este tipo habría estado justificada en virtud de los requisitos del apartado 2 del artículo 8. En consecuencia, esta queja es inadmitida también (§17). Por último, el TEDH inadmite la queja del articulo 3 al considerar que no existió fundamento para ella (§ 18).

c) En relación a la identificación policial del recurrente en base a su condición de extranjero, la *STEDH de 18 de octubre de 2022, caso Muhammad contra España*, descartó la violación del Convenio.

El recurrente vive en España desde 2005 y es titular de un permiso de residencia de larga duración. El 29 de mayo de 2013 el demandante y su amigo K.A., ambos de nacionalidad pakistaní y de la misma etnia, fueron parados por dos agentes de la Policía Nacional mientras caminaban por una calle de Barcelona.

Según el demandante, estaba hablando con su amigo cuando los agentes les pidieron sus documentos de identidad, tras lo cual el demandante habría preguntado si le pedían la documentación por el color de su piel, a lo que el Agente de policía habría respondido que sí. Al parecer, el demandante protestó contra las razones racistas del agente lo que hizo que el policía se bajara de su coche, abofeteara suavemente al demandante y lo metiera en el coche. Según el demandante, el agente de policía procedió a informarle de su detención mientras le amenazaba con posibles consecuencias negativas en relación con la renovación de su permiso de residencia y le llamaba «mono». El demandante fue detenido y llevado a una comisaría de policía.

Sin embargo, en el registro policial de detenciones queda reflejado que el demandante fue requerido para identificarse en la calle a las 16:15 horas, a lo que se negó, y que los policías le condujeron a las dependencias policiales, donde a las 16:40 horas mostró su documentación, tras lo cual fue liberado y acompañado en su salida a las 16:43 horas.

El día de su detención, el demandante habría intentado presentar una denuncia penal contra los agentes de policía en dos comisarías, pero le informaron de que no aceptarían ninguna denuncia contra otros agentes. Al día siguiente, el 30 de mayo de 2013, el demandante presentó una

denuncia penal manuscrita ante el juzgado. El juzgado inició un procedimiento penal, y lo archivó inmediatamente.

El demandante, asistido por la organización no gubernamental de derechos humanos SOS Racisme Catalunya, presentó un recurso contra el sobreseimiento del procedimiento. El fiscal se adhirió al recurso y observó que era necesario practicar más pruebas para esclarecer los hechos. El juez de instrucción estimó el recurso y, en resolución de 24 de marzo de 2014, acordó recabar la declaración de los dos policías (en calidad de investigados en el procedimiento penal), la declaración del demandante en calidad de víctima y de su amigo K.A. en calidad de testigo, las grabaciones de vídeo de las cámaras de vigilancia que hubiera en la zona de los presuntos hechos en el momento correspondiente y el expediente de infracción administrativa del demandante.

Posteriormente, el juzgado de instrucción ordenó el sobreseimiento. El demandante presentó un recurso ante el mismo tribunal, sin resultado. Posteriormente, interpuso otro recurso ante la Audiencia Provincial, que fue desestimado. El demandante no interpuso ningún más recursos, por lo que la resolución de sobreseimiento del proceso penal quedó firme. El demandante no ha presentado ninguna queja ante el TEDH en relación con este asunto.

En 2014, mientras el procedimiento penal estaba pendiente, el demandante inició un procedimiento administrativo por responsabilidad patrimonial del Estado ante el Ministerio del Interior, denunciando que el control de identidad realizado por la policía había sido discriminatorio. Mediante resolución de 6 de noviembre de 2014, se archivó el procedimiento. Las autoridades consideraron que, para declarar la responsabilidad del Estado por los actos u omisiones cometidos por las autoridades públicas, el demandante tenía la carga de apoyar sus afirmaciones con pruebas suficientes. El demandante interpuso un procedimiento judicial administrativo que fue desestimado.

Interpuesto recurso de amparo fue declarado inadmisible el 3 de noviembre de 2016 por falta de especial trascendencia constitucional.

El demandante denunció que se le había pedido que se identificara en una vía pública por el único motivo de su raza, y que ello había supuesto una discriminación racial y una violación de su derecho al respeto de su vida privada (§42). El TEDH recuerda que un control de identidad por parte de la policía puede entrar en el ámbito de la vida privada de la persona sometida a dicho control y, por lo tanto, constituir una injerencia en la vida privada de dicha persona, protegida por el artículo 8 del Convenio (§49). Sin embargo, no todo control de identidad de una

persona perteneciente a una minoría étnica alcanza el umbral de gravedad necesario para entrar en el ámbito del derecho al respeto de la vida privada de esa persona. Este umbral sólo se alcanza si la persona afectada puede alegar que ha sido objeto de un control por sus características físicas o étnicas específicas (§50).

Recuerda el TEDH que, si bien el objeto esencial del artículo 8 es proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, no se limita a obligar al Estado a abstenerse de tales injerencias; además de este compromiso negativo, pueden existir obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada. El Tribunal reitera que anteriormente ha reconocido un deber de investigación en el contexto del artículo 8 en determinadas circunstancias respecto a actos de particulares (§64).

El Tribunal ha establecido que, cuando las autoridades estatales investigan incidentes violentos, existe una obligación adicional de identificar si los prejuicios étnicos pueden haber desempeñado un papel importante. También ha admitido que, incluso en esos casos, probar la motivación racial será a menudo extremadamente difícil en la práctica. La obligación del Estado demandado de investigar los posibles matices racistas de un acto violento es una obligación de hacer todo lo posible pero no es absoluta (§66).

El Tribunal observa, en particular, que el demandante incoó un procedimiento de responsabilidad del Estado a causa del comportamiento supuestamente discriminatorio de la policía durante un control de identidad que se le practicó mientras caminaba por una calle de una zona turística. Más concretamente, el demandante sostenía que los agentes de policía sólo le habían pedido su identificación por el color de su piel (§69).

Aunque el Tribunal está preocupado por cualquier manifestación de discriminación racial por parte de las autoridades públicas, y ha subrayado en repetidas ocasiones la importancia de llevar a cabo una investigación con vigor e imparcialidad cuando se sospecha que las actitudes raciales indujeron actos violentos, no acepta que la situación del demandante equivalga a un acto de violencia; simplemente se le pidió que mostrara sus documentos de identidad, algo que, como cualquier otra persona en España, estaba obligado a hacer según la ley (§70).

En el presente caso, los agentes de policía fueron identificados, no negaron haber pedido al demandante que mostrara sus documentos, y su testimonio fue tenido en cuenta tanto en el procedimiento penal como en el administrativo. El TEDH señala que el procedimiento penal se inició para investigar si los hechos eran constitutivos de algún delito, y los

policías implicados fueron oídos en calidad de investigados. Tras el sobreseimiento del procedimiento penal (contra el que el demandante no recurrió), el testimonio escrito de los agentes de policía también se tuvo en cuenta en el procedimiento administrativo. Su relato de los hechos se utilizó como prueba para determinar si existía una relación de causalidad entre la supuesta conducta de las autoridades públicas y el perjuicio sufrido por el demandante (§71).

Los tribunales internos valoraron las pruebas de que disponían y concluyeron que no podía establecerse la responsabilidad de las autoridades públicas (§74). Además, la demandante tuvo la oportunidad de recurrir la decisión de los órganos administrativos y judiciales sobre la admisibilidad de las pruebas, así como la consiguiente decisión de desestimar la reclamación de responsabilidad del Estado. Desde el punto de vista procesal, el demandante pudo impugnar las decisiones de los tribunales internos, que estaban suficientemente razonadas y motivadas (§75). De ello concluye el TEDH que no se ha producido una violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio a este respecto (§76).

En cuanto al fondo, el Tribunal observa que el demandante declaró que se había sentido humillado y avergonzado a causa del control de identidad al que había sido sometido el 29 de mayo de 2013, supuestamente por su raza y color de piel (§96).

Sin embargo, el Tribunal señala que al demandante se le pidió que se identificara y que posteriormente fue detenido en una calle en la que eran frecuentes los carteristas y los robos, pero que la única otra persona presente en ese momento era su amigo K.A. Ni el control de identidad ni la detención tuvieron lugar en presencia de miembros de su familia o en su barrio. Su amigo, también pakistaní, no fue detenido (§97).

Para el Tribunal, el demandante no ha logrado demostrar ninguna circunstancia que pudiera sugerir que la policía estaba llevando a cabo controles de identidad motivados por la animosidad contra los ciudadanos que compartían la etnia del demandante, o que pudiera dar lugar a la presunción necesaria para invertir la carga de la prueba a nivel nacional en cuanto a la existencia de cualquier perfil racial o étnico. El Tribunal no ve ninguna razón para apartarse de la conclusión de los tribunales nacionales de que la actitud del demandante, y no su etnia, fue lo que provocó que los agentes de policía le dieran el alto y le identificaran. Fue únicamente su negativa a mostrar una prueba de su identidad lo que provocó su detención para ser identificado en las dependencias policiales, tal y como establece la legislación aplicable (§99).

La denuncia del demandante también iba acompañada de informes destinados a demostrar que los controles de identidad por motivos raciales eran una práctica generalizada de las fuerzas policiales españolas. Como ya ha sostenido el Tribunal, es necesario que las estadísticas parezcan fiables y significativas en un examen crítico para que se consideren suficientes para constituir la prueba p*rima facie* que el demandante debe presentar. Es cierto que varias organizaciones han expresado su preocupación por la realización de controles de identidad policiales por motivos raciales. Sin embargo, el Tribunal no puede perder de vista que su única preocupación en el caso que nos ocupa es determinar si el hecho de que se exigiera al demandante que se identificara en la calle estaba motivado por el racismo. Como también mencionó el órgano judicial contencioso administrativo, lo que está en juego se limita a averiguar si el demandante sufrió un perjuicio que no estaba obligado a sufrir, causado por el funcionamiento normal o anormal de las autoridades públicas (en este caso, la policía), y en ese caso, concederle una indemnización (§100).

El Tribunal observa que el marco jurídico español incluye medidas contra la discriminación por motivos de raza o etnia (incluidas normas para la inversión de la carga de la prueba) y sanciones administrativas y penales para los actos que constituyen o promueven el racismo. Sin embargo, en el marco de un procedimiento administrativo, no se ha podido acreditar el supuesto perjuicio sufrido por el demandante, ni la existencia de un nexo causal con el funcionamiento de las fuerzas policiales (§101).

En resumen, tras haber valorado todos los elementos pertinentes, el TEDH no considera probado que las actitudes racistas hayan desempeñado un papel en el control de identidad del demandante por parte de la policía y en su detención en ese contexto (§102).

Por lo tanto, considera que no se ha producido una violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio a este respecto (§103).

d) En la *STEDH de 8 Noviembre 2022, caso Veres contra España*, se aprecia violación del Artículo 8.

Se trata de un caso peculiar sobre la custodia de la hija del demandante que fue acordada por órganos judiciales de Hungría, donde residía con la madre, y órganos judiciales españoles, donde el demandante había iniciado la reclamación y donde temporalmente residió la madre con la hija. Sin que sea necesario detenerse en la complejas vicisitudes procesales tramitadas en ambos países, el problema se centraba en que, basándose en

el artículo 6 § 1 y en el artículo 8 del Convenio, el demandante se quejó de que el procedimiento de reconocimiento y ejecución en España de las resoluciones judiciales húngaras que le otorgaban la custodia de la niña, no había cumplido con el requisito del «plazo razonable», interfiriendo así en su derecho al respeto de su vida familiar, ya que la relación con su hija se había interrumpido durante un período de más de dos años.

Debe destacarse que, en este caso, el demandante no acudió al recurso de amparo para denunciar el retraso que alegaba ante el TEDH. Al no haber sido alegada esta circunstancia por el Gobierno, el TEDH decidió no entrar de oficio a valorar este concreto óbice procesal.

El Gobierno argumentó que el demandante no había agotado todos los recursos disponibles en relación a dos opciones. En primer lugar, entendía que el demandante debería haber iniciado un procedimiento de ejecución provisional para acelerar el retorno de su hija a Hungría. En segundo lugar, el Gobierno alegó que el demandante podría haber interpuesto una acción contra las autoridades para establecer la responsabilidad pecuniaria y obtener una reparación con respecto a sus quejas. El TEDH descarta estos óbices plateados por el Gobierno.

El demandante alegó que, aunque el procedimiento de reconocimiento y ejecución podía considerarse complejo, su duración no había sido razonable. Afirmaba que, por ello, su vida familiar había sufrido un daño irreparable. Durante el tiempo que duró el procedimiento, no pudo tener ninguna relación con su hija. El largo proceso en España también había dado lugar a que los tribunales húngaros, en procesos paralelos, concedieran la custodia de la hija a la madre basándose, entre otras cosas, en que la niña había estado viviendo con la madre durante varios años y, por tanto, había establecido una relación más estrecha con ella que con el demandante.

Considera el TEDH que es indiscutible que la solicitud presentada por el demandante ante el Juzgado de Primera Instancia de lo Civil n.º 12 de Palma de Mallorca para el reconocimiento y la ejecución de la resolución de 11 de abril de 2016 del Tribunal húngaro presentaba algunas deficiencias, que fueron debidamente subsanadas, por lo que no fue posible declarar la admisibilidad de la solicitud hasta el 14 de septiembre de 2016. El Tribunal señala que esas deficiencias ciertamente retrasaron el procedimiento en su fase inicial; sin embargo, también observa que el demandante corrigió diligentemente esas deficiencias cuando fue requerido por el tribunal. Aunque este retraso inicial no puede atribuirse a los órganos jurisdiccionales nacionales, la forma en que se tramitó la solicitud del demandante debe analizarse a la luz del comportamiento poste-

rior de dichos órganos y teniendo en cuenta la duración total del procedimiento (§83).

El TEDH señala que el proceso para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales húngaras duró unos dos años. La fase de ejecución, más expeditiva, concluyó con rapidez. De ello se desprende que los tribunales españoles tardaron más de dos años en ejecutar la resolución del Tribunal de Hungría, a pesar de que debería haber sido reconocida y ejecutada en España sin demora, de conformidad con el Reglamento Bruselas II bis (§ 84).

A la luz de lo anterior, incluso si el demandante pudiera ser considerado responsable de un retraso de cuatro meses durante la fase inicial del procedimiento, el TEDH señala que el retraso de dos años en la adopción de una decisión definitiva era esencialmente imputable a los tribunales nacionales. Teniendo en cuenta lo que estaba en juego para el demandante, a saber, sus vínculos familiares y el contacto con su hija, el Tribunal considera que los órganos jurisdiccionales nacionales no adoptaron medidas rápidas y adecuadas para ejecutar la resolución húngara que ordenaba a la ex esposa del demandante la devolución de la niña a Hungría (§85).

El Tribunal estima que la duración global del procedimiento no estaba justificada en las circunstancias del caso. Por lo tanto, el Estado no tramitó el caso de manera expedita, como lo exige el Convenio en este tipo de litigios (§87).

Con independencia de que fueron los tribunales húngaros los que finalmente concedieron la custodia del menor a la ex esposa del demandante, el Tribunal considera que la excesiva duración del procedimiento de reconocimiento y ejecución tuvo graves consecuencias para la relación entre el menor y el demandante, aun cuando en el futuro pudiera concedérsele la custodia del menor. La excesiva duración del procedimiento en España no sólo afectó a la relación entre el demandante y su hija al interrumpirla durante dos años, sino que también afectó a la decisión de los tribunales húngaros de conceder finalmente la custodia sobre la niña a su madre, ya que consideraron que el paso del tiempo había reforzado los vínculos entre la niña y su madre y debilitado la conexión de la niña con el demandante (§88).

Estas consideraciones son suficientes para que el Tribunal concluya que se ha producido una violación del artículo 8 del Convenio (§89).

VI. Artículo 10[6]

a) En la *Decisión de 13 de octubre de 2022, caso Jorge López contra España* se aborda la demanda de un rapero del grupo «la Insurgencia», también conocido como «Saúl Zaitsev» o «Shahid». Las canciones del grupo se interpretaban en conciertos y se podían ver libremente en su canal de YouTube. Las canciones transmitían mensajes de política de extrema izquierda. En particular, elogiaban las acciones y a los miembros del grupo terrorista español GRAPO y de ETA. Las letras «llamaban a la acción» utilizando la lucha armada contra políticos, jueces, fuerzas de seguridad, ricos y la familia real[7]. El demandante fue condenado un delito de enaltecimiento o justificación pública del terrorismo, conforme al artículo 578 del Código Penal, a dos años de prisión y una multa de 4.800 euros. El Tribunal Supremo desestimó un recurso de casación interpuesto por el demandante.

El Tribunal Constitucional declaró inadmisible un recurso de amparo del demandante por falta de especial trascendencia constitucional.

El demandante se quejó, en virtud del artículo 10 del Convenio, de que se había violado su libertad de expresión porque la injerencia en ese

---

[6] El Articulo 10 dispone: «*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.*»

[7] - [Durante un concierto] «Cuando hablo de hip-hop hablo de lucha armada», acompañado de la imagen de una pintada en la que se lee «¡Que vuelva el GRAPO!»; - «Disfruta imaginando un atentado terrorista en el Congreso»; - «He vuelto pero no me había ido, pensaba volar el Valle de los Caídos [la tumba de Franco]»; - «Golpear al Sindicato de Estudiantes, amigos de la policía, con un bate»; - «Mis héroes no son los capos [jefes de la mafia], mis héroes son los GRAPO»; - «Es tan legítimo como expropiar en Carrefour / entrar en la sede del Partido Popular con una pistola y [sonido de un disparo]»; - «Se necesitan comandos armados»; - «Se necesitan cuerdas y guillotinas para los cerdos de los jefes de policía»; - «Es sorprendente que los Borbones [la familia real] no hayan sufrido aún la explosión de bombas»; - «Tres disparos para el Frente Atlético [grupo de hooligans de fútbol de derecha]»; - «Pronto veremos la sangre de nuestros gobernantes»; - «Me gustaría pegar siete tiros a un rico como hizo [un miembro del GRAPO] con un juez».

derecho no había sido necesaria. También invocó el artículo 6 § 1 del Convenio, alegando que no se había respetado su derecho a un recurso efectivo porque el Tribunal Constitucional, basándose en criterios formales de admisibilidad, se había negado a pronunciarse sobre el fondo de su asunto.

Recuerda el TEDH que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su progreso y para la autorrealización de cada individuo (§14). La condena en cuestión constituyó claramente una injerencia en el derecho de la demandante a la libertad de expresión, garantizado por el artículo 10 del Convenio. El TEDH constata que la injerencia estaba prescrita por la ley y perseguía un objetivo legítimo, a saber, la prevención del desorden y la delincuencia, en el sentido del artículo 10 § 2 del Convenio. La cuestión principal en el presente caso es, por tanto, si la injerencia era «necesaria en una sociedad democrática» (§15).

En cuanto a las declaraciones que pueden constituir una llamada a la violencia, el Tribunal ha tenido en cuenta los siguientes factores: (i) si las declaraciones se hicieron en un contexto político o social tenso, (ii) si las declaraciones, interpretadas de manera justa y consideradas en su contexto inmediato o más amplio, podrían considerarse como un llamamiento directo o indirecto a la violencia o como una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia, y (iii) la manera en que se hicieron las declaraciones, y su capacidad —directa o indirecta— de provocar consecuencias perjudiciales (§16).

La condena del demandante se basó en la constatación de que sus canciones y vídeos justificaban y glorificaban el terrorismo, en particular, al grupo terrorista GRAPO, a las personas condenadas por ser sus miembros y a los delitos cometidos. También se determinó que las canciones incitaban al odio y a la enemistad por diversos motivos. El Tribunal también observa que esas canciones eran fácil y gratuitamente accesibles en línea y habían sido interpretadas en conciertos, por lo que tenían el potencial de llegar a un gran número de personas, incluso de corta edad (§17).

Respondiendo a la pregunta de si las canciones podían considerarse un llamamiento directo o indirecto o una justificación de la violencia, el odio o la intolerancia, los tribunales nacionales señalaron las referencias explícitas a métodos violentos o terroristas: las menciones en una connotación positiva del uso de explosivos y otras armas, golpear a los oponentes y causar daños materiales, como atacar cajeros automáticos o

supermercados. Las letras de las canciones sugerían directamente que se hiriera o matara a políticos, jueces, fuerzas de seguridad, ricos, familia real y a quienes se percibiera como opositores ideológicos. En resumen, las canciones comunicaban a los oyentes la idea general de que el recurso a la violencia y al terrorismo estaba justificado. El TEDH está de acuerdo en que estas declaraciones iban mucho más allá de lo que podría percibirse como «canciones de protesta», tal como las describió el demandante, y de los límites aceptables de la crítica (§19).

En cuanto a la forma en que se hicieron las declaraciones, y su capacidad para provocar consecuencias perjudiciales, las sentencias nacionales destacaron el hecho de que los mensajes estaban especialmente dirigidos a los jóvenes, y que se transmitieron a la amplia audiencia a través de un canal de YouTube, un perfil de Facebook o en conciertos. El Tribunal también considera razonable la apreciación de los tribunales internos sobre el riesgo de acentuación del mensaje verbal por los vídeos agresivos y el uso de la insignia de los GRAPO (§20).

El Tribunal concluye que los tribunales nacionales, al condenar al demandante, se preocuparon de valorar su culpabilidad sobre la base de los criterios definidos por la jurisprudencia del TEDH, teniendo en cuenta las exigencias del artículo 10 § 2 del Convenio, y tras ponderar los distintos intereses en juego. El Tribunal no ve ningún motivo para sustituir su apreciación por la de las autoridades nacionales. Los motivos en los que se basó la condena del demandante, a saber, la lucha contra el elogio público o la justificación del terrorismo, parecen ser tanto «pertinentes» como «suficientes» para justificar la injerencia en cuestión y, en ese sentido, respondían a una necesidad social apremiante (§21). Por último, pondera que la ejecución de la pena de prisión impuesta inicialmente se suspendió posteriormente y la multa se redujo a 1.200 euros El TEDH concluye que la condena penal del demandante no puede considerarse desproporcionada con respecto al objetivo legítimo perseguido (§22). A la luz de lo anterior, el TEDH considera que la queja en virtud del artículo 10 del Convenio es manifiestamente infundada (§23).

En cuanto a la queja del demandante en virtud del artículo 6 del Convenio, el Tribunal considera que la decisión del Tribunal Constitucional no puede considerarse irracional o arbitraria. En el presente caso, el recurso del demandante fue examinado a fondo por los tribunales ordinarios y pudo interponer un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El demandante simplemente está en desacuerdo con el resultado y con el hecho de que no haya favorecido sus intereses (§24).

b) Se considera violado el derecho a la libertad de expresión del recurrente en la *STEDH de 8 de noviembre de 2022, caso Ayuso Torres contra* España.

El demandante es actualmente militar de reserva de las fuerzas armadas españolas y profesor de derecho constitucional en la Universidad. Cuando ocurrieron los hechos en cuestión, era profesor y miembro del Cuerpo Jurídico Militar, con el grado de Teniente Coronel Auditor. El demandante fue invitado al programa televisivo denominado «Lágrimas bajo la lluvia» sobre los «Mitos de la Transición» y emitido por el canal Intereconomía. Dicho programa televisivo incluía la proyección de una película, seguida de una debate con la participación del demandante y otros profesores universitarios. Durante su intervención, el demandante habló sobre el proceso de transición de la dictadura militar a la democracia en España y por qué, en su opinión, los orígenes de la Constitución española fueron viciados. Profundizó en estas ideas utilizando argumentos académicos y calificó la Constitución española como una «pseudo-constitución» y también había dicho que los orígenes de la Constitución eran «espurios y bastardos».

El 23 de septiembre de 2013 uno de los principales diarios de circulación nacional publicó en primera plana un artículo bajo el titular «[El Ministerio de] Defensa promueve a un juez militar que cuestiona la Constitución», lo que dio lugar a la apertura de un proceso disciplinario militar contra el demandante el 14 de noviembre de 2013, por el que se le imputaba una infracción grave.

El 2 de diciembre de 2013, el general militar instructor consideró que el demandante no había tenido la intención de criticar la Constitución y que solo había hecho los comentarios en cuestión en un contexto académico, por lo que su declaración no constituía una falta grave. No obstante, de la resolución se desprendía que el demandante habría sido sancionado de no ser porque la falta de carácter leve había prescrito.

El 21 de enero de 2014, el Tribunal Militar Central adoptó una decisión poniendo fin al proceso disciplinario sin sancionar al recurrente. En su razonamiento se hizo constar que «de la materia obrante en el expediente se desprende que el imputado había excedido el marco normativo aplicable al ejercicio de su derecho a expresarse libremente y, por lo tanto, la restricción de este derecho era legítima, adecuada y proporcionalmente justificado, aunque se había expresado en un contexto académico».

El demandante interpuso recurso de apelación contra tal decisión solicitando que se elimine del razonamiento de la sentencia la afirmación

de que se ha excedido en los límites del derecho a la libertad de expresión reconocido a los militares.

El Tribunal Militar Central rechazó el recurso. Decidió no evaluar los hechos del caso ya que no se había impuesto ninguna sanción al demandante. Sin embargo, señaló que, si un militar hubiera dicho que los orígenes de la Constitución eran «espurios y bastardos», no habría estado protegido por el derecho a la libertad de expresión.

El demandante interpuso recurso que fue desestimado por la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central por carecer de legitimación activa la demandante, al no haberse sancionado. A continuación, la demandante interpuso recurso de casación ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, invocando jurisprudencia que admitía el recurso contra una resolución en la que, aunque no se había impuesto sanción, la motivación contenía un reproche a la conducta del imputado. El Tribunal Supremo desestimó el recurso alegando que el demandante carecía de legitimación activa por no haber sido sancionado.

El demandante interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que fue inadmitido por carecer de especial trascendencia constitucional.

El Gobierno alegó que el demandante, al no haber sido declarado culpable de los cargos disciplinarios que se le imputaban, no podía alegar ser víctima de una violación de los derechos y libertades garantizados por el artículo 10 del Convenio, además entendía que estaba, de hecho, alegando una violación de su derecho al honor, protegido por el artículo 8 del Convenio, y no de sus derechos en virtud del artículo 10 del Convenio (§16 y 20). El Tribunal descarta estas observaciones del Gobierno (§22).

En el presente caso se incoó un expediente disciplinario contra el demandante por las opiniones que había expresado públicamente sobre los orígenes de la Constitución española en un programa de televisión. Aunque el demandante no fue sancionado, las resoluciones dictadas en dicho expediente disciplinario afirmaron que había sobrepasado los límites del derecho a la libertad de expresión reconocido al personal militar. Dichas resoluciones implicaban que el demandante habría sido sancionado de no ser porque la falta había prescrito (§31).

En opinión del TEDH, esta conclusión podría considerarse una advertencia o amonestación de facto dirigida al demandante, que podría tener un efecto amedrentador, impidiéndole expresar en el futuro opiniones similares, ya que podría incoarse un nuevo procedimiento disciplinario (§32).

Aunque no se haya incoado ningún procedimiento penal contra el demandante, éste podría haberse enfrentado a una sanción máxima de un mes de arresto domiciliario si los hechos hubieran sido calificados de falta y de dos meses de internamiento en una unidad disciplinaria si hubieran sido calificados de falta grave (§33).

A la luz de lo anterior, el Tribunal considera que estas consecuencias podrían ser relativamente graves. Equivalían a una injerencia en el derecho a la libertad de expresión del demandante, protegido por el artículo 10 del Convenio (§34).

Dada la condición de militar del demandante, el Tribunal considera que el Estado demandado, en su evaluación sobre la conveniencia de incoar un procedimiento disciplinario, tenía derecho a tener en cuenta el requisito de que el personal militar, como el demandante, respetara y garantizara el vínculo especial de confianza y lealtad entre él y el Estado en el desempeño de sus funciones (§44).

Sin embargo, en este caso concreto, el demandante era también profesor universitario, circunstancia que podría dar lugar a situaciones en las que su derecho a la libertad de expresión en el ámbito de la enseñanza podría colisionar con las restricciones en el ámbito militar. Además, el demandante se había expresado anteriormente en términos similares en el ámbito académico, sin consecuencias. Por otra parte, el contexto en el que el demandante había hecho los comentarios que fueron objeto del procedimiento disciplinario era el de un entorno académico, en una discusión con otros profesores. Los tribunales nacionales no tuvieron debidamente en cuenta la condición de profesor de derecho constitucional del demandante. Reiterando que el artículo 10 del Convenio también protege la forma en que se transmiten las ideas, el Tribunal considera que la presente demanda se refiere esencialmente al ejercicio por el demandante de su derecho a expresar libremente sus opiniones como académico durante un programa de televisión (§45).

El Tribunal es consciente de que, aunque no se impuso ninguna sanción al demandante, las declaraciones de los órganos disciplinarios en el sentido de que sus opiniones no debían estar amparadas por el derecho a la libertad de expresión, constituían una reprimenda suficiente para una opinión expresada en el curso de un debate académico y sobre un asunto de interés general. En efecto, advirtieron al demandante de que debía censurar su comportamiento y sus declaraciones futuras sobre la Constitución, independientemente del contexto o de la intención, y podían dar lugar a una sanción.

El Tribunal considera, por tanto, que, incluso en ausencia de una sanción efectiva, la advertencia relativa a su comportamiento futuro podía, en sí misma, tener un impacto en el ejercicio de su libertad de expresión e incluso un efecto disuasorio a este respecto (§47). En consecuencia, declara que ha habido una violación del artículo 10 del Convenio.

c) *Decisión de 2 de marzo de 2023, publicada el 23 de marzo, caso Ruth Gozalbo Moliner contra España*.

En marzo de 2013 un grupo de estudiantes, entre los que se encontraba la demandante, forzaron una puerta en los locales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona e interrumpieron una mesa redonda sobre el modelo universitario que había sido organizada por una asociación privada. Los manifestantes leyeron un manifiesto utilizando un megáfono, gritaron y silbaron. Se negaron a abandonar el recinto, por lo que las autoridades universitarias acordaron con los organizadores suspender la mesa redonda para evitar un riesgo mayor. La actuación de los manifestantes no causó daños personales ni materiales.

En agosto de 2018 un Juzgado de lo Penal de Barcelona declaró a la demandante culpable de una falta de coacciones, que había prescrito, ya que se había cometido hacía más de seis meses. Consideró que la demandante no había cometido el delito de coacciones, ya que su conducta no había alcanzado el umbral de violencia requerido, y que sus actos no constituían el delito de impedimento o perturbación del ejercicio de la libertad de reunión, dado que los organizadores y participantes de la mesa redonda habían acordado suspender su reunión. Tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular recurrieron la sentencia de primera instancia.

En diciembre de 2018 la Audiencia Provincial de Barcelona, sin celebrar vista, revocó la sentencia de primera instancia, declaró a la demandante culpable de un delito de perturbación del legítimo ejercicio de la libertad de reunión y le impuso una multa por importe de 1.050 euros.

El Tribunal Constitucional declaró inadmisible el recurso de amparo, por considerar que la demandante no había justificado debidamente la especial trascendencia constitucional.

La demandante se quejó en virtud del artículo 6 del Convenio de que había sido condenada por el tribunal de apelación (Audiencia Provincial) sin haber sido oída. Alegó que el tribunal de apelación había modificado y reevaluado implícitamente los hechos establecidos por el tribunal de primera instancia (§11).

El TEDH observa que la Audiencia Provincial prescindió de la celebración de una vista y realizó su propia valoración jurídica de los hechos ya establecidos por el tribunal de primera instancia. Sostuvo, en contra de la conclusión del tribunal de primera instancia, que el delito de impedir el ejercicio legítimo de la libertad de reunión de los demás no requería necesariamente el uso de la violencia o un alto nivel de intensidad de la conducta, dado que, en virtud del artículo 514.4 del Código Penal, el delito podía cometerse por medios ilegales o por cualquier otro procedimiento ilícito. La Audiencia Provincial consideró que los actos de la demandante, tal y como fueron establecidos por el tribunal de primera instancia, cumplían los criterios de la infracción penal prevista en el citado artículo del Código Penal (§12).

El TEDH consideró que el tribunal de apelación realizó una interpretación jurídica de la disposición mencionada que difería de la realizada por el tribunal inferior y no llevó a cabo una nueva valoración de los hechos establecidos en primera instancia. El TEDH constató que el procedimiento contra la demandante fue contradictorio, dado que la demandante tuvo la oportunidad de presentar su versión de los hechos oralmente ante el tribunal de primera instancia y de aportar observaciones escritas en respuesta a las de las acusaciones pública y particular. En consecuencia, rechaza esta queja.

La demandante se quejó además en virtud del artículo 2 del Protocolo nº 7 de que, al haber sido condenada en apelación, no se le había dado la oportunidad de recurrir su condena (§15).

El Tribunal señala a este respecto que ninguna otra disposición del Convenio o de sus Protocolos garantizan el derecho a que un caso sea examinado por tres niveles de jurisdicción (§16). Por ello inadmite también esta alegación.

La demandante se quejó en virtud de los artículos 10 y 11 del Convenio de que el procedimiento que había conducido a su condena por un delito penal y la multa que se le había impuesto habían tenido un efecto amedrentador sobre su libertad de expresión y de reunión (§18). El Tribunal considera que, en las circunstancias del caso, la denuncia debe examinarse únicamente en virtud del artículo 11, a la luz del artículo 10 (§19). El Tribunal acepta sin problemas que el proceso penal contra la demandante y la multa impuesta en dicho proceso equivalían a una injerencia en el derecho consagrado en el artículo 11 del Convenio (§20).

La injerencia en cuestión se basaba en el artículo 514.4 del Código Penal español y, por tanto, tenía una base jurídica en el Derecho interno

(§21). Dado que la injerencia tenía por objeto proteger los derechos de los demás, concretamente el derecho a la libertad de reunión de los participantes en la mesa redonda, perseguía un objetivo legítimo en el sentido del artículo 11.2 del Convenio (§22).

El TEDH subraya que la estructuración de una manifestación, o de una parte de ella, de forma que cause perturbaciones en otras actividades en un grado superior al inevitable dadas las circunstancias, constituye una conducta que no puede gozar de la misma protección privilegiada que la expresión o el debate político sobre cuestiones de interés público o la manifestación pacífica de opiniones sobre tales cuestiones. Por el contrario, los Estados gozan de un amplio margen de apreciación en su evaluación de la necesidad de adoptar medidas para restringir dicha conducta. Además, la perturbación grave e intencionada, por parte de manifestantes, de actividades realizadas legalmente por otros podría considerarse un «acto reprensible» y justificar la imposición de sanciones, incluso de carácter penal (§24).

El TEDH considera, en las circunstancias del presente asunto, que la demandante, junto con otros estudiantes, cometió un «acto reprensible» porque, tras forzar una puerta e interrumpir la mesa redonda, permanecieron en la sala, haciendo imposible que los participantes continuaran su reunión (§25).

El TEDH entiende que las autoridades nacionales lograron un justo equilibrio entre el objetivo legítimo de la protección de los derechos y libertades de los demás y las exigencias de la libertad de reunión. Basaron sus decisiones en una apreciación aceptable de los hechos y en razones pertinentes y suficientes. Por lo tanto, no se extralimitaron en su margen de apreciación en relación con el asunto. La multa impuesta a la demandante, aun siendo de carácter penal, no era desproporcionada en relación con el objetivo legítimo perseguido (§26).

d) Una condena previsible contiene la *STEDH de 8 de junio de 2023, caso Fragoso Dacosta contra España*.

En el momento de los hechos, el Arsenal Militar de Ferrol, una base militar bajo la responsabilidad del Ministerio de Defensa, estaba inmerso en un conflicto por impago de salarios con los empleados de la empresa encargada de la limpieza del edificio del arsenal. En respuesta a los salarios impagados, los empleados de la empresa de limpieza se declararon en huelga desde octubre de 2014 hasta marzo de 2015. Durante ese período, los empleados, junto con algunos representantes sindicales, celebraron concentraciones diarias frente al arsenal gritando consignas

relacionadas con sus protestas (como «*la bandera no paga las facturas*»), silbando y, en general, creando ruido.

Esas protestas coincidían con el izado solemne diario de la bandera nacional en presencia de los militares. El 28 de octubre de 2014, el Almirante Jefe del arsenal envió una carta al secretario de la Confederación Intersindical Galega, sindicato gallego, protestando por la falta de respeto de los manifestantes hacia la bandera nacional. El 29 de octubre, el demandante, que era representante del mencionado sindicato, participó en una reunión con el almirante, quien le pidió que «rebajara el tono» de la protesta durante el izado de la bandera nacional. A las 8 horas del 30 de octubre de 2014, el demandante, junto con una treintena de manifestantes, que se encontraba frente al arsenal en el momento del izado solemne de la bandera nacional, gritó a través de un megáfono: «*Aquí tenéis el silencio de la puta bandera*» y «*Hay que prender fuego a la puta bandera*». El demandante fue condenado por un delito de ultraje a la bandera de España, a una multa de 1.260 euros, que podría ser sustituida por la privación de libertad en caso de impago. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto y confirmó la sentencia condenatoria.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo mediante la STC 190/2020, de 15 de diciembre.

El Tribunal considera que la sanción penal impuesta al demandante supuso una injerencia en su derecho a la libertad de expresión, pero estaba prevista en la ley por el artículo 543 del Código Penal español, y perseguía un finalidad legítima. No obstante, el TEDH se detiene en analizar la proporcionalidad de la sanción impuesta, es decir, si la injerencia señalada era «necesaria en una sociedad democrática» (§23 y §24).

En cuanto a las circunstancias del asunto, el Tribunal señala que el demandante, un sindicalista que había proferido dos improperios a través de un megáfono en una protesta pacífica contra el impago de salarios, fue declarado culpable de haber insultado a la bandera española y recibió una sanción penal por ello. El Tribunal subraya que las expresiones impugnadas no iban dirigidas a una persona sino a un símbolo (§26).

Admite el TEDH que, en principio, las autoridades nacionales están mejor situadas que el juez internacional para evaluar el significado y el impacto de las palabras ofensivas, en particular cuando se dirigen a un símbolo nacional. No obstante, también señala el TEDH que el principio de subsidiariedad impone una responsabilidad compartida entre los Estados Parte y el Tribunal, y que las autoridades y los tribunales nacionales deben interpretar y aplicar el Derecho interno de manera que dé pleno efecto al Convenio (§27).

El TEDH acepta que el lenguaje utilizado por el demandante podría haber sido considerado provocador y el uso de improperios gratuito. Sin embargo, observa que no hubo indicios de desórdenes o disturbios tras las declaraciones del demandante. Ni la Audiencia Provincial ni el Gobierno intentaron justificar la condena del demandante haciendo referencia a la incitación a la violencia o a la incitación al odio. El Tribunal tiene en cuenta además el hecho de que las observaciones se hicieron oralmente durante una protesta, por lo que el demandante no tenía ninguna posibilidad de reformularlas, refinarlas o retractarse (§ 29).

Si bien el Tribunal acepta que las declaraciones provocadoras dirigidas contra un símbolo nacional pueden herir los sentimientos de las personas, el perjuicio así causado, en su caso, es de naturaleza diferente en comparación con el causado por el ataque a la reputación de una persona concreta. En el presente caso, si bien la Audiencia Provincial declaró que los militares habían experimentado «un intenso sentimiento de humillación», lo cierto es que las declaraciones del demandante no iban dirigidas contra ninguna persona o grupo de personas. El Tribunal observa, además, que las declaraciones del demandante no produjeron ningún daño personal o material, que el procedimiento penal se inició únicamente a iniciativa del Ministerio Fiscal y que no se interpuso ninguna demanda civil en relación con las declaraciones del demandante (§30).

El TEDH considera que no puede adivinar las intenciones del demandante, pero señala que sus declaraciones podrían considerarse razonablemente no como un insulto, sino como una crítica y una expresión de protesta y descontento hacia el personal militar como empleador de los empleados de la empresa de limpieza (§31).

El Tribunal observa además que el demandante era un representante sindical que hizo las declaraciones durante una protesta por salarios impagados. Por lo tanto, cabe admitir que se trataba de un debate sobre una cuestión de interés general para los empleados de la empresa de limpieza. El Tribunal reitera a este respecto que los miembros de un sindicato deben poder expresar a su empresario las reivindicaciones con las que pretenden mejorar la situación de los trabajadores en su empresa. Además, aunque cualquier persona que participe en un debate público de interés general —como el demandante en el presente asunto— no debe sobrepasar ciertos límites, en particular en lo que respecta al respeto de la reputación y los derechos de los demás, se permite cierto grado de exageración, o incluso de provocación; en otras palabras, se permite cierto grado de inmoderación (§32).

Por último, el Tribunal observa que el demandante fue condenado a una multa de 1.260 euros, que podía ser sustituida por la privación de libertad en caso de impago. En opinión del Tribunal, el importe de la multa impuesta a la demandante era significativo y el hecho de que la privación de libertad pudiera imponerse como pena alternativa es particularmente relevante. En estas circunstancias, el Tribunal considera que la severidad de la pena impuesta superaba la gravedad de la infracción. Las consideraciones anteriores son suficientes para permitir al Tribunal concluir que la sanción penal impuesta al demandante, en las circunstancias particulares del caso, era desproporcionada en relación con el objetivo perseguido (§33).

VII. Artículo 1 Protocolo 1.[8]

La *STEDH de 19 de Enero de 2023, caso Domenech Aradilla y Rodríguez González contra España*, consta la violación del art. 1 del Protocolo 1.

La primera demandante y su pareja habían vivido juntos desde principios de 2007 hasta 2013, cuando falleció esta última. El hecho de que vivieron juntos durante al menos cinco años fue indiscutido. En el momento en que falleció su pareja, la demandante estaba embarazada de un hijo, que nació en 2014.

El 21 de enero de 2014, presentó una solicitud de pensión de supervivencia ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social que fue denegada. La denegación se basó en el supuesto incumplimiento por parte de la demandante de uno de los requisitos legales para tener derecho a la pensión de supervivencia: la formalización de la pareja en un registro o acta notarial con al menos dos años de antelación al fallecimiento de uno de ellos. La demandante interpuso entonces un recurso judicial contra la citada resolución desestimatoria.

El 10 de abril de 2014, el Tribunal Constitucional publicó la sentencia STC 40/2014, que introdujo un nuevo requisito formal para solicitar la pensión de supervivencia[9].

---

[8] Dicho artículo dispone: «*Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas*.»

[9] El Tribunal Constitucional estimó una cuestiona la constitucionalidad sobre un precepto de la Ley general de la Seguridad Social que, a efectos del reconocimiento y disfrute del

Si bien el 19 de enero de 2015, un Juzgado de lo Social estimó el recurso de la demandante y reconoció el derecho de la demandante a que se le concediera una pensión de supervivencia, posteriormente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó la sentencia. La demandante interpuso recurso de casación que fue inadmitido.

La segunda demandante y su pareja convivieron juntos desde 2008 hasta el 7 de enero de 2014, cuando falleció esta última. La demandante presentó en abril de 2014 una solicitud de pensión de supervivencia, afirmando que cumplía tanto los requisitos económicos como los de pareja de hecho. En su solicitud, alegó que habían convivido desde el 10 de junio de 2008 hasta el fallecimiento de él, el 7 de enero de 2014, y que su relación había constituido una pareja de hecho sin que hubieran tenido necesidad de formalizar su situación. El 4 de abril de 2014 se desestimó la solicitud de la demandante. El 10 de abril de 2014, el Tribunal Constitucional publicó la sentencia STC 40/2014, antes citada.

El 15 de mayo de 2014, la demandante interpuso una reclamación administrativa contra la resolución del INSS que fue rechazada bajo el argumento de que, en virtud de la STC 40/2014, la acreditación de la existencia de una pareja de hecho a efectos del acceso a las pensiones de viudedad sólo era posible si la unión se había formalizado mediante inscripción en un registro o mediante acta notarial con una antelación mínima de dos años al fallecimiento de la pareja. Impugnada judicialmente la negativa, los órganos judiciales desestimaron la petición de la demandante.

En ambos casos el Tribunal Constitucional declaró inadmisible los recursos de amparo por carecer de especial relevancia constitucional.

---

derecho a la pensión de viudedad, remitía la «acreditación» de la existencia de una pareja de hecho a lo establecido por las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio (en el caso comentado se trataba de Cataluña). Según el TC el precepto anulado introducía un criterio de diferenciación entre los sobrevivientes de las parejas de hecho, dado que se establecían diferentes requisitos de acceso a la pensión de viudedad en función de su lugar de residencia o vecindad y de si dicha Comunidad Autónoma contaba con Derecho civil propio que hubiera aprobado legislación específica en materia de parejas de hecho. La Sentencia consideró que el problema de fondo que se planteaba no era la limitación de la remisión a las Comunidades Autónomas, sino la remisión a la legislación autonómica en sí misma cuando se trata de determinar los requisitos de acceso a una prestación de la Seguridad Social, requisitos éstos que deben ser iguales para todos los que actualicen la contingencia correspondiente. La Sentencia concluyó que dicha diferenciación de trato entre parejas de hecho con residencia en Comunidades Autónomas con Derecho civil propio o en aquellas que no ostentan competencias en materia de Derecho civil, carecía de justificación objetiva, razonable y proporcionada. Respecto al alcance del fallo, se declaró la nulidad pro-futuro del precepto aludido.

Comienza el TEDH desechando los óbices procesales planteados por el Gobierno y exponiendo la jurisprudencia sobre el artículo 1 del Protocolo no. 1 del Convenio, que considera aplicable a los dos recursos.

Entiende el TEDH que la denegación de la solicitud de pensión de supervivencia de los demandantes debe considerarse como una injerencia en su derecho al disfrute pacífico de sus bienes. El Tribunal observa que las medidas denunciadas consistieron en la forma en que la STC 40/2011 abordó los efectos de su declaración de inconstitucionalidad del párrafo quinto del apartado 3 del artículo 174 de la LGSS sobre las situaciones pendientes tal como se aplicó en los casos de las demandantes, en los que la pensión se solicitó antes de dicha Sentencia sin que recayera sobre ellas ninguna resolución firme (§95 y §96).

El Tribunal asume que la injerencia en el derecho de las demandantes fue legal y perseguía un interés general. Por tanto, la cuestión principal era analizar su proporcionalidad (§97 y §99).

Constata el TEDH que se produjo un cambio en el régimen jurídico pertinente como consecuencia de la STC publicada el 10 de abril de 2014, que afectó a la legislación que regula el derecho de las parejas de hecho a percibir una pensión de supervivencia durante el período en que estaban pendientes los procedimientos relativos a las solicitudes de las demandantes por obtener dicha pensión (§100).

En cuanto a los hechos del caso, observa que las demandantes solicitaron una pensión de supervivencia poco después del fallecimiento de sus respectivas parejas, y antes de la STC 40/2014 y antes de la entrada en vigor de la nueva disposición que exigía que una unión de hecho se hubiera formalizado al menos dos años antes del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja para que el miembro superviviente tenga derecho a percibir una pensión de supervivencia (§102).

El Tribunal también observa que, en virtud de la STC 40/2014, los efectos de dicha sentencia «no sólo habrían de preservar la cosa juzgada, sino que, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica, ... se extienden en este caso a posibles situaciones administrativas definitivas, de modo que esta declaración de inconstitucionalidad sólo será eficaz pro-futuro» (§103).

Sin embargo, ni el Tribunal Constitucional ni la legislación adoptada con posterioridad tuvieron en cuenta la situación específica de personas que, como los demandantes, habían adquirido plenos derechos a una pensión de supervivencia, y la habían solicitado formalmente, antes de la decisión del Tribunal Constitucional de proceder a la uniformización del régimen jurídico aplicable en todas las partes de España (§104).

Por lo que se refiere a la segunda demandante, señala además el TEDH que la única razón por la que los procedimientos relacionados con la concesión de sus solicitudes de pensión seguían pendientes en el momento de la publicación de la sentencia de la STC 40/2014, residía en el hecho de que el organismo asegurador competente dictó el 4 de abril de 2014 una resolución denegatoria de su solicitud sobre la base de lo que posteriormente se demostró que había sido una apreciación errónea de que no cumplía el requisito de cinco años de convivencia. En cuanto a la primera demandante, obtuvo una resolución judicial en primera instancia que reconocía su derecho a la pensión, pero dicha resolución fue posteriormente anulada (§105).

El TEDH considera que lo anterior constituyó, en esencia, una forma de aplicación retroactiva de un nuevo requisito más estricto a casos en los que el interesado tenía todas las razones para considerar que tenía un derecho adquirido a una pensión (§106).

Matiza el Tribunal que la exigencia de que una pareja de hecho se formalice al menos dos años antes del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja para que el otro miembro de la pareja tenga derecho a una pensión de supervivencia es, en realidad, una salvaguardia adicional que ayuda a las autoridades públicas a evitar el fraude y a garantizar que las pensiones de supervivencia sólo se asignen a su finalidad prevista, a saber, proteger a un miembro superviviente vulnerable de una pareja estable que había dependido económicamente del miembro de la pareja fallecido. En el caso de autos, el Tribunal considera muy relevante que, dado que las parejas de los demandantes ya habían fallecido en el momento en que el Tribunal Constitucional introdujo un nuevo requisito de acceso, no había forma de que pudieran haber cumplido el nuevo requisito. Por lo tanto, la prueba pertinente es si la introducción del requisito formal de inscripción sin prever medidas transitorias respecto a las personas que ya tenían derecho a la pensión antes de su introducción estaba justificada por razones imperiosas de interés general y si imponía una carga excesiva a los demandantes (§109).

El Tribunal considera que es destacable que, en el presente caso, la ausencia de un período transitorio que permitiera una solución razonable para aquellas parejas supervivientes que vieron entrar en vigor el cambio legislativo cuando su solicitud de pensión de supervivencia ya estaba en curso no fue paliada por ninguna medida positiva por parte del legislador. El Gobierno no explicó ante el Tribunal por qué el interés general en poner fin a una situación en la que los residentes de otras partes de España recibían un trato menos favorable, puesto que ya se les aplicaba el

requisito formal de la inscripción, no podía haberse alcanzado sin imponer una consecuencia tan grave a los demandantes. Es relevante a este respecto que la diferencia de trato que el Tribunal Constitucional decidió corregir fuera imputable a los poderes públicos. Por lo tanto, el TEDH no comparte que existieran razones imperiosas de interés general que justificaran no establecer un período transitorio para que los demandantes y las personas de la misma categoría pudieran ser considerados conformes con los requisitos y no se les impidiera de inmediato tener derecho a la pensión (§110).

A la luz de las consideraciones anteriores, el Tribunal estima que la medida controvertida, aunque tenía por objeto eliminar una diferencia de trato previa que debía ser abordada por el legislador, no logró establecer un justo equilibrio entre los intereses en juego (§112).

Por lo tanto, considera que se ha producido una violación de sus derechos en virtud del artículo 1 del Protocolo no. 1 del Convenio.

Sobre este problema el TEDH ha dictado dos sentencias más, la *STEDH de 26 de enero de 2023, caso Valverde Digon contra España* y la *STEDH de 20 de julio de 2023, caso del Pino Ortiz y otros contra España*.

ESTADO DE DERECHO E INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS EN EL ACTUAL ESTADO SOCIO-POLÍTICO. Vigo acogió los días 19 y 20 de octubre de 2023 las XXIX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. El presente volumen recopila las actas de estas jornadas. Los Estudios recogen las ponencias presentadas sobre el tema. Aparte de abordarse, desde una perspectiva general, la posibilidad de una crisis en el modelo de relaciones entre Estado de Derecho e instituciones democráticas, la independencia judicial —así como la de las autoridades supervisoras y reguladoras— ocupa un lugar central en la reflexión.

Por lo demás, como es habitual, el volumen se cierra con las Crónicas jurisprudenciales correspondientes al período comprendido entre septiembre de 2022 y septiembre de 2023. Incluye la exposición sistematizada de los diferentes aspectos de la jurisprudencia constitucional, así como una recopilación de los pronunciamientos del TEDH en el período de referencia.

Paloma Biglino Campos. Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid.

Pablo Lucas Murillo de la Cueva. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho Constitucional.

Rafael Bustos Gisbert. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid.

Paz Andrés Sáenz de Santa María. Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Oviedo. Consejera permanente del Consejo de Estado.

José Luis Piñar Mañas. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad San Pablo CEU de Madrid. Vocal permanente y presidente de la Sección de Derecho Público de la Comisión General de Codificación.

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

C|E|P|C