

DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DURANTE EL PRIMER CUATRIMESTRE DE 2009

JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS
JUAN CARLOS DUQUE VILLANUEVA
IGNACIO TORRES MURO
ENRIC FOSSAS ESPADALER

I. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL.—II. FUENTES DEL DERECHO.—III. ESTRUCTURA TERRITORIAL DEL ESTADO.—IV. ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS.—V. DERECHOS FUNDAMENTALES.

I. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. El año 2009 ha comenzado con un notable incremento del número de Sentencias dictadas por el Tribunal respecto de los cuatrimestres anteriores: un total de 103 hasta el 30 de abril, es decir, una más que las aprobadas a 31 de agosto de 2008. De nuevo, sin embargo, destaca la escasa actividad del Pleno, que sólo ha pronunciado dos Sentencias, ambas sustancialmente de remisión y ninguna referida a la estructura territorial del Estado (1). El peso

(1) Se trata de la STC 13/2009, de 19 de enero, comentada *infra*, págs. 280-282, 284-285 y 290-291, desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Hombres y Mujeres, en la que se aplica la doctrina establecida en la STC 12/2008, de 29 de enero, sobre paridad de sexos en candidaturas electorales (comentada en *REDC*, núm. 83, 2008, págs. 220-223 y 232-233), y de la STC 45/2009, de 19 de febrero, que abunda en la línea abierta con la STC 59/2008, de 14 de mayo, en relación con la legislación penal en materia de la llamada violencia de género y de la que se dio cuenta en *REDC*, núm. 84, 2008, págs. 239-241.

de la resolución de los procesos que antes de la reforma de 2007 eran privativos del Pleno del Tribunal ha recaído durante este cuatrimestre en las dos Salas, que han sentenciado nueve cuestiones de inconstitucionalidad, todas de aplicación de doctrina y dos de ellas sobre asuntos competenciales (2). Muy numerosas han sido también las Sentencias dictadas por las Secciones en procesos de amparo (quince), muchas de ellas modélicas por su brevedad y precisión, como cabe esperar de resoluciones a las que ha de ser «aplicable doctrina consolidada» (art. 52.2 LOTC) para que puedan ser deferidas por las Salas. Ello no obstante, una de esas Sentencias de Sección va acompañada de un voto particular en el que se reitera la discrepancia ya manifestada por su firmante al adoptarse la Sentencia de Pleno en la que se estableció la doctrina aplicada al caso, lo que permite dudar de su carácter consolidado; incluso de su condición de doctrina, pues más bien se trata de un precedente acordado por mayoría (3).

2. No ha habido novedades relevantes a propósito del requisito de la «especial trascendencia constitucional» [arts. 49.1 y 50.1.b) LOTC], aunque sí se ha deslizado algún indicio sobre la posible definición material de esta nueva categoría. Tanto la STC 48/2009, de 23 de febrero, como la STC 70/2009, de 23 de marzo (4), ambas de la Sala Primera, han rechazado que el requisito de la justificación de la especial trascendencia constitucional de la demanda pudiera exigirse en procedimientos de amparo iniciados antes de la entrada en vigor de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional realizada en 2007, por más que la admisión a trámite de los recursos (e, incluso, la formalización de la demanda) se hubiera verificado una vez vigentes los nuevos artículos 49.1 y 50.1.b) LOTC. Lo interesante es que la STC 70/2009 no se conforma con esa razón, sino que le antepone otra que, en realidad, la contradice, pues la Sala afirma explícitamente que «concorre la especial trascendencia [...], dado que se trata de una cuestión en la que este Tribunal no ha sentado doctrina» (FJ 1). Afirmación de la que se desprende, por tanto, una primera contribución al concepto de la «especial trascendencia consti-

(2) Las SSTC 86/2009 (Sala Segunda), de 23 de febrero, y 87/2009 (Sala Primera), de 20 de abril, de las que se da cuenta *infra*, págs. 282-284.

(3) STC 84/2009 (Sección Segunda), de 30 de marzo, con voto particular del Magistrado Sr. Rodríguez-Zapata Pérez, que se remite al que suscribió frente a la STC 172/2008 (Pleno), de 18 de diciembre, sobre apoderamiento tácito para la interposición de recursos de amparo en beneficio de extranjeros expulsados del territorio nacional, comentada en la crónica precedente (REDC, núm. 85, 2009, págs. 232 y 246-247). Véase asimismo *infra*, pág. 292.

(4) Comentada *infra*, pág. 292.

tucional», que habrá de considerarse presente en las demandas que planteen cuestiones doctrinalmente inéditas (5).

Por lo demás, acaso la afirmación de la Sala no sólo fuera innecesaria por ser bastante la inaplicabilidad de la reforma de 2007 al supuesto debatido, sino también en cualquier caso, es decir, también si fuera de aplicación el nuevo régimen del recurso de amparo, pues es dudoso que el Tribunal haya de justificar su apreciación sobre la trascendencia de una demanda. Salvo que se entienda que su realidad también comprende la del viejo «contenido constitucional», cuya «carencia manifiesta» sí exigía la justificación de su invocación como causa de inadmisión (6). Una conclusión que, sin embargo, parece descartada desde el momento en que el ATC 188/2008 (Sala Primera), de 21 de julio, FJ 2, ha dejado dicho que «la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental» (7).

Si en dicho ATC 188/2008 quedó igualmente claro que el incumplimiento de aquella carga constituía un incumplimiento insubsanable, la STC 44/2009 (Sala Primera), de 12 de febrero, acredita que, caso de no haberse agotado el plazo para recurrir en amparo, la inadmisión de un recurso por causa de ese incumplimiento no impide la presentación de una nueva demanda. El supuesto es ciertamente muy excepcional, pero no imposible. La circunstancia de que la inadmisión se produzca cuando aún no ha finalizado el plazo originario para recurrir es relativamente frecuente en los supuestos de amparos electorales. En el caso de la STC 44/2009, si bien no hay en ella constancia alguna del episodio, sí tuvo reflejo en la prensa (8) el hecho de que se había presentado una primera demanda de amparo electoral que fue inadmitida por providencia al advertirse

(5) En el caso, la posible lesión del derecho a la intimidad provocada por la indebida utilización de información clínica.

(6) Con buen criterio, por cierto, en la STC 100/2009 (Sala Segunda), de 27 de abril, se recuerda que la causa de inadmisión del anterior artículo 50.1.c) LOTC no puede invocarse en trámite de Sentencia para interesar la desestimación de la demanda de amparo. Sin embargo, en la STC 98/2009 (Sala Segunda), de 27 de abril, se concluye que el recurso examinado, inadmitido en Sentencia por falta de legitimación, «no podría tampoco prosperar al carecer manifiestamente del imprescindible contenido constitucional» (FJ 5).

(7) Sobre el ATC 188/2008, véase *REDC*, núm. 84, 2008, págs. 227-228, y *REDC*, núm. 85, 2009, págs. 229-231.

(8) Por todas, ediciones de *ABC* y *Público* de 11 de febrero de 2009 y de *El Mundo* y *El País* de 12 de febrero de 2009. También por la prensa se ha sabido de la inadmisión de un recurso de amparo interpuesto por Diputados de ERC contra el rechazo por la Mesa del Congreso de los Diputados de un centenar de preguntas relacionadas con la Casa Real. El recurso se inadmitió, con voto particular del Magistrado Sr. Pérez Tremps, por no justificarse su especial trascendencia. Así se recoge en el semanario *El Siglo*, núm. 830, de 13-19 de abril de 2009, pág. 28.

que no se cumplía en ella con el requisito de la justificación de la especial trascendencia. Como quiera que la inadmisión se notificó cuando aún restaban unas horas para que finalizara el plazo disponible en un principio para impugnar la resolución del Tribunal Supremo que había anulado la candidatura en cuestión, ésta presentó una nueva demanda de amparo que, satisfaciendo ya aquel requisito, fue admitida a trámite y, finalmente, desestimada.

3. Otra de las novedades de la reforma de 2007, la relativa a los artículos 4 y 92 LOTC, ha tenido su primicia en este cuatrimestre con el ATC 107/2009 (Pleno), de 24 de marzo. Ideada con el fin de pertrechar al Tribunal para la defensa de su jurisdicción ante experiencias como la ocasionada por la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004 (9), la posibilidad de que el Tribunal Constitucional declare la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan o menoscaben su jurisdicción ha sido objeto de consideración en un incidente motivado por la ejecución del ATC 355/2007, de 24 de julio, en el que se había acordado mantener la suspensión de una medida cautelar adoptada por una autoridad autonómica en relación con una actuación del Estado. Finalmente, y tras concluir que determinados decretos municipales cuestionados por el Abogado del Estado no ponían en riesgo la ejecución de aquel Auto, el Pleno acordó que no era necesaria su anulación *ex* artículos 4 y 92 LOTC. Interesa subrayar la afirmación de que el incidente del nuevo artículo 92 LOTC no requiere el agotamiento de la vía judicial (ATC 107/2009, FJ 3).

4. En relación con la tramitación de los diferentes recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la reforma del Estatuto de Cataluña, es de destacar una serie de Autos del Pleno referidos a la abstención intentada por el Magistrado Sr. Pérez Tremps como consecuencia de la recusación de la que fue objeto en el primero de dichos recursos, aceptada por el ATC 26/2007, de 5 de febrero (10). La abstención será rechazada en los AATC 37 a 41/2009, de 5 de febrero, y aceptada únicamente en el ATC 36/2009, de igual fecha. La razón de tan distinto resultado radica en que el Pleno ha entendido que la recusación del Magistrado Sr. Pérez Tremps acordada en el ATC 26/2007 se había basado en su «participación indirecta [...] en la elaboración de unos concretos preceptos» del Estatuto (por todos, ATC 36/2009, FJ 3), de manera que sólo estaba justificada su abstención en aquellos procedimientos en los que también estuvieran impug-

(9) Objeto de comentario en la crónica publicada en *REDC*, núm. 71, 2004, págs. 295-299.

(10) Al respecto, véase *REDC*, núm. 80, 2007, pág. 235.

nados esos mismos preceptos estatutarios, circunstancia que sólo se daba en el iniciado por el Defensor del Pueblo.

Para alcanzar esa conclusión el Pleno sostiene que «el incidente de recusación se delimita por la pretensión que en él se formula, que, como cualquier otra, se identifica por el *petitum* y la *causa petendi*». El hecho de que en la recusación estimada por el ATC 26/2007 «la *causa petendi* consistía en la participación indirecta del Magistrado en la elaboración de unos concretos preceptos», unido a «la necesidad de una interpretación estricta o no extensiva de las causas de recusación [...], nos lleva a concluir que no resulta suficiente que la participación del Magistrado afecte a la misma disposición legal que fue impugnada en el proceso en el que se apreció la causa de recusación [...], sino que es preciso que la actuación del Magistrado que daba lugar a la *causa petendi* en la recusación que fue estimada haya incidido también sobre alguno o algunos de los preceptos impugnados [en los otros procesos] de inconstitucionalidad, siendo éste, en definitiva, el criterio para decidir la procedencia o no de la abstención» (*loc. ult. cit.*).

Sin embargo, más allá de la diferencia que media entre la causa de una recusación y la recusación misma como causa de efectos propios, lo cierto es que en el ATC 26/2007, FJ 8, se afirmó que «[e]l estudio realizado supone una toma de postura acerca de los límites constitucionales sobre la asunción de competencias por la Comunidad Autónoma de Cataluña, lo que constituye un elemento objetivo que razonablemente permite la suspicacia de la parte recusante acerca de la imparcialidad con la que el Magistrado recusado está en condiciones de abordar el enjuiciamiento de la norma impugnada», concluyendo que «basta con constatar, como así se desprende del material probatorio acopiado en este incidente, que pueda existir una duda razonable sobre la imparcialidad». Una afirmación demasiado general y abstracta como para referir la recusación acordada a unos preceptos concretos del Estatuto, pues la «toma de postura» se predica de la cuestión sobre los límites de los Estatutos de Autonomía.

En todo caso, el rigor observado por el Pleno al rechazar la abstención del Magistrado Sr. Pérez Tremps contrasta con el tratamiento dispensado a la abstención justificada en el ATC 60/2009 (Sala Segunda), de 23 de febrero, donde sólo se hace constar que la Magistrada Sra. Pérez Vera «comunicó, a los efectos oportunos, que se abstenía en la tramitación y resolución» de un recurso de amparo «de conformidad con el art. 219.9 LOPJ» (antecedente único), limitándose la Sala a afirmar que, «[v]ista la comunicación efectuada [...], en virtud de lo previsto en los arts. 80 LOTC y 219.9 LOPJ de la [LOPJ], se estima justificada la causa de abstención formulada» (FJ único).

5. En relación con el principio de subsidiariedad de la jurisdicción de amparo merecen destacarse una serie de resoluciones que apuntan a una cierta oscilación en los rigores de su observancia y en la lógica de su consecuencia. Entre los llamados recursos de amparo mixtos (arts. 43 y 44 LOTC) vuelven a manifestarse contradicciones en cuanto a la debida ordenación de los respectivos objetos de enjuiciamiento. Así, la STC 32/2009 (Sala Segunda), de 9 de febrero, se atiene a la fórmula que en estas páginas siempre se ha considerado más adecuada, anteponiendo el examen de las quejas deducidas *ex* artículo 43 LOTC a las deducidas contra la resolución judicial con la que se agota la vía previa. Sin embargo, la misma Sala había adoptado en la STC 10/2009, de 12 de enero, el planteamiento contrario (11). Por su lado, la Sala Primera acoge en la STC 82/2009, de 23 de marzo, el orden de enjuiciamiento que se inicia con el examen de las lesiones invocadas al amparo del artículo 43 LOTC, pero al pasar a analizar las planteadas por la vía del artículo 44 LOTC deja para el último lugar (FJ 9) la referida al derecho de acceso a los recursos, que normalmente, y con toda lógica, acostumbra a preceder al enjuiciamiento de la posible lesión del derecho a obtener una resolución motivada (FJ 8). En fin, la STC 37/2009 (Sala Segunda), de 9 de febrero, califica como mixto un amparo en el que se imputan las mismas lesiones a una resolución administrativa y a la sentencia que la confirma.

Cabe también reseñar las SSTC 36/2009, de 9 de febrero, y 61/2009, de 9 de marzo, en las que, tras apreciarse que una resolución judicial no está fundada en Derecho, se pasa a examinar si es incongruente.

6. En materia de legitimación para recurrir en amparo sobresale la STC 98/2009 (Sala Segunda), de 27 de abril, por la que se inadmite la demanda interpuesta en 2004 por cuatro Diputados del Grupo Socialista del Congreso con motivo de la negativa de la Mesa de la Diputación Permanente a su solicitud de convocatoria de la misma Diputación para que compareciese ante ella el Presidente del Gobierno al objeto de informar sobre la guerra de Irak (12). La Sala entenderá que «la agrupación ocasional de Diputados que exige el art. 56.4 RCD para poder solicitar formalmente la convocatoria de la Diputación Permanente es la única parte procesal que puede impugnar la correspondiente decisión de la Mesa, sin que pueda hacerlo, en su lugar, un grupo distinto o inferior de

(11) Siendo así que esta STC 10/2009, a su vez, resuelve un supuesto similar —coincidiendo incluso el recurrente— al de la STC 71/2008 (Sala Primera), de 23 de junio (reseñada en *REDC*, núm. 84, 2008, pág. 229), en la que el examen de la cuestión comenzó por la vía del artículo 43 LOTC.

(12) Sentencia a la que ya se ha hecho referencia *supra*, nota 6.

parlamentarios, aunque éstos formen parte de la agrupación de Diputados solicitante o, incluso también, aunque juntamente con otros Diputados alcancen la proporción que exige el citado art. 56.4 RCD» (FJ 4).

Sobre Derecho parlamentario versa también la STC 74/2009 (Sala Segunda), de 23 de marzo (13), con un voto particular del Magistrado Sr. Conde Martín de Hijas, crítico con la que considera «una intromisión inaceptable de este Tribunal en el control de facultades atribuidas a la estricta soberanía de las Cortes Valencianas (como a las de cualquier otro órgano parlamentario), de índole netamente político, y no limitadas en razón de una norma discernible que, en su caso, pueda regir el signo de la decisión de ese órgano» (apdo. 2).

Crítico también con los términos de la definición vigente del alcance de la jurisdicción del Tribunal es el voto particular suscrito por el Magistrado Sr. Pérez Tremps al ATC 1/2009 (Sala Primera), de 12 de enero, en el que aboga por revisar la doctrina que desde siempre ha rechazado que puedan esgrimirse en amparo pretensiones económicas como medio de reparación de las lesiones de los derechos fundamentales (*Juan Luis Requejo Pagés*).

II. FUENTES DEL DERECHO

1. En lo que a materia de fuentes se refiere, las resoluciones dictadas durante el cuatrimestre que abarca esta crónica no presentan ninguna novedad jurisprudencial, limitándose a aplicar en cada caso una precedente y reiterada doctrina constitucional, concerniente, como a continuación se verá, a algunos de los principios constitucionales recogidos en el artículo 9.3 CE —publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad— y al alcance de la reserva de ley que en materia tributaria establecen los artículos 31.3 y 133.1 CE.

Siguiendo un orden cronológico, la STC 89/2009 (Sala Primera), de 20 de abril, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid, declara la inconstitucionalidad del artículo 34.5, párrafo segundo, de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, por vulnerar el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). El precepto legal cuestionado, modificando la anterior regulación establecida por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que había op-

(13) También reseñada *infra*, págs. 286-290 y 294-295.

tado por su inclusión en el régimen especial de trabajadores autónomos, incluye con los efectos retroactivos que a continuación se indican, en el régimen general de la Seguridad Social, como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena, a los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas siempre que no posean el control de éstas, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores de la misma. Los efectos de este cambio de encuadramiento se retrotraen al día 1 de enero de 1998, esto es, a la fecha de entrada en vigor de la precedente regulación contenida en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre.

El Tribunal Constitucional comienza por descartar que la disposición legal cuestionada pueda vulnerar por su retroactividad el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE), dado que las normas tributarias, a las que serían equiparables las normas sobre cotizaciones a la Seguridad Social, ni son normas sancionadoras, ni restrictivas de derechos individuales, con el alcance que la jurisprudencia constitucional ha venido interpretando esta noción. No obstante, admite que la retroactividad de las normas tributarias o sobre cotizaciones a la Seguridad Social puede colisionar con otros principios constitucionales, como el de la seguridad jurídica. En este sentido, reiterando la doctrina sentada en la STC 126/1987, de 16 de julio, en la Sentencia se recuerda que las normas tributarias retroactivas pueden estimarse constitucionalmente ilegítimas cuando afectan a este principio constitucional y a la confianza de los ciudadanos, pues el principio de seguridad jurídica «protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que, de no darse esta circunstancia, la retroactividad posible de las normas tributarias podría incidir negativamente en el citado principio que garantiza el artículo 9.3 CE». Sin embargo, ello no significa que el principio de seguridad jurídica se erija en un valor absoluto, de modo que para determinar si la retroactividad de las normas tributarias lesiona o no dicho principio ha de atenderse a su grado de retroactividad y a las circunstancias específicas que concurren en el caso. A estos efectos, se afirma en la Sentencia que «resulta relevante la distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretendan anular efectos a situaciones de hecho ya producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley y las que pretendan incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas». En el primer supuesto se trata de una retroactividad auténtica y «la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio», en tanto que en el

segundo supuesto se trata de una retroactividad impropia y «la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso» (FJ 3).

La aplicación de la doctrina constitucional reseñada conduce a la declaración de inconstitucionalidad de la disposición legal cuestionada. Se argumenta al respecto en la Sentencia que la retroactividad en ella prevista es un supuesto de retroactividad auténtica, en la medida en que impone a las empresas una obligación de cotización a la Seguridad Social, que antes correspondía a los propios administradores, con base en una prestación de servicios ya realizada en su integridad, en fecha anterior a la entrada en vigor de la norma y cuyos efectos jurídicos en materia de cotización a la Seguridad Social habían quedado plenamente agotados (FJ 4). En cuanto a la finalidad de la norma y a las circunstancias específicas concurrentes en el caso, se destaca su carácter imprevisible, ya que cuando el 1 de enero de 1998 entró en vigor la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, tanto los administradores sociales como las sociedades para las que prestaban sus servicios tenían la plena certeza jurídica sobre la opción del legislador a favor de su encuadramiento en el régimen especial de trabajadores autónomos y a tal certeza ajustaron sus conductas, sin que nada les hiciera pensar que dicha regulación fuera a modificarse para adoptar una solución exactamente contraria a la inicialmente adoptada y con efectos retroactivos (FJ 5). Y, finalmente, se excluye la eventual concurrencia de exigencias cualificadas del bien común susceptibles de prevalecer excepcionalmente sobre el principio de seguridad jurídica, ya que tal concurrencia ni se desprende del contenido del precepto cuestionado, ni del preámbulo de la ley, ni, en fin, de las alegaciones del Abogado del Estado y del Ministerio Fiscal a favor de su constitucionalidad (FJ 6).

2. Por su parte, la STC 90/2009 (Sala Segunda), de 20 de abril, desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Elche en relación con la disposición transitoria decimotercera de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La disposición cuestionada establece que los partícipes de planes de pensiones que con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley hubieran seguido haciendo aportaciones con posterioridad al cese de su actividad laboral pueden optar entre mantener los derechos consolidados correspondientes a dichas participaciones para cubrir la contingencia de fallecimiento o recuperarlos, dentro del año a partir de su entrada en vigor, tributando como rendimientos de

trabajo en la forma establecida en la sección 1.ª del capítulo I de esta Ley, y, en concreto, aplicando la reducción prevista en su artículo 17.2.b).

a) El Tribunal Constitucional descarta que la citada disposición legal vulnere el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Al respecto trae a colación las muy diversas fórmulas y dicciones utilizadas en su jurisprudencia para definir el referido principio constitucional, insistiendo una vez más que la seguridad jurídica viene «a ser la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad»; o «la certeza sobre la normativa jurídica aplicable y los intereses jurídicamente tutelados»; o «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho»; o, en fin, «la claridad del legislador y la no confusión normativa». En definitiva, le resulta evidente que en este caso la norma cuestionada no infringe el principio de seguridad jurídica porque «no genera confusión o duda alguna acerca de la conducta exigible para su cumplimiento (o se opta por rescatar en el plazo de un año los derechos económicos consolidados o se dejan para cubrir la contingencia del fallecimiento), ni tampoco genera incertidumbre alguna sobre sus efectos (pues si no se opta por el rescate de los derechos consolidados quedan para la cobertura de la contingencia del fallecimiento del partícipe, y si se opta por rescatar las aportaciones están regulados detalladamente los efectos fiscales que el ejercicio de dicha opción genera)». Se trata, además, de una normativa que concreta un determinado régimen jurídico pro futuro y que, en consecuencia, permite adaptar la conducta de sus destinatarios a la nueva previsión durante un plazo razonable (FJ 4).

b) El Tribunal Constitucional considera también que no se le puede hacer ningún reproche a la norma cuestionada por no prever la obligación de las entidades gestoras de comunicar a los partícipes el límite temporal para el ejercicio del derecho de opción, ya que se trata de una norma que como toda norma legal ha sido publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, habiéndose respetado, en consecuencia, el principio de publicidad (art. 9.3 CE). Se recuerda al respecto, reproduciendo doctrina recogida en las SSTC 179/1989, de 2 de noviembre, y 3/2003, de 16 de enero, que «sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante el instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente

contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento» (FJ 5).

c) Y, en fin, concluye la Sentencia afirmando que la disposición legal cuestionada tampoco incurre en la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). Se reitera, una vez más, el cuidado que debe observar el Tribunal Constitucional para mantenerse dentro de los límites del control de constitucionalidad que le corresponde cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como el de la interdicción de la arbitrariedad, pues al examinar la norma legal impugnada desde ese punto de vista «ha de centrarse en verificar si el precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien si, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente realizar un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias».

Pues bien, el Tribunal Constitucional no aprecia en este caso que la norma cuestionada establezca discriminación de ningún tipo y, tras reprocharle al órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad que no haya cumplido con la carga de argumentar la tacha de arbitrariedad que imputa al precepto legal cuestionado, descarta que la norma carezca de una finalidad racional, existiendo, por el contrario, una explicación racional que justifica sobradamente su existencia, que en este caso se encuentra no en la exposición de motivos de la ley, sino en la justificación de la enmienda que introdujo en la tramitación parlamentaria la norma en cuestión, que no es otra que dar una salida a aquellos partícipes que en el pasado efectuaron aportaciones una vez que habían cesado en su actividad laboral para cubrir una contingencia —la jubilación— que ya se había producido, permitiéndoles recuperar las cantidades que en su día aportaron con la finalidad de cubrir contingencias ya acaecidas con anterioridad (FJ 6).

3. Sobre el alcance de la reserva de ley que en materia tributaria establecen para el estricto ámbito de los tributos el artículo 133.1 CE y para las prestaciones personales o patrimoniales de carácter público el artículo 31.3 CE, en el extremo concerniente, en concreto, a la fijación de su cuantía o tipo de gravamen, versan la STC 101/2009 (Sala Segunda), de 27 de abril, y el ATC 123/2009 (Pleno), de 27 de abril, por los que, respectivamente, se estima la cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en relación con los artículos 9, 10.1.a) y la disposición transitoria decimotercera de la Ley 18/1995, de 1 de julio, por la que se modifica la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos españoles, y se inadmite la cuestión de inconstitucio-

alidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 22 de Madrid en relación con el artículo 72.4 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.

En la referida Sentencia, que continúa la saga de Sentencias en las que se ha declarado la inconstitucionalidad de tarifas portuarias por contravenir la reserva de ley de los artículos 31.3 y 133.1 CE [SSTC 63/2003, de 27 de marzo; 102/2005, de 20 de abril, y 121/2005, de 10 de mayo (14)], se declara la inconstitucionalidad de las disposiciones legales cuestionadas por no respetar las exigencias derivadas de aquella reserva de ley al remitir a disposiciones reglamentarias la cuantía de las tarifas de los puertos de la Administración del Estado por servicios generales. El Tribunal Constitucional, tras determinar que las tarifas portuarias a las que se refieren los preceptos legales cuestionados son prestaciones patrimoniales de carácter público (FJ 3), de conformidad con la noción elaborada al respecto en la STC 185/1995, de 5 de diciembre, y recordar que la reserva de ley en materia tributaria no impide la remisión a normas reglamentarias e incluso a órdenes ministeriales para fijar las cuantías de las tarifas, siempre y cuando se establezcan en las disposiciones legales «los criterios idóneos para circunscribir la decisión de los órganos que han de fijar el *quantum* de dichas tarifas, desterrándose así una actuación libre de éstos, no sometida a límites», concluye que en este caso los preceptos legales cuestionados no han respetado la reserva de ley de los artículos 31.3 y 133.1 CE. Se razona al respecto en la Sentencia, reiterando la doctrina de las SSTC 63/2003 y 102/2005, que las disposiciones legales cuestionadas no establecen ningún límite máximo —implícito o explícito— a la cuantía de las tarifas por servicios generales, «pues no pasan de señalar que tal cuantía se fijará, actualizará y revisará con sujeción a la “política económica financiera y de tarifas portuarias determinadas por el Gobierno” y a la “normativa general y objetivos anuales” que se establezcan por un Ministerio, de manera que se deja a la entera libertad de los citados órganos la fijación de lo que [...] constituye sin ninguna duda uno de los elementos esenciales del recurso financiero enjuiciado: el *quantum* de la prestación». En definitiva, las normas cuestionadas trazan un ámbito de cuantificación de las tarifas portuarias por servicios generales «que deja un amplísimo margen de libertad a los mencionados órganos del poder ejecutivo, lo que implica una ha-

(14) Véanse las crónicas correspondientes a la doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2003, el primer cuatrimestre de 2005 y el tercer cuatrimestre de 2005, *REDC*, núm. 68, 2003, págs. 309-310; núm. 74, 2005, págs. 303-306, y núm. 75, 2005, págs. 267-269.

bilitación tan indeterminada que desborda los límites que para la colaboración reglamentaria derivan de las exigencias de la reserva de ley establecida en los arts. 31.3 y 133.1 CE» (FJ 4).

4. Por su parte, en el ATC 123/2009, de 28 de abril, se reproduce más detenidamente la precedente doctrina constitucional sobre el alcance de la reserva de ley en materia tributaria y la posible colaboración del reglamento en el ámbito de esta reserva legal, así como la peculiaridad adicional que presenta en este materia la intervención de los Ayuntamientos en la regulación de los tributos locales. Doctrina que puede sintetizarse, en lo que ahora interesa, en los siguientes extremos: *a)* la reserva de ley en materia tributaria es relativa, limitada a la creación *ex novo* de un tributo y la determinación de sus elementos esenciales o configuradores; *b)* resulta admisible la colaboración del reglamento, siempre que sea indispensable por motivos técnicos o para optimar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley y se produzca en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad; *c)* el alcance de esa colaboración resulta condicionada por la diversa naturaleza de las figuras jurídico-tributarias, existiendo una mayor flexibilidad cuando se trata de tasas, y por los distintos elementos del tributo, siendo máximo el grado de concreción exigible a la ley cuando se regula el hecho imponible y menor cuando se trata de regular otros elementos, como el tipo de gravamen y la base imponible; *d)* en particular, por lo que se refiere al alcance de la reserva de ley en relación con los tributos locales, concurre en estos casos una peculiaridad adicional, en el sentido de que el ámbito de colaboración normativa con los municipios respecto de sus tributos es mayor que el que puede conferirse a la normativa reglamentaria estatal, ya que, de un lado, las ordenanzas municipales se aprueban por el Pleno del Ayuntamiento, órgano de carácter representativo, y, de otro, la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137 y 140 CE) impide que la ley contenga una regulación agotadora de una materia donde esté claramente presente el interés local, como ocurre con los tributos locales (FJ 3, con cita, en especial, de las SSTC 233/1999, de 16 de noviembre, y 132/2001, de 8 de junio).

En aplicación de la reseñada doctrina, el Tribunal Constitucional considera que no existe ningún óbice constitucional a que los Ayuntamientos fijen mediante ordenanzas fiscales, dentro de los márgenes que se establecen en la norma legal habilitante —el art. 72.4 LHL— un tipo de gravamen específico en el impuesto sobre bienes inmuebles para una determinada clase de bienes inmuebles (*Juan Carlos Duque Villanueva*).

III. ESTRUCTURA TERRITORIAL DEL ESTADO

1. En el primer cuatrimestre del año el Tribunal ha dictado cuatro Sentencias relativas a la estructura territorial del Estado: la STC 13/2009 (Pleno), de 12 de enero, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad con fundamentación parcialmente competencial en materia electoral; y las SSTC 55/2009 (Sala Segunda), de 9 de marzo; 86/2009 (Sala Segunda), de 23 de febrero, y 87/2009 (Sala Primera), de 20 de abril, todas ellas en materia de función pública autonómica.

2. La STC 13/2009 desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por sesenta y dos Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra diversos preceptos de la Ley del Parlamento vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres. Los preceptos impugnados establecen una «representación equilibrada» de mujeres y hombres en el ámbito administrativo y en el ámbito electoral, concretamente en las candidaturas presentadas a las elecciones al Parlamento vasco y a las Juntas Generales de los territorios históricos. A juicio de los recurrentes, los preceptos impugnados infringen los artículos 6, 14, 22.1 y 2, 68.5, 81.1, 103.3 y 149.1 CE. En este apartado examinaremos únicamente el enjuiciamiento que realiza el Tribunal de la pretendida vulneración del artículo 149.1 CE, ya que el resto de causas de inconstitucionalidad material abordadas en la Sentencia se comentan en otro apartado de esta crónica (15).

Los dos preceptos impugnados por motivos competenciales se refieren a la promoción de la igualdad en el ámbito del régimen electoral. La disposición final cuarta de la Ley recurrida añade un párrafo al artículo 50 de la Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco, en el que se establece que las candidaturas presentadas por los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones electorales «estarán integradas por el menos un 50 por 100 de mujeres. Se mantendrá esta proporción en el conjunto de listas de candidatos y candidatas y en cada tramo de seis nombres. Las juntas electorales del territorio histórico competentes sólo admitirán aquellas candidaturas que cumplan lo señalado en este artículo tanto para las personas candidatas como para las suplentes». Por su parte, la disposición final quinta da una nueva redacción al artículo 6 bis de la Ley 1/1987, de Elecciones a las Juntas Generales de los tres territorios históricos, que es idéntica a la disposición anterior. Estos dos pre-

(15) Véase *infra*, págs. 284-285 y 290-291.

ceptos de la Ley vasca, según los recurrentes, supondrían una infracción de la competencia reservada al Estado por el artículo 149.1.1 CE en relación con el derecho de acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE), mientras el Parlamento y el Gobierno vasco alegan que la cuestión de la paridad en las listas es un asunto que corresponde regular al legislador autonómico. La demanda no cuestiona la competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco *ex* artículo 10.3 EAPV para dictar normas electorales en su ámbito propio sino que denuncia que los preceptos impugnados no han respetado los límites en los que ese ámbito se circunscribe.

La Sentencia enjuicia este motivo de inconstitucionalidad en su FJ 7, advirtiendo de entrada que la fiscalización procedente en los recursos de inconstitucionalidad debe realizarse comprobando si la norma impugnada se atempera a los límites y condiciones a las que está constreñida «en el momento de nuestro examen jurisdiccional». La advertencia tiene sentido, pues de acuerdo con la doctrina del Tribunal (especialmente la contenida en la STC 154/1988, de 21 de julio), la normativa electoral de las Comunidades Autónomas, dictada en ejercicio de sus competencias, debe tener presente las normas estatales de desarrollo del derecho reconocido en el artículo 23.2 CE, así como las que regulan las «condiciones básicas que garanticen la igualdad» en su ejercicio, dictadas en virtud del artículo 149.1.1 CE. Pues bien, dichas normas se contienen en la Ley Orgánica 5/1985 (LOREG), cuya disposición adicional primera prescribe que deben aplicarse también a las elecciones autonómicas, convirtiéndose así aquella norma estatal en «parámetro de la constitucionalidad de los preceptos autonómicos controvertidos». Una de las «condiciones básicas» que se establecen en la LOREG, con carácter general para el conjunto de los ciudadanos españoles, se refiere a la circunstancia del sexo de los candidatos de las listas electorales: así lo dispuso la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombre y mujeres, la cual introdujo en la LOREG un nuevo artículo 44 bis, en cuyo primer apartado se impone un porcentaje mínimo de representación de ambos sexos en las candidaturas (40 por 100 de cada uno de ellos). Este nuevo precepto, cuya constitucionalidad fue avalada por la STC 12/2008, de 29 de junio, es de directa aplicación en las Comunidades Autónomas (disposición adicional primera, 2), si bien el mismo añade que «las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de las mujeres en las candidaturas».

El Tribunal afirma que los límites y condiciones establecidos por el legislador orgánico han sido respetados por las dos disposiciones impugnadas, pues el Parlamento vasco ha introducido un porcentaje de representación mínimo de mujeres (50 por 100) situado en la horquilla de la representación equilibrada

de ambos sexos establecido por el artículo 44 bis LOREG (40 por 100). La legislación autonómica, dictada al amparo del artículo 10.3 EAPV, encontraría cobertura en la «habilitación arbitrada por las Cortes Generales en orden a un eventual incremento autonómico de aquel mínimo común» aplicable a todo tipo de elecciones, pues impone que en las candidaturas presentadas a los procesos electorales autonómicos figure un mínimo del 50 por 100 de mujeres y del 40 por 100 de hombre. De ahí que el Tribunal concluya que las normas autonómicas impugnadas no son inconstitucionales (FJ 17). La Sentencia cuenta con un voto particular formulado por el Magistrado Sr. Rodríguez-Zapata Pérez, y otro voto concurrente formulado por el Magistrado Sr. Pérez Tremps, pero en ninguno de ellos se aborda la fundamentación competencial del recurso ni la respuesta que a ella le ha dado la mayoría del Tribunal.

3. Las tres Sentencias en materia de función pública autonómica resuelven sendas cuestiones de inconstitucionalidad, un dato a tener en cuenta, y presentan un relativo interés doctrinal.

La STC 55/2009 estima parcialmente la cuestión planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears respecto tres apartados del artículo 11 de la Ley 9/1997, de 22 de diciembre, de medidas administrativas de la Comunidad Autónoma, por posible vulneración del artículo 14 CE. El fundamento de la cuestión no es pues competencial, y el Tribunal declara la inconstitucionalidad de uno de los apartados del artículo cuestionado, aplicando la doctrina contenida en la STC 110/2004, de 30 de junio, «en cuanto posibilitó diferencias retributivas entre los funcionarios no docentes transferidos y los de la Administración autonómica una vez que se había hecho efectiva la integración de los primeros en la Administración de destino», lo cual resulta contrario al citado precepto constitucional.

La STC 86/2009 estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto del inciso final del artículo 82.2.a) de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la función pública de Canarias, de acuerdo con el cual «en ningún caso el sueldo de los funcionarios pertenecientes a los cuerpos y escalas del grupo E podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional». El fundamento en este caso sí es competencial, pues el órgano judicial estima que el precepto cuestionado vulnera la legislación básica estatal (art. 24.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública), y a su través las competencias reservadas al Estado en el artículo 149.1.13.^a y 18.^a CE, motivos que comparten el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. El Tribunal entiende que el canon de enjuiciamiento aplicable es exclusivamente el artículo 149.1.18.^a CE (bases del régimen estatutario de los funcionarios de las

Administraciones Públicas), pues el citado precepto estatal adquiere el carácter básico por su incardinación en dicho título competencial del Estado, ya que establece una medida que trata de conseguir «una mínima y fundamental homogeneidad» en los derechos económicos de los funcionarios. El precepto cuestionado representa un obstáculo a esa nivelación puesto que supedita su aplicación al cumplimiento de una condición: la superación del requisito de que el sueldo de los funcionarios del grupo E deba ser, en todo caso, superior al salario mínimo interprofesional. Dado que el inciso del precepto cuestionado impide la plena efectividad de las determinaciones estatales en materia de retribución de los funcionarios públicos, el Tribunal declara su inconstitucionalidad.

Finalmente, la STC 87/2009, de 20 de abril, desestima la cuestión de inconstitucionalidad, planteada en el año... ¡2000! por el Juzgado Contencioso-Administrativo número 3 de Las Palmas de Gran Canaria sobre la disposición transitoria primera, apartado 3, de la Ley del Parlamento de Canarias 2/1999, de 4 de febrero, de medidas urgentes económicas, de orden social y relativas al personal y a la organización administrativa de la Comunidad Autónoma. Dicha disposición se refiere a los funcionarios de carrera farmacéuticos, y en concreto, el apartado cuestionado dispone que los funcionarios *interinos* que sean propietarios de oficina de farmacia «deberán acreditar el cese en dicha actividad, en el plazo de un mes a partir de la entrada en vigor de la presente Ley. En caso contrario cesarán en su condición de funcionarios interinos. Durante el señalado plazo les será de aplicación el anterior régimen retributivo». El órgano judicial considera que este apartado, además de vulnerar el artículo 14 CE (pues trata de forma diferente a los funcionarios interinos respecto a los de carrera, contemplados en el apartado 1 de la misma disposición), infringe el régimen básico estatal en materia de incompatibilidades de los funcionarios, contenido en varios preceptos (art. 12.2 y disposición transitoria sexta) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, declarados básicos *ex* artículo 149.1.18.^a CE por la disposición final primera del texto legal. El Tribunal recuerda que esa pretendida infracción de la normativa básica por parte de la Ley autonómica determina una «inconstitucionalidad de carácter mediato o indirecto», y que para ser efectiva es necesario que concurren dos circunstancias: que la norma estatal sea básica en sentido formal y material; y que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa. La primera circunstancia se cumpliría por cuanto la disposición transitoria sexta de la Ley 53/1984 tiene carácter básico, proclamado en la misma Ley; y el régimen de incompatibilidades, de acuerdo con la doctrina del Tribunal (STC 172/1996, de 31 de octubre), es básico «en cuanto expresión de un principio estructural organizativo que se

proyecta sobre el sector público en su conjunto». En cambio, no se cumpliría la segunda circunstancia, pues en virtud de sus competencias estatutarias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad e higiene (arts. 31.31 y 32.10 EACa), y de desarrollo legislativo del régimen estatutario de sus funcionarios (art. 32.6 EACa), la Comunidad Autónoma de Canarias habría adoptado una legislación (la Ley impugnada, y actualmente la Ley canaria 4/2005, de 13 de julio, de ordenación farmacéutica) en la que opta por la profesionalización del personal que presta los servicios farmacéuticos, y en consecuencia, no considera conveniente en el futuro mantener la atención a la oficina de farmacia y el desempeño de otras funciones relativas a la salud pública. De este modo, se dispuso la aplicación de un modelo que prima la cobertura de aquellos puestos por funcionarios de carrera (Titulados Sanitarios del Cuerpo Superior Facultativo), lo que conlleva la imposibilidad de autorizar o reconocer compatibilidad alguna. Esta actuación de la Comunidad Autónoma, según el Tribunal, se dirige a organizar un sistema adecuado para la puesta en práctica de las atribuciones autonómicas en el ámbito de la salud pública en ejercicio de las competencias que ostenta (FJ 6) (*Enric Fossas Espadaler*).

IV. ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

1. Las Sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional referidas a este apartado de la crónica durante el primer cuatrimestre de 2009 tampoco presentan novedad jurisprudencial alguna, limitándose a aplicar en el concreto proceso que resuelven una precedente doctrina constitucional.

Ha de destacarse, en primer lugar, por su incidencia en la composición de distintos órganos representativos de la Comunidad Autónoma del País Vasco (Parlamento y Juntas Generales), la STC 13/2009 (Pleno), de 19 de enero (16), en la que se reitera y aplica la doctrina de la STC 12/2008, de 29 de enero (17), sobre la constitucionalidad material del requisito de la presencia equilibrada de hombres y mujeres en las candidaturas electorales exigido por el artículo 44 bis LOREG, al enjuiciar la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley de la Comunidad Autónoma 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, en virtud de las cuales las candidaturas presentadas a las elecciones al Parlamento vasco y a las Juntas Generales «estarán integradas por al menos un

(16) También comentada *supra*, págs. 280-282, e *infra*, págs. 290-291.

(17) Véase la crónica correspondiente a la doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2008, *REDC*, núm. 83, 2008, págs. 220-223.

50 por 100 de mujeres», debiendo mantenerse «esa proporción en el conjunto de la lista de candidatos y candidatas y en cada tramo de seis nombres».

La concreta dificultad que en este caso plantea el tenor literal de las disposiciones recurridas, al establecer la presencia de un porcentaje mínimo de mujeres en las listas electorales, de modo que, en principio, nada impediría que la totalidad de la candidatura estuviera formada por mujeres, en vez de disponer, como hace la LOREG, un porcentaje mínimo de candidatos para cada sexo, se salva en la Sentencia mediante la integración de la normativa autonómica con las previsiones del artículo 44 bis LOREG, de directa e inmediata aplicación a los procesos electorales autonómicos, de modo que, en virtud de esa integración, queda garantizada en todo caso la presencia en las candidaturas a las elecciones al Parlamento vasco y a las Juntas Generales de un porcentaje mínimo del 40 por 100 de hombres (FFJJ 9 y 17). De otra parte, la diferencia entre porcentajes mínimos/máximos posibles para las mujeres y para los hombres (50 por 100 para mujeres y 40 por 100 para hombres/60 por 100 para mujeres y 50 por 100 para hombres) no puede ser calificada, a juicio del Tribunal, «de excesiva en atención a la necesidad de corregir una situación de desequilibrio entre los sexos históricamente muy arraigada», si bien, como toda medida dirigida a la promoción activa de un colectivo discriminado, «sólo se justifica en la realidad de las circunstancias sociales del momento en que se adopta, de manera que su misma eficacia habrá de redundar en la progresiva desaparición del fundamento constitucional del que ahora disfruta», resultando, en consecuencia, «una medida sólo constitucionalmente aceptable en tanto que coyuntural, en cuanto responde a la apreciación por el legislador de una situación determinada» (FJ 11) (18).

2. En relación con la integración en la Administración de una Comunidad Autónoma del personal funcionario y laboral transferido, la STC 55/2009 (Sala Segunda), de 9 de marzo (19), en aplicación de la doctrina constitucional ya sentada en las SSTC 57/1990, de 25 de marzo, y 110/2004, de 30 de junio (20), reitera la incompatibilidad con el principio de igualdad (art. 14 CE) de la previsión legal de un régimen retributivo diferenciado con carácter transitorio para el

(18) A la Sentencia, en el extremo aquí referido, formuló voto particular discrepante el Magistrado Sr. Rodríguez-Zapata Pérez, en el que reitera el contenido de su voto particular a la STC 12/2008, de 29 de enero, en el que en síntesis manifiesta que en el «terreno de la de la representación política, la denominada “democracia de género” [...] pervierte las bases de nuestra representación política, a la vez que lesiona la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos políticos».

(19) Puede verse asimismo *supra*, pág. 282.

(20) Véase la crónica correspondiente a la doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2004, *REDC*, núm. 72, 2004, págs. 219-221.

personal transferido respecto al del personal de la propia Comunidad Autónoma, una vez producida la integración del personal transferido en la estructura administrativa de la Comunidad Autónoma, pues, como se dijo en la última de las Sentencias citadas, «finalizado el período de integración en la Administración de destino carec[en] de justificación razonable y objetiva las diferencias retributivas entre funcionarios de la misma Administración autonómica que realiza[an] las mismas funciones» (FJ 5). Por el contrario, no resulta incompatible con el principio de igualdad (art. 14 CE) el mantenimiento con carácter transitorio del régimen jurídico y económico propio del personal transferido, no equiparado al del personal de la propia Administración autonómica, hasta la formalización de la integración del personal transferido en dicha Administración, ya que, como el Tribunal declaró en la STC 57/1990, de 25 de marzo (FJ 3), «existe una fase transitoria en todo proceso de transferencia que obliga a acomodar al personal transferido a la estructura y organización de la Administración receptora», de modo que «en tanto no se produzca ese encuadramiento, no puede darse por concluido el proceso de transferencia, [siendo], pues, a partir de esa definitiva configuración del *status* de cada una de las personas transferidas cuando deba desplegar todos sus efectos el principio de igualdad, pues sólo consolidado el proceso existirá identidad de situaciones entre transferidos y el personal propio [... de la Administración autonómica], en el que se habrán integrado aquéllos, y deberán aplicarse idénticas condiciones económicas y laborales a quienes ocupen los mismos puestos de trabajo, independientemente de la Administración de origen» (FJ 6).

En consecuencia, en la mencionada STC 55/2009, de 9 de marzo, se estima parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y se declara la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 11.4 de la Ley de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears 11/1997, de 22 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas, desestimando la cuestión de inconstitucionalidad respecto de sus apartados 1 y 3.

3. Sobre el alcance de la función de las Mesas de las Cámaras legislativas de calificar y decidir sobre la admisión a trámite de las iniciativas parlamentarias, en relación con el *ius in officium* de sus miembros en cuanto se integra en el derecho fundamental a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE), ha versado, una vez más, la STC 74/2009 (Sala Segunda), de 23 de marzo (21), que resuelve el recurso de amparo promovido por tres Diputados

(21) Véase asimismo *supra*, pág. 273, e *infra*, págs. 294-295.

de las Cortes Valencianas contra acuerdos de la Mesa de la Cámara por los se que inadmiten varias preguntas y se comunica la decisión de la Junta de Síndics oponiéndose a la solicitud de comparecencia de un miembro del Consejo de Gobierno ante el Pleno de las Cortes.

Por lo que respecta a las decisiones de inadmisión de las preguntas, se recuerda en la Sentencia que la facultad de los Diputados de formular preguntas al Consejo de Gobierno pertenece al núcleo de la función representativa parlamentaria (con cita, entre otras, de las SSTC 225/1992, de 14 de diciembre, y 107/2001, de 23 de abril), así como la exigencia constitucional de que la decisión de inadmisión a trámite de las mismas «aparezca suficientemente motivada», correspondiéndole al Tribunal Constitucional controlar en tales supuestos que estas decisiones «incorporen una motivación expresa, suficiente y adecuada, en aplicación de las normas a las que está sujeta la Mesa en el ejercicio de su función de calificación y admisión de escritos y documentos de índole parlamentaria». En aplicación de esta doctrina, el Tribunal considera en el caso enjuiciado que las resoluciones recurridas, pese a recoger uno de los supuestos de inadmisión de preguntas expresamente previstos en el Reglamento de la Cámara entonces en vigor —referirse su contenido «a persona física o jurídica que no tiene una trascendencia pública dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma» (art. 147.2 RCV de 30 de junio de 1994—, están insuficientemente motivadas, al no explicar por qué procede la aplicación del supuesto de inadmisión contemplado en el precepto reglamentario que invocan, cuando las preguntas formuladas no presentan una evidente conexión con dicho supuesto. En este sentido, se afirma en la Sentencia que «difícilmente pueden calificarse de motivadas, [pues] se limitan a transcribir el enunciado del correspondiente apartado del artículo 147.2 RCV, sin especificar por qué procede su aplicación al caso concreto, pese a que nada permite deducir que la concurrencia de la citada causa de inadmisibilidad fuese tan evidente que no necesitase explicación ulterior» cuando «del tenor literal de las iniciativas parlamentarias no se desprende a primera vista que traten absolutamente sobre personas sin trascendencia pública en el ámbito de la Comunidad Autónoma». Esta falta de motivación que se aprecia en las resoluciones recurridas impide conocer las razones por las que la Mesa de la Cámara ha inadmitido las preguntas parlamentarias y, en consecuencia, resulta lesiva del derecho de los diputados recurrente al ejercicio del cargo parlamentario (art. 23.2 CE), sin que el vicio del que adolecen aquellas resoluciones pueda ser subsanado con ocasión de la tramitación del recurso de amparo por las alegaciones efectuadas por el representante de la Cámara (FJ 3).

El Tribunal Constitucional estima también que vulnera el derecho fundamental de los Diputados recurrentes al ejercicio del cargo parlamentario

(art. 23.2 CE) la resolución de la Mesa de la Cámara por la que se les comunica la decisión de la Junta de Síndics oponiéndose a la solicitud de comparecencia de un miembro del Consejo de Gobierno ante el Pleno. Después de exponerse en la Sentencia el régimen jurídico de la comparecencia solicitada por el grupo parlamentario al que pertenecen los recurrentes conforme al Reglamento entonces en vigor —a los grupos parlamentarios les corresponde la iniciativa para instar la comparecencia de los miembros del Consejo de Gobierno ante el Pleno de la Cámara y a la Mesa y a la Junta de Síndics, conjuntamente, acordar la comparecencia solicitada (art. 161 RCV) — y de recordarse que dicha facultad parlamentaria forma parte del *ius in officium* de los representantes, se concluye que la mera remisión por parte de la Mesa de la Cámara a una decisión inmotivada de rechazo por la Junta de Síndics de la comparecencia solicitada supone una carencia absoluta de motivación, de modo que al no constar en la resolución recurrida «ningún motivo de fondo que justifique la inadmisión de la iniciativa solicitada, [constituye] una limitación ilegítima al ejercicio de aquellos derechos y facultades que integran el estatuto constitucionalmente relevante de los representantes políticos [...] y, en consecuencia, del derecho a ejercer la función parlamentaria (art. 23.2 CE)» (FJ 4).

Como con acierto se afirma en el voto particular que a la Sentencia formula el Magistrado Sr. Conde Martín de Hijas respecto a la estimación del recurso de amparo en relación con la solicitud de comparecencia de un miembro del Consejo de Gobierno ante el Pleno de la Cámara, «constituye un error de la Sentencia exigir de la Mesa la fundamentación del acuerdo, que lógicamente no se está refiriendo a lo que correspondía a su función técnica de tramitación de la solicitud de comparecencia, pues la Mesa tramitó la iniciativa parlamentaria, sino a la decisión de la Junta de Síndics de no acordar su celebración, que trasladó al grupo parlamentario autor de la iniciativa, lo que obviamente no estaba al alcance de la Mesa. Tal error, además, parte, a su vez, de una exigencia no suficientemente explicitada en la Sentencia, de que la Junta de Síndics, órgano cuyas decisiones en este caso no son de carácter técnico, sino estrictamente político, debiera explicar por su parte las razones para denegar la comparecencia solicitada».

En efecto, y en este sentido se razona en el mencionado voto particular, la Sentencia aborda los acuerdos de la Mesa y de la Junta de Síndics como si se tratase de acuerdos de inadmisión a trámite de la iniciativa, cuando no es así. Una cosa es el acuerdo de admisión a trámite de la iniciativa, que en este caso ha sido favorable, ya que se ha tramitado ante los órganos competentes para decidir si procedía acordar o no la comparecencia solicitada. Y otra distinta es la decisión por parte de los órganos competentes de acceder a la comparecencia instada.

Aquella es una decisión sometida a las previsiones del Reglamento, en concreto, a las referidas a la admisión a trámite o no de las iniciativas parlamentarias, a la que resulta de plena aplicación la doctrina constitucional sobre las facultades de la Mesa de admitir iniciativas parlamentarias. La segunda es una decisión política, de oportunidad, en definitiva, libre, por parte del órgano u órganos que la tenga conferida. Lo que ocurre en este caso es que en las Cortes Valencianas, de acuerdo con el Reglamento entonces en vigor, tal decisión competía conjuntamente a la Mesa y a la Junta de Síndics. Como decisión políticamente libre, no sometida a criterio jurídico alguno, ambos órganos han decidido no acceder a la comparecencia solicitada, sin que jurídicamente tengan que explicar las razones de su decisión.

En definitiva, a diferencia, por ejemplo, de los supuestos que han sido objeto de las SSTC 177/2002, de 14 de octubre (comparecencias ante Comisiones del Congreso de los Diputados de los Presidentes de Endesa y Telefónica); 208/2003, de 1 de diciembre (22) (comparecencia ante una Comisión del Congreso de los Diputados del Presidente del Consejo General del Poder Judicial), y 89 y 90/2005, de 18 de abril (23) (comparecencias ante Comisiones del Congreso de los Diputados de dos Fiscales Especiales), cuya doctrina se cita en la Sentencia ahora reseñada, no se trata en este caso de una decisión sobre la admisión a trámite o no de una comparecencia, sino sobre la celebración o no de una comparecencia parlamentaria, cuya solicitud fue admitida y tramitada, que los órganos reglamentariamente competentes han rechazado en uso de las facultades conferidas reglamentariamente, en cuyo ejercicio no están sometidos a criterios jurídicos, sino políticos o de oportunidad.

En fin, como se concluye en el voto particular, ha sido respetada la facultad de iniciativa reglamentariamente conferida al grupo parlamentario y la exigencia de que se motive por los órganos competentes la decisión de no acceder a la comparecencia solicitada constituye «una intromisión inaceptable de este Tribunal en el control de las facultades atribuidas a la estricta soberanía de las Cortes Valencianas (como a las de cualquier otro órgano parlamentario), de índole netamente político, y no limitadas en razón de una norma discernible que, en su caso, pueda regir el signo de la decisión del ese órgano». Para el Magistrado autor del voto, «ni la Junta de Síndics, ni el órgano conjuntamente integrado por ella y la Mesa estaban obligados a fundamentar en Derecho los

(22) Véase la crónica correspondiente a la doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre del año 2002, *REDC*, núm. 67, 2003, págs. 244-247.

(23) Véase la crónica correspondiente a la doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2005, *REDC*, núm. 74, 2005, págs. 323-326.

motivos de su decisión, por su carácter estrictamente político» (*Juan Carlos Duque Villanueva*).

V. DERECHOS FUNDAMENTALES

1. La exposición de la doctrina sentada por las Sentencias del Tribunal Constitucional en este cuatrimestre bien puede empezar con las relacionadas con el derecho/principio de igualdad (art. 14 CE). En la STC 7/2009 (Sala Primera), de 12 de enero, se rechaza que se haya producido una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, porque no se puede apreciar la identidad de supuestos de hecho, dado que no se estaba en ambos casos (médicos de sanidad penitenciaria por un lado, médicos del Insalud por otro) ante personas que pertenezcan al mismo cuerpo de funcionarios, sino ante colectivos con distinto régimen jurídico, de modo que es admisible que a unos se les abonen las cuotas colegiales obligatorias y a otros no.

Más trascendencia tiene la STC 13/2009 (Pleno), de 12 de enero (24), en la que se rechaza el recurso de inconstitucionalidad de setenta y dos Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra la Ley vasca para la igualdad de mujeres y hombres, que establecía un sistema de presencia equilibrada (50 por 100 de cada sexo) en las listas electorales, y en otros organismos (al menos un 40 por 100). En este plano la Sentencia reproduce el debate que ya se dio en la STC 12/2008 (Pleno), de 29 de enero, en la que se apoya completamente, por lo que no es preciso que reproduzcamos aquí una argumentación ya conocida. Si acaso señalar que en la nueva Sentencia nos encontramos con la afirmación novedosa (FJ 11) de que las medidas cuestionadas sólo se justifican en la realidad de las circunstancias sociales del momento en que se adoptan, de manera que su misma eficacia habrá de redundar en la progresiva desaparición del fundamento constitucional del que ahora disfrutan. Se trata así de medidas sólo constitucionalmente aceptables en tanto que coyunturales, en cuanto responden a la apreciación por el legislador de una situación determinada. La decisión cuenta con voto particular disidente del Magistrado Sr. Rodríguez-Zapata Pérez, que prácticamente repite sus argumentos contra la STC 12/2008, y uno concurrente del Magistrado Sr. Pérez Tremps, en el que se critica la falta de intensidad del juicio de constitucionalidad realizado, en lo que respecta a los llamados preceptos de ámbito administrativo de la ley recurrida. Considera necesario un análisis más riguroso, y no liviano, como el que hace la Sentencia,

(24) Objeto de comentario *supra*, págs. 280-282 y 284-285.

de dichas medidas de acción positiva, por definición situadas en tensión con el principio de igualdad.

Otro asunto sobre el que el Tribunal ya se había pronunciado, y que ha vuelto en este cuatrimestre a la primera plana, es el de las medidas de protección integral contra la violencia de género, esta vez cuestionando los Juzgados correspondientes la reforma del artículo 171.4 CP, por supuesta vulneración de los principios de igualdad, proporcionalidad penal y culpabilidad, y del valor de la dignidad de la persona. La STC 45/2009 (Pleno), de 19 de febrero, repite en gran parte la argumentación de la ya conocida STC 59/2008, de 14 de mayo, y tiene los correspondientes votos particulares (Sres. Conde Martín de Hijas y Rodríguez Arribas, que se remiten al formulado a esta última Sentencia, y Sr. Rodríguez-Zapata Pérez, que se extiende algo más).

Una cuestión de inconstitucionalidad, que se resuelve con aplicación de doctrina (SSTC 57/1990, de 29 de marzo, y 110/2004, de 30 de junio), es la que podemos ver en la STC 55/2009 (Sala Segunda), de 9 de marzo (25), en la que se anulan, fundándose en el derecho a la igualdad en la ley, las diferencias retributivas entre los funcionarios no docentes transferidos y los de la Administración autonómica (Illes Balears), una vez que se había hecho efectiva la integración de los primeros en la Administración de destino.

Reiterativa es también la STC 85/009 (Sección Segunda), de 18 de febrero, que, apoyándose en las SSTC 84/2008, de 21 de julio, y 122/2008, de 20 de octubre, considera, en un caso de debate sobre el abono de los salarios de tramitación, que no se han lesionado ni el derecho a la igualdad, ni el que tiene a la tutela judicial efectiva el recurrente, porque nos hallamos ante situaciones heterogéneas y no comparables, sin que haya vulneración de la seguridad jurídica, ni de la igualdad procesal, ni de la integridad del alcance de la tutela judicial.

Se rechaza en la STC 87/2009 (Sala Primera), de 20 de abril (26), que haya habido vulneración del principio de igualdad por dar un tratamiento legal diferenciado a los farmacéuticos canarios de carrera con respecto a los interinos, puesto que considera el Tribunal que esta distinta condición justifica la existencia de regímenes jurídicos diversos, dado que la igualdad ante la ley proclamada en el artículo 14 CE no impide el distinto tratamiento normativo entre situaciones de por sí no comparables, ni la diferenciación normativa entre distintos sujetos puede considerarse, por sí sola, generadora de discriminación.

(25) Reseñada *supra*, págs. 285-286.

(26) De la que se ha dado cuenta *supra*, págs. 283-284.

2. En el ámbito del derecho a la libertad personal cabe hacer referencia, en primer término, a las SSTC 14 y 15/2009, de 12 de enero, ambas de la Sección Primera, y 84/2009 (Sección Segunda), de 30 de marzo, en las que se reitera la doctrina de la STC 172/2008, de 18 de diciembre, en materia de vulneración de los derechos a la libertad personal y *habeas corpus* por las inadmisiones *a limine* de las solicitudes de *habeas corpus* fundadas en la legalidad de la detención, y sin que conste que antes de la decisión de inadmisión hubiera existido una actuación judicial de control de la legalidad de la misma. En la última Sentencia reitera el Magistrado Sr. Rodríguez-Zapata Pérez su voto particular a la 172/2008, en el sentido de que la demanda de amparo no debió ser admitida a trámite pues se otorga el amparo a quien no lo ha pedido.

Una vulneración del derecho a la libertad personal, con otorgamiento del amparo, es la que se aprecia en la STC 50/2009 (Sala Segunda), de 23 de febrero, reiterando doctrina y razonando que no resulta constitucionalmente admisible la motivación de la prórroga de la prisión provisional, hasta el límite de la mitad de la condena impuesta, que se sustenta exclusivamente en el dictado de una Sentencia condenatoria, pues tal automatismo supone desconocer las rigurosas exigencias de motivación que tanto la adopción como la prórroga de esta medida han de respetar para poder afirmar que son constitucionalmente legítimas. Características, y gravedad, del delito imputado, y de la pena, circunstancias concretas del caso, y personales, del imputado, y transcurso del tiempo son los criterios sobre los que se debe basar la decisión de mantenimiento en prisión.

Interesante, y novedosa, es la STC 70/2009 (Sala Primera), de 23 de marzo, en la que se otorga el amparo por violación del derecho a la intimidad, porque se usaron, para una resolución administrativa de jubilación forzosa por incapacidad de un funcionario docente, informes médicos sobre su salud psíquica, que formaban parte de su historia clínica, y ello sin que hubiese habilitación legislativa para dicha intromisión, y sin que la misma fuese proporcionada (en el sentido de perseguir un fin legítimo de modo idóneo, necesario y ventajoso desde la perspectiva constitucional) puesto que existían otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno del derecho fundamental a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, podían ser igualmente aptas para conseguir el fin de comprobar que se garantizaba la calidad de la enseñanza y que se preservaba la salud del demandante de amparo.

3. Los derechos recogidos en el artículo 20 CE (expresión e información) han dado bastante juego este cuatrimestre. En la STC 29/2009 (Sala Segunda), de 26 de enero, se otorga el amparo contra una condena por falta de injurias, en un caso en el que las informaciones objeto del recurso, que habían aparecido en

un periódico balear, eran primero públicamente relevantes; en segundo término, veraces, puesto que estaban basadas en la apertura de un procedimiento penal y en atestados policiales; y, por fin, la expresión utilizada —«xenófobo»— no puede considerarse susceptible de ser incluida entre las expresiones absolutamente vejatorias, para las que no hay protección constitucional. En tal contexto los términos usados en el titular no vienen a poner en duda de manera desproporcionada y desvinculada de la información, y sus fuentes, la honorabilidad del aludido, ni pueden ser calificados de mera invención carente de cobertura constitucional, de modo que se trata de un ejercicio legítimo de la libertad de información que no puede ser restringido mediante una sanción penal.

Se deniega el amparo, sin embargo, frente a otra condena, esta vez civil, por lesión del derecho al honor, en la STC 77/2009 (Sala Primera), de 23 de marzo, porque, por un lado, la publicación sin el consentimiento de los afectados de unas fotografías que fueron captadas en el ámbito privado, y que no sólo permitían su completa identificación, sino que mostraban sus cuerpos desnudos o semidesnudos, produce una intromisión en sus derechos a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE), que no puede considerarse legítima ni amparada en la libertad de información, por carecer de interés público su difusión; y, por otro, las expresiones que en la Sentencia impugnada se identifican como lesivas del derecho al honor del recurrente no constituían el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, pues son formalmente injuriosas en el contexto empleado, apareciendo desvinculadas de cualquier finalidad informativa, y del objetivo de formación de una opinión pública libre. Se trata de calificativos despectivos respecto a la orientación sexual de una persona («mariquita», «burro en celo», «vicioso»), meras descalificaciones personales, innecesarias para el objetivo informativo que se perseguía.

Con repaso de la ya nutrida doctrina del Tribunal sobre la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada, se deniega el amparo a una Abogada a la que se sancionó por determinadas expresiones vertidas en un escrito forense, en la STC 39/2009 (Sala Primera), de 9 de febrero, porque tildar de parcial cierta actuación judicial pasada, presente y futura, por la intervención de una determinada Letrada, entraña una descalificación personal que no puede encontrar cobertura, o justificación, en la libertad de expresión del Letrado en el ejercicio de sus funciones.

4. En el terreno del derecho de reunión hay dos resoluciones de la Sección Cuarta este cuatrimestre (SSTC 37 y 38/2009, de 9 de febrero) que aplican la doctrina sentada en la STC 170/2008, de 15 de diciembre, sobre manifestaciones en período electoral que no tienen intención de captar sufragios y que, por ello, no deben ser prohibidas. En la primera de ellas SOS Racisme de Catalunya

se limitó a poner de manifiesto una reivindicación legítima que había sido mantenida durante años por dicha organización, y que se enmarcaba dentro de toda una campaña realizada a favor del derecho de voto de los inmigrantes. Igual de legítima era la reivindicación, en el segundo caso, de una educación pública de calidad por parte del Sindicat d'Estudiants de Catalunya.

En la STC 10/2009 (Sala Segunda), de 12 de enero, el Tribunal se limita, respecto al derecho de reunión de los presos, a repetir su doctrina sobre los límites del mismo contenida en la STC 71/2008, de 23 de junio, a la que procede remitirse.

Con apoyo en las SSTC 48/2003 y 5/2004, el Tribunal, en la STC 31/2009 (Sala Segunda), de 29 de enero, convalida la ilegalización de EAE/ANV, adoptada por la Sala del artículo 61 del Tribunal Supremo, porque la subsunción de los hechos judicialmente probados en las causas de ilegalización previstas en la Ley Orgánica de Partidos Políticos no se ha verificado con infracción de derechos fundamentales sustantivos, en particular del derecho de asociación política, ni de las libertades ideológica y de expresión, de manera que la Sentencia impugnada no adolece de ninguno de los defectos señalados en la demanda de amparo.

5. Los derechos reconocidos en el artículo 23 CE han aparecido, en primer lugar, en este cuatrimestre, en dos Sentencias que reiteran, con pura y breve remisión, lo dicho por la STC 87/2008, de 21 de julio. Se trata de las SSTC 68 y 69/2008, ambas de 18 de marzo y de la Sección Segunda, sobre unas supuestas vulneraciones del derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas, y del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva.

Mucho más interesante es la STC 74/2009 (Sala Segunda), de 23 de marzo (27), en la que se otorga el amparo a unos Diputados valencianos frente a una serie de resoluciones de la Mesa de las Cortes de esa Comunidad Autónoma. Unas, que inadmitían preguntas, son condenadas por su contenido lacónico y estereotipado, carente de cualquier tipo de justificación argumentada, y que pone en evidencia un vicio de falta de motivación, que impide conocer las razones por las que la Mesa rechaza las iniciativas, por lo que resulta obligado concluir que se ha vulnerado el derecho fundamental en juego. Otra, que rechaza una comparecencia, es considerada lesiva de los derechos de los parlamentarios porque la resolución de la Mesa, a la vista del carácter imprescindible de la concurrencia del acuerdo de la Junta de Portavoces, podía haberse remitido a la

(27) También comentada *supra*, págs. 286-290.

argumentación sobre la inadmisión que hubiera formulado ésta, y que podía basarse incluso en cuestiones de organización temporal del trabajo parlamentario, pero no al mero resultado decisivo carente en absoluto de motivación. Resulta, por tanto, que, en la medida en que en las diversas resoluciones parlamentarias no consta ningún motivo de fondo que justifique la inadmisión de la iniciativa solicitada, constituyen una limitación ilegítima al ejercicio de los derechos de los representantes políticos. En voto particular, el Magistrado Sr. Conde Martín de Hijas razona, criticando esta última decisión, que la Sentencia se excede cuando exige que decisiones puramente políticas de órganos de las Cámaras legislativas deban expresar una concreta fundamentación, cuya ausencia determine la vulneración del *ius in officium* de los diputados. La libertad de decisión política de dichos órganos no resulta compatible con la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda exigirles que en el ejercicio de la misma deban expresar las razones que fundamentan su decisión.

6. Como es habitual, la mayoría de las decisiones del Tribunal Constitucional en este cuatrimestre tienen que ver con los derechos reconocidos en el artículo 24 CE. Su gran número nos obliga a ser especialmente telegráficos por evidentes razones de espacio, y a no citar las meramente reiterativas. De las referentes al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en general, pueden destacarse la STC 8/2009 (Sala Primera), de 12 de enero, en la que se otorga el amparo porque se omitió por el órgano judicial el trámite del artículo 94.1 LJCA (entrega a la otra parte de copia del recurso de casación para que pueda oponerse por escrito al mismo); la STC 12/2009 (Sala Primera), de 12 de enero, en la que se entiende, denegando el amparo, que no es posible apreciar vulneración por el mero hecho de que al trabajador recurrente le haya sido negada la legitimación para intervenir en un procedimiento (de conflicto colectivo) en el que, por definición, los únicos sujetos legitimados han de ser necesariamente sujetos colectivos; la STC 26/2009 (Sala Primera), de 26 de enero, en la que no se aprecia lesión del artículo 24.1 CE porque existió respuesta expresa a la acción intentada, no se incurrió en error patente, y se motivó suficientemente el no planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad; la STC 51/2009 (Sala Primera), de 23 de febrero, en la que se convalida una imposición de costas, pues el razonamiento no puede calificarse de arbitrario, manifiestamente irrazonable o carente de motivación; la STC 58/2009 (Sala Segunda), de 9 de marzo, que otorga el amparo argumentando que el hecho de que la demandante alegara por primera vez la caducidad del expediente sancionador en el acto de la vista no autoriza al órgano judicial a eludir un pronunciamiento de fondo sobre el citado motivo de impugnación, pues esta decisión se basa en una superada (por las LJCA 1956 y 1998) concepción del carácter revisor de la jurisdicción

contencioso-administrativa, y en una interpretación de los requisitos procesales contraria a la literalidad misma de los artículos 56.1 y 78.4 y 6 LJCA; la STC 62/2009 (Sala Primera), de 9 de marzo, en la que se otorga trascendencia constitucional en términos de defensa, para otorgar el amparo, a la falta del informe del Colegio de Abogados en un procedimiento de jura de cuentas; la STC 66/2009 (Sala Segunda), de 9 de marzo, que rechaza la existencia de vulneraciones, en un caso por negligencia de la parte, y en otros porque la convicción de la participación del recurrente en el delito se obtuvo en virtud de prueba personal y documental practicada en el plenario con todas las garantías y fue suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia; la STC 72/2009 (Sala Segunda), de 23 de marzo, que otorga el amparo al haberse dejado imprejuzgada la pretensión del demandante sin que concurriera causa legal que excluyese esta obligación del órgano de apelación; y, por fin, la STC 88/2009 (Sala Segunda), de 20 de abril, ejemplo de concisión, en la que se desestima una cuestión de inconstitucionalidad, declarando no contraria al artículo 24.1 CE la inembargabilidad de los derechos consolidados de los planes de pensiones.

En la materia de los correctos emplazamientos de las partes destacan en este cuatrimestre la STC 79/2009 (Sección Cuarta), de 23 de marzo, en la que se razona que los demandantes de amparo ostentaban un legítimo interés en el proceso, eran perfectamente identificables a partir de los datos que figuraban en el expediente, y la falta de emplazamiento les ha producido un perjuicio real y efectivo en sus posibilidades de defensa, sin que pueda deducirse que hayan tenido conocimiento extraprocesal del pleito, lo que conduce al otorgamiento del amparo; y la STC 93/2009 (Sala Segunda), de 20 de abril, en la que se advierte la existencia de un procedimiento seguido *inaudita parte*, del que derivó un perjuicio efectivo para los legítimos intereses de la demandante de amparo, y que la decisión de notificación edictal no se fundó en criterios razonables que permitiesen al órgano judicial tener la certeza o, al menos, alcanzar una convicción razonable de la inutilidad de los medios normales de citación.

Pocas novedades en el terreno de la motivación y la incongruencia. Respecto a la segunda aprecian, con repetición de la doctrina clásica, vulneración por incongruencia omisiva las SSTC 9/2009 (Sala Segunda), de 12 de enero; 36/2009 (Sala Segunda), de 9 de febrero, y 73/2009 (Sala Segunda), de 23 de marzo, y lesión por incongruencia por error las SSTC 53/2009 (Sala Primera), de 23 de febrero, y 83/2009 (Sección Primera), de 25 de marzo. En cuanto a la primera, la STC 17/2009 (Sala Primera), de 26 de enero, afirma, en primer término, que no puede entrar en la motivación de actos administrativos no sancionadores ni limitativos de derechos fundamentales; y, en segundo, que la Sentencia impugnada está correctamente motivada, entre otras cosas porque no

se puede, desde la perspectiva constitucional, censurar que el control judicial de la actividad administrativa no alcance a la revisión de lo que propiamente sea discrecionalidad técnica (se impugnaba una decisión sobre valoración de méritos para un «sexenio» de la Comisión Nacional de Evaluación de la Actividad Investigadora). Por su parte, la STC 35/2009 (Sala Primera), de 9 de febrero, en materia penitenciaria, concluye que no puede aceptarse que la fundamentación de un Auto que desestima un recurso de apelación, en el que se impugnaba una baja en redención, cumpla la exigencia constitucional de motivación reforzada de las resoluciones judiciales que han de resolver cuestiones en las que se encuentra afectado el derecho fundamental a la libertad personal. Finalmente la STC 47/2009 (Sala Segunda), de 23 de febrero, resuelve, otorgando el amparo según la doctrina clásica, un caso de error patente.

En la STC 22/2009 (Sala Primera), de 26 de enero, trata el Tribunal el tema de la ejecución de Sentencias, afirmando que una decisión judicial de suspender una demolición acordada en Sentencia firme, en expectativa de una futura modificación de la normativa urbanística que, eventualmente, la legalizara, supone una vulneración del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos, y que tampoco cabe ponderar, a los efectos de su inexecución, las consecuencias que para el condenado conllevaría el cumplimiento inmediato de una orden cuyo objeto es la restauración de la legalidad. El derecho a la ejecución, conectado con la garantía de indemnidad, es el que se entiende vulnerado en la STC 92/2009 (Sala Segunda), de 20 de abril, en la que se cesaba a una funcionaria inmediatamente después de nombrarla en ejecución de Sentencia, burlando así los efectos de ésta.

Las violaciones, efectivas o supuestas, del derecho de acceso a la jurisdicción han dado lugar a varias Sentencias en este cuatrimestre. La legitimación de sindicatos o asociaciones para interponer recursos contenciosos se ha ventilado, con repetición de la doctrina consolidada, en las SSTC 4/2009 (Sala Segunda), de 12 de enero; 28/2009 (Sala Primera), de 26 de enero, y 33/2009 (Sala Segunda), de 9 de febrero, que otorgan todas ellas el amparo. También un sindicato es el protagonista de la STC 65/2009 (Sala Segunda), de 9 de marzo, en la que el Tribunal razona que la resolución judicial impugnada ha impedido el acceso a la jurisdicción de aquél sobre la base de una pretendida renuncia por su parte al ejercicio de dicho derecho, sin que la fundamentación jurídica de la Sentencia satisfaga las exigencias mínimas de motivación que, para una resolución de este alcance, impone el derecho a la tutela judicial efectiva. La inadmisión de una demanda, por considerar el órgano judicial, de una manera irrazonable y palmaria-mente contraria al principio *pro actione*, que concurría la excepción de cosa juzgada, lleva al otorgamiento del amparo por lesión del derecho a la jurisdic-

ción en la STC 5/2009 (Sala Segunda), de 12 de enero. Las SSTC 11/2009 (Sala Primera), de 12 de enero, y 18/2009 (Sala Primera), de 26 de enero, otorgan el amparo por las negativas basadas en interpretaciones irrazonables y rigoristas de los requisitos exigidos para el acceso a la revisión de las sentencias civiles. En la STC 32/2009 (Sala Segunda), de 9 de febrero, la revisión era de unas sanciones administrativas, y la inadmisión de la misma se basó en datos erróneos, lo que conduce al otorgamiento del amparo. La privación a los demandantes, por una interpretación rigorista y desproporcionada de la norma aplicable al caso (falta de legitimación de acuerdo con el art. 117.1 LSA), de un pronunciamiento de fondo sobre su pretensión anulatoria de unos acuerdos societarios lleva al otorgamiento del amparo en la STC 49/2009 (Sala Primera), de 9 de febrero. El amparo se deniega, sin embargo, en la STC 48/2009 (Sala Primera), de 23 de febrero, al trabajador que pretendía que se impusiera a su empresa una sanción administrativa, pues carecía de legitimación activa al no tener interés legítimo en la causa. El derecho de acceso al proceso se considera lesionado por una resolución judicial que requirió el cumplimiento de un requisito no previsto legalmente para las demandas de despido, y fundó la decisión de archivo en la defectuosa subsanación de dicho requisito [STC 52/2009 (Sala Segunda), de 23 de febrero]. Una nueva resolución sobre el silencio administrativo es la que se contiene en la STC 59/2009 (Sección Tercera), de 9 de marzo, que condena como irrazonable la interpretación del mismo según la cual el demandante debe reaccionar en vía judicial contra la desestimación presunta dentro del plazo que establece el artículo 46.1 LJCA, so pena de incurrir en extemporaneidad. Otro supuesto de denegación de amparo es el que no considera irrazonable o rigorista la interpretación de la LJCA (art. 29.1) en el sentido de que la inactividad de la Administración impugnada en vía contencioso-administrativa es la que tiene que ver con aquellas actividades de prestación dentro del ámbito de sus competencias [STC 75/2009 (Sala Primera), de 23 de marzo]. En la STC 94/2009 (Sala Segunda), de 20 de abril, se entiende que es rigorista la inadmisión de un recurso contencioso, porque el mismo se dirige contra un acto que es reproducción de otro anterior, firme, pues ese acto anterior era una respuesta de la Administración a una reclamación previa a la vía civil. Por fin en la STC 102/2009 (Sala Segunda), de 27 de abril, se declara la vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción de una asociación de jueces porque no se entró a revisar un nombramiento argumentando que se había producido la dimisión del titular del cargo, cuando aquél no deja de producir efectos para los afiliados a la asociación.

Por lo que respecta al acceso al recurso legal, las Sentencias más significativas son las siguientes: la STC 19/2009 (Sala Primera), de 26 de enero, que

reacciona, otorgando el amparo, contra la negativa a expedir un testimonio necesario para recurrir en queja, pues se ha impedido el acceso a este recurso de forma inmotivada, y con evidente infracción del artículo 495.2 LEC; en la STC 20/2009 (Sala Segunda), de 26 de enero, se otorga el amparo, porque un recurso de aclaración de un preso se tramitó como si fuera uno de reforma, y luego se le impidió presentar éste, hacer las alegaciones pertinentes y contradecir la valoración jurídica que sustentaba su sanción disciplinaria; las SSTC 23/2009 (Sección Tercera) y 25/2009 (Sala Primera), ambas de 26 de enero, resuelven dos supuestos de inadmisión de recursos excesivamente rigoristas, derivadas de errores de tipo menor en la presentación de escritos, errores cuya subsanación no se permitió, lesionando el derecho a los recursos; se deniega el amparo, por el contrario, en la STC 27/2009 (Sala Segunda), de 26 de enero, pues se considera que las resoluciones que inadmiten el recurso de casación interpuesto por un partido político, que no había sido parte en la causa ni había sido condenado en la Sentencia dictada, por lo que carecía de la legitimación necesaria, lo hacen tras una aplicación motivada, razonada y no arbitraria de la legislación procesal vigente; la STC 39/2009 (Sección Tercera), de 26 de enero, aprecia la lesión del derecho al acceso a los recursos porque se efectuó una indicación errónea de los mismos; en la STC 42/2009 (Sala Segunda), de 9 de febrero, se otorga el amparo en un supuesto en el que el órgano judicial privó de validez al escrito de interposición del recurso de apelación porque no constaba la venia de un Procurador para ser sustituido por otro, siendo así que la sustitución de un Procurador no está legalmente condicionada a la concesión de venia; por fin, en la STC 100/2009 (Sala Segunda), de 27 de abril, se otorga el amparo frente a un Auto del Tribunal Supremo de inadmisión de un recurso de casación, porque en éste, contra lo que se decía en aquél, se respetaba el sustrato fáctico de la Sentencia de apelación, planteando una discrepancia eminentemente jurídica.

Las numerosas Sentencias que aplican la doctrina de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, no contienen novedad alguna y pueden simplemente enumerarse. Se trata de las SSTC 1/2009 (Sala Segunda), de 12 de enero; 3/2009 (Sala Segunda), de 12 de enero; 16/2009 (Sala Primera), de 26 de enero; 21/2009 (Sala Segunda), de 26 de enero; 24/2009 (Sala Segunda), de 26 de enero; 46/2009 (Sala Segunda), de 23 de febrero; 49/2009 (Sala Primera), de 23 de febrero; 54/2009 (Sala Primera), de 23 de febrero; 64/2009 (Sala Primera), de 9 de marzo; 80/2009 (Sección Cuarta), de 23 de marzo, y 103/2009 (Sección Segunda), de 28 de abril.

En el terreno del derecho a la presunción de inocencia, y, más en concreto, en el de la valoración de las declaraciones de coimputados, ha habido disensiones en la Sala Primera, como lo demuestran los dos votos particulares de la

Presidenta del Tribunal, Sra. Casas Baamonde, a las SSTC 56 y 57/2009 (Sala Primera), de 9 de marzo. Tanto en esos votos como en el cuerpo de las decisiones se expone la doctrina clásica, que conduce, sin embargo, a soluciones diferentes en los casos concretos.

Para finalizar este apartado cabe hacer alusión a las SSTC 43 y 44/2009 (Sala Primera), de 12 de febrero, dictadas en sendos recursos tramitados como electorales en los que el partido Askatasuna y las agrupaciones electorales D3M reaccionaron contra su exclusión de las elecciones al Parlamento vasco. En ellas el Tribunal rechaza las pretensiones de que se hayan lesionado diversos derechos fundamentales, unos de carácter procesal y otros sustantivos, basándose en su jurisprudencia en casos similares, y sin ninguna novedad digna de mención.

7. En la STC 34/2009 (Sala Segunda), de 9 de febrero, se rechazan todas las alegaciones del demandante de amparo porque ha sido informado de la acusación dirigida contra él, no ha habido vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías (STC 167/2002) dado que la Audiencia Provincial no ha procedido a una nueva valoración de las pruebas practicadas en la instancia, sino a una valoración jurídica de los hechos declarados probados por el Juzgado de lo Penal, que no se han visto alterados, su presunción de inocencia ha sido correctamente enervada a partir de sus declaraciones y las de la denunciante; y, por fin, tampoco hubo lesión de su derecho a la legalidad penal, porque en modo alguno cabe tildar de aplicación analógica o *in malam partem*, carente de razonabilidad por apartarse de su tenor literal, o por utilización de pautas extravagantes o criterios no aceptados por la comunidad jurídica, la interpretación llevada a cabo por la Audiencia, al considerar documentos personales e íntimos una libreta de direcciones y de teléfonos, y subsumir en el tipo penal del artículo 197.1 y 2 CP el acceso a dichos documentos sin el consentimiento de su titular.

En la STC 91/2009 (Sala Segunda), de 20 de abril, el demandante de amparo combate también una condena penal, esta vez en casación. Frente a la primera alegación de que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (STC 167/2002) el Tribunal Constitucional sostiene que el Tribunal Supremo no ha producido una alteración relevante de los hechos declarados probados por el órgano judicial de instancia, sino que la condena se ha fundado en una diferente apreciación de circunstancias de índole jurídica, sin que haya habido extralimitación en las facultades revisoras de la casación penal. Tampoco se ha lesionado el derecho a la presunción de inocencia porque no se aprecian en los razonamientos del sentenciador ni quebras lógicas ni inferencias irrazonables. Menos aún el derecho a la legalidad penal, porque la Sentencia está fundada en una exégesis de los tipos penales aplicados acorde a su tenor literal, y sin

que la subsunción de los hechos probados pueda calificarse de extravagante o axiológicamente irrazonable; ni el *bis in idem* porque no concurre la famosa triple identidad. Pero sí se ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva (motivación) porque la concreción de cuantía de la multa debe hacerse teniendo en cuenta la capacidad y demás circunstancias del condenado (art. 50 CP) y no, como se hizo, de acuerdo con otros criterios como la gravedad del hecho, el impacto medioambiental producido y la desatención de los intereses generales.

Dos cuestiones de inconstitucionalidad, las resueltas por las SSTC 81/2009 (Sala Primera), de 23 de marzo, y 97/2008 (Sala Segunda), de 27 de abril, inciden en el tema clásico, y últimamente revisado en la STC 162/2008, de 15 de diciembre, de las prácticas normativas vedadas por el artículo 25.1 CE en cuanto en una ley se prevén preceptos sancionadores que no contienen los elementos esenciales de la conducta antijurídica, con lo que se permite una regulación reglamentaria independiente, no sometida, siquiera en sus líneas fundamentales, a la voluntad de los representantes de los ciudadanos. No se admite, por tanto, una remisión a normas infralegales para la configuración incondicionada de supuestos de infracción. De acuerdo con esta doctrina se declaran inconstitucionales y nulas las regulaciones de las sanciones leves de la Ley del Deporte y de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

8. Un supuesto de vulneración del derecho a la libertad sindical del recurrente en amparo, que había sido despedido como consecuencia de sus actividades de este tipo, y aporta indicios suficientes de ello, sin que la empresa argumente en contrario con suficiente contundencia, es el que resuelve la STC 2/2009 (Sala Segunda), de 12 de enero, en la que se repasa la doctrina sobre la garantía de la indemnidad de los representantes sindicales y la carga de la prueba en este tipo de despidos, como este que es declarado finalmente nulo.

Vuelve FEDECA (Federación de Asociaciones de los Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado) a obtener, en la STC 96/2009 (Sala Segunda), de 20 de abril, un pronunciamiento similar al de la STC 152/2008, de 17 de noviembre, en el sentido de que se ha vulnerado su libertad sindical, al no admitirse sus candidaturas en unas elecciones sindicales, siendo así que resulta indubitado su carácter de organización de este tipo, a pesar de agrupar exclusivamente a altos funcionarios (*Ignacio Torres Muro*).

supone dejar sin sentido la expresión «soberanía popular»: aunque el pueblo sólo pueda ejercer la soberanía en el marco de la Constitución, tal concepto significará «nada más, pero también nada menos, que el poder del Estado “emana” del pueblo y debe estar a su servicio, bajo su control y abierto a la participación y deliberación democrática de la universalidad de los ciudadanos» (68). Tan cierta, pues, como la afirmación de Lucas Verdú es la de Jellinek cuando afirma «que los intentos por eliminar del Derecho Público el concepto de la soberanía, son antihistóricos» (69).

Las peculiaridades del Estado federal llevaron, particularmente a lo largo del siglo XIX, a un debate sobre el carácter estatal de los Estados miembros y, en consecuencia, sobre la titularidad de la soberanía (70). En la actualidad, y con las salvedades que comentaremos en seguida, el debate de la soberanía ha dejado de centrarse en la cuestión de quien es su titular, para plantearse en un terreno realista (los problemas del poder, que son competenciales) y democrático (es la Constitución quien define las reglas del juego) (71): es doctrina pacífica la que afirma la titularidad de la soberanía estatal en el Estado federal y no en los Estados miembros, pese al poder constituyente que poseen éstos. En el caso de nuestro Estado autonómico, la cuestión es, desde una perspectiva jurídica, meridianamente clara.

4.2. SOBERANÍA Y COSOBERANÍA

¿Cuáles son, pues, los soportes teóricos en que se basa la Ley vasca de Consulta? A mi entender, y al margen de planteamientos explícitamente políticos que conectan con el nacionalismo histórico vasco, cabe citar los derechos históricos y las tesis sobre el federalismo multinacional, además del principio democrático.

Sorprendentemente, no se alegan en este caso los derechos históricos, frecuentemente invocados como título jurídico para justificar la constitucionalidad de otras propuestas (como el llamado «Plan Ibarretxe»). La representación del Gobierno vasco afirmó explícitamente que «la Ley impugnada ni se apoya ni

(68) Ramón MAIZ, *loc. cit.*, pág. 201.

(69) Georg JELLINEK, *Teoría General del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1978, pág. 356.

(70) Véase sobre el tema Javier RUIPÉREZ, *Proceso constituyente, soberanía y autodeterminación*, págs. 186 y sigs.

(71) Juan José SOLOZÁBAL, *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004, pág. 38 (véanse también las págs. 36-37).

menciona la indicada disposición adicional» (72), lo que no quita para recordar que la alegación de tales derechos ha sido el argumento que ha permitido crear una cultura jurídico-política en que cualquier reivindicación era alcanzable.

Todo es posible si se cree factible «convertir la Adicional Primera en una plena exención de la Constitución, de manera que, al margen de la norma fundamental aunque conectada con ella, la actualización de los Derechos Históricos supusiera una Constitución propia de los titulares, cuerpos políticos al margen de la Nación española respecto de los cuales no se predicase la unidad de la soberanía del artículo 1.2 (73)».

Existe, pues, una teoría jurídica que propugna la posibilidad de una interpretación de la Constitución susceptible de legitimar la Ley de Consulta aunque, como hemos señalado, los defensores de ésta no invocan la disposición adicional primera de la Constitución. Cabe pensar en cualquier caso que, por las razones que aduce el Abogado del Estado, hacerlo no hubiera servido de mucho (74), porque no cabe en nuestra Constitución la noción de soberanía

(72) STC 103/2008, alegaciones del Gobierno vasco, antecedente 6, *d*): ante la imputación por parte del representante del Gobierno español de que la Ley de Consulta vulneraba la disposición adicional primera de la Constitución, aduce el Gobierno vasco «que la referencia a una supuesta lesión de la disposición adicional primera de la Constitución carece de sentido, en la medida en que la Ley impugnada ni se apoya ni menciona la indicada disposición adicional, de suerte que su invocación, en la medida que sale con ella al paso de una eventual o hipotética alegación de las instituciones vascas, tiene carácter preventivo y, en consecuencia, no puede servir de fundamento a un motivo de inconstitucionalidad».

(73) M. HERRERO DE MIÑÓN, «Cosoberanía y Derechos Históricos (art. 1)» (artículo del año 2000), en *El valor de la Constitución*, Barcelona, Crítica, 2003, págs. 71-72. Las citas de Herrero de Miñón en este sentido son muy numerosas y pueden resumirse en la afirmación de una titularidad colectiva o pluralidad de los titulares de la soberanía. Véanse, además del trabajo citado, «España y Vasconia: presente y futuro (consideraciones en torno al Plan Ibarretxe)», en *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, Oñati, IVAP, 2003, o «Qué son y para qué sirven los Derechos Históricos (Adicional Primera CE)», en *El valor de la Constitución*, cit. Iñaki AGIRREAZCUÉNAGA, «Qué grado de viabilidad jurídico-política se vislumbra al “Pacto político para la convivencia presentado por el Lehendakari Ibarretxe...”», *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, cit., págs. 357 y 371, considera igualmente que la cosoberanía deriva de los derechos históricos.

(74) Afirma el Abogado de Estado que «(a) lo anterior no cabría oponer los derechos históricos mencionados en la disposición adicional primera de la Constitución, pues los sujetos de tales derechos son los territorios forales, aun cuando su actualización sólo procede a través del Estatuto de Autonomía, es decir, de la norma que es resultado del ejercicio del derecho a la autonomía dentro de la “indisoluble unidad” de la Nación española (art. 2 CE) y con absoluto respeto a la Constitución (STC 76/1988, de 26 de abril, FFJJ 3 y 4). No puede admitirse una suerte de imaginario pacto con valor originario y supraconstitucional, que ya excluyó la STC 76/1988, en la que se recordó que la actualización de los derechos históricos supone la supresión o el no reconocimiento de los que contradigan los principios constitucionales». STC 103/2008, antecedentes.

compartida: «(1) a Ley recurrida presupone la existencia de un sujeto, el “pueblo vasco”, titular de un “derecho a decidir” susceptible de ser “ejercitado” [...], equivalente al titular de la soberanía, el pueblo español, y capaz de negociar con el Estado constituido por la Nación española los términos de una nueva relación entre éste y una de las Comunidades Autónomas en las que se organiza. La identificación de un sujeto institucional dotado de tales cualidades y competencias resulta, sin embargo, imposible sin una reforma previa de la Constitución vigente» (75).

4.3. *El principio democrático*

Un segundo tipo de argumentos de carácter igualmente jurídico e indirectamente vinculado con el principio de soberanía es el que pretende justificar la viabilidad de la Ley invocando el principio democrático.

Los ecos de la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá sobre el derecho de autodeterminación de Quebec (76) han permitido afirmar que el principio democrático de la voluntad popular ha de primar sobre la letra de la Constitución a la hora de interpretar ésta (77). Tal doctrina está presente en la Propuesta de Estatuto Político de Euskadi (78), y ha reaparecido entre los defensores de la legitimidad de la consulta prevista en la Ley 9/2008, tanto entre políticos como

(75) STC 103/2008, FJ 4. Sigue: «El proceso que se ha intentado abrir “no puede dejar de afectar al conjunto de los ciudadanos españoles, pues en el mismo se abordaría la redefinición del orden constituido por la voluntad soberana de la Nación, cuyo cauce constitucionalmente no es otro que el de la revisión formal de la Constitución por la vía del art. 168 CE”». En consecuencia, «no puede ser planteada como cuestión sobre la que simplemente se interesa el parecer no vinculante del cuerpo electoral del País Vasco, puesto que con ella se incide sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos».

(76) *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. N.º du greffe: 25506. 1998: 16, 17, 18, 19 février; 1998: 20 août. 1998 (<http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/1998/1998rcs2-217/1998rcs2-217.html>).

(77) «En el constitucionalismo democrático, el principio democrático de la voluntad popular ha de primar a la hora de interpretar la Constitución sobre la letra de ésta. Y quienes creemos en la democracia nada debemos temer de ello.» Miguel HERRERO DE MIÑÓN, «España y Vasconia: presente y futuro (consideraciones en torno al Plan Ibarretxe)», en *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, cit., pág. 459.

(78) Particularmente, aunque no sólo, en su artículo 13, que se plantea la posibilidad de que la ciudadanía vasca se exprese en un referéndum para «alterar íntegra o sustancialmente el modelo y régimen de relación política con el Estado español», lo que parece referirse a la independencia. En tal caso, los vascos han de manifestar «su voluntad clara e inequívoca» y, de ser así, habrá de abrirse «un proceso de negociación para establecer las nuevas condiciones políticas».

entre académicos (79). Pero tales referencias soslayan lo que realmente plantea la citada sentencia e ignoran los requisitos establecidos por el Tribunal Supremo canadiense, que pide claridad en pregunta y en mayoría, y propugna el respeto a todos los principios constitucionales, también el federal y también los derechos de los demás canadienses, por lo que plantea la posibilidad de coronar el proceso sólo cuando lo hiciera posible una reforma de la Constitución federal.

Por otra parte, la afirmación de un «derecho a decidir» unilateralmente de una parte del territorio nacional no se reconoce en nuestra Constitución, ni en ninguna otra (80). Ninguna constitución pone en duda la unidad e indivisibilidad del sujeto que se constituye, pues hacerlo sería poner en duda su legitimidad. Los textos que han reconocido el derecho a la autodeterminación de nacionalidades del Estado lo han hecho (singularmente en el caso de la URSS) con un sentido más político que jurídico (81), y los procesos que han acabado con la separación de algún territorio no han sido normalmente el resultado de una previa regulación constitucional. Como ha señalado Solozábal, «(u)n Estado es, antes que nada, una situación efectiva política en la que el poder se ejerce —esto es, se decide y obedece— de modo regular de acuerdo con lo prescrito en el ordenamiento, sistema de normas o referente legal de tal organización política: si no hay *estado*, o sea, situación efectiva, orden, no hay *Estado* ni verdadero ordenamiento» (82).

(79) Entre los políticos, baste la cita del documento del EBB del Partido Nacionalista Vasco de 10 de octubre de 2005: «Hemos vinculado la capacidad de decidir al compromiso de pactar, al igual que lo hiciera el principio jurídico formulado por el Tribunal Supremo de Canadá y que recogió también la Propuesta de Nuevo Estatuto aprobada por el Parlamento Vasco. Estamos a favor de plantear un ejercicio de la soberanía que piense en espacios de encuentro donde las cuestiones han de resolverse de manera dialogada y pactada [...]». Entre los académicos José Manuel CASTELLS, «Consulta y legalidad», *El Correo*, 3 de julio de 2008; I. LASAGABASTER, *Consulta o Referéndum*, cit., págs. 108-109 (principios constitucionales y principio democrático) y 110-113 (aplicabilidad al caso que nos ocupa de la doctrina del TS canadiense sobre la autodeterminación de Quebec). Idéntica invocación al principio democrático, al que es inherente la competencia de plantear consultas democráticas en alegaciones del representante del Gobierno vasco, párrafo 6 de los antecedentes, STC 103/2006.

(80) Gaspare NEVOLA, «La política della secessione», *Rivista Italiana di Scienza Politica*, abril de 1998, págs. 120-121.

(81) Valga, por todas, la cita de Alessandro Pizzorusso, para quien «(e)l principio de autodeterminación de los pueblos, enunciado con especial fuerza por los fundadores de la Unión Soviética, fue entendido más como una directriz política que como un precepto productor de precisos derechos y, en particular, no se excluye que pudiese encontrar satisfacción a través de formas de pseudo-federalismo [...]» «Relazione introduttiva», en *Giornate Biennali di studio in onore di Lelio Basso. Popoli, minoranze e Stato- nazione*, Roma, 1991 (policopiado), págs. 26-27.

(82) J. J. SOLOZÁBAL, *Nación y Constitución. Soberanía y autonomía en la forma política española*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004, pág. 41.

La imposibilidad de invocar aisladamente un principio constitucional para llegar a conclusiones opuestas a otros principios constitucionales, ya denunciada en el *Renvoi* de la Corte canadiense en el caso de la autodeterminación de Québec, es también invocada por nuestro Tribunal Constitucional. No cabe una lectura del principio democrático que ignore las exigencias del Estado social y democrático de Derecho y pretenda conseguir objetivos imposibles de alcanzar sin una previa reforma constitucional, ni se puede ignorar el alcance del artículo 1.2 CE que define como titular de la soberanía nacional al pueblo español, o pretender una articulación territorial palmariamente contraria a los principios de unidad y autonomía definidos en el artículo 2 CE.

El reconocimiento del «derecho a decidir del Pueblo Vasco» «plantea una cuestión que afecta al orden constituido y también al fundamento mismo del orden constitucional. Una afectación de esa naturaleza y con tal alcance es desde luego factible en nuestro Ordenamiento, toda vez que, en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, [...] “siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales” (83), no hay límites materiales a la revisión constitucional [...] Pero el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable. Es más, tratar de sortear, eludir o simplemente prescindir de esos procedimientos sería intentar una inaceptable vía de hecho (incompatible con el Estado social y democrático de Derecho que se proclama en el art. 1.1 CE) para reformar la Constitución al margen de ella o conseguir su ineficacia práctica» (84).

4.4. *El federalismo multinacional, ser y deber ser*

En un terreno inicialmente no jurídico, y con un alcance que sus sostenedores definen como «normativo» (en el sentido de aludir a lo que consideran que habría de derivarse de un tratamiento correcto de la realidad), han de citarse los análisis relacionados con el «federalismo plurinacional». Es obligatorio en esta materia referirse a la obra de Ferrán Requejo (85), punto de referencia básico de unos planteamientos con presencia significativa no sólo en España. En la exposición de sus tesis trato de poner de manifiesto no tanto mis acuerdos o diferencias con el autor cuanto la existencia de unas formulaciones teóricas que, entiendo, están en la base y permiten una legitimación quizá no jurídica aunque

(83) Cita de la STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7.

(84) STC 103/2008, FJ 4.

(85) Citaré aquí básicamente su libro *Federalismo plurinacional y pluralismo de valores. El caso español*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

sí teórica (y consiguientemente política) de los postulados que subyacen a la Ley de Consulta.

El punto de partida es la distinción entre las «federaciones uninacionales» y aquellas en que coexisten varios grupos nacionales (86), que afrontan unos retos institucionales y de legitimación distintos a los de las primeras. La multiculturalidad y la multinacionalidad obligan a cambiar el paradigma de las teorías liberal-democráticas tradicionales, haciendo yuxtaponer la igualdad y la diferencia, y a adoptar a un nuevo enfoque más complejo sobre las nociones de dignidad, igualdad, libertad y pluralismo. Carentes de un *demos* único, «el reto de las democracias plurinacionales es más bien precisamente el reto de “una *polity*, varios *demos*”» (87), y la diversidad de pueblos implica igualmente la necesaria defensa de procesos coexistentes y yuxtapuestos de *nation building* (88).

La nueva legitimidad política incorpora una dimensión ética, atenta a cuestiones de naturaleza más histórica, lingüística o cultural: «de esta manera, la dimensión ética de la racionalidad implica que los ciudadanos de la federación se sientan “cómodos” en términos de identidad nacional y cultural (y de autoestima) en la democracia en que viven, con independencia del colectivo nacional en el que se ubiquen de forma predominante» (89). Eso sólo será posible si los Estados plurinacionales se articulan de modo asimétrico: no es probable que la plurinacionalidad pueda articularse satisfactoriamente dentro del marco normativo e institucional de las federaciones uninacionales y simétricas, cuya institucionalización en contextos plurinacionales «ha tendido a ser mucho más precaria en términos de legitimidad» (90). «De hecho, la política comparada muestra cómo desde premisas constitucionales de uniformidad de un *demos* único, aunque se establezca luego una descentralización política, resulta muy difícil acomodar el pluralismo nacional interno de una democracia» (91).

(86) La definición de tales grupos incorpora una inevitable imprecisión, que en buena medida deja en las manos de cada actor político incluirse o no en tal categoría: es característica de tales grupos el que «buena parte de sus miembros se reconocen como tales porque comparten algunos patrones culturales, lingüísticos, etc., que muestran un cierto sentido de diferenciación histórica con relación a otros grupos, están situados en un territorio más o menos definido, y muestran la voluntad de mantener su diferenciación en el ámbito político a través de fórmulas de autogobierno [...]», Ferrán REQUEJO, *Federalismo plurinacional y pluralismo de valores. El caso español*, cit., pág. 7.

(87) Ferrán REQUEJO, *Federalismo plurinacional y...*, cit., pág. 12.

(88) Ferrán REQUEJO, *Federalismo plurinacional y...*, cit., pág. 86.

(89) Ferrán REQUEJO, *Federalismo plurinacional y...*, cit., págs. 13-14.

(90) Ferrán REQUEJO, *Federalismo plurinacional y...*, cit., pág. 89.

(91) Ferrán REQUEJO, *Federalismo plurinacional y...*, cit., pág. 95.

En consecuencia, se propone un modelo de federalismo plurinacional basado en tres tipos de acuerdos básicos:

1. «*Un reconocimiento político y constitucional explícito y satisfactorio del pluralismo nacional de la federación que sea aceptable para los principales actores políticos que expresan este tipo de pluralismo en la “federación”*».
2. «*El establecimiento de una serie de acuerdos federales, que normalmente serán asimétricos o confederales cuando haya un mayor número de unidades federadas que de naciones minoritarias, que permita un alto grado de autogobierno a las naciones minoritarias de la federación [...]*».
3. «*Una regulación plurinacional del *gobierno compartido* de la federación y de sus procesos de reforma constitucional (incluidas, en su caso, cláusulas potenciales de secesión nacional a través de reglas procedimentales claras) que concreta las libertades colectivas de las minorías [...]*» (92).

Hasta aquí la cita de F. Requejo. No es difícil ver su proximidad con las propuestas impulsadas por el Lehendakari Ibarretxe, también orientadas a conseguir una relación «amable» entre el País Vasco y España en base a acuerdos satisfactorios para los principales actores políticos que expresan el pluralismo de la federación.

Las tesis del «federalismo multinacional» pueden servir para señalar limitaciones de los modelos federales, pero difícilmente pueden valer para orientar una articulación constitucional concreta (al menos hoy por hoy y en España). No es fácil hacer jurídicamente efectiva lo que algunos consideran la «condición de libertad de una sociedad plurinacional»: que «sus miembros sean libres de entablar discusiones y negociaciones a propósito de posibles enmiendas a la estructura de reconocimiento en vigor y, como corolario, que los otros miembros tengan el deber de responder a las legítimas demandas: el respeto al principio federal» (93). Tampoco lo es el garantizar «el respeto al principio federal [que] exige que los poderes no se superpongan con el fin de ofrecer la más amplia libertad de acción a los diferentes niveles de gobierno en el ejercicio de la soberanía compartida» (94), es decir, de una «soberanía divisible» mediante la cual «las naciones internas, es decir comunidades nacionales como Escocia, Ca-

(92) Ferrán REQUEJO, *Federalismo plurinacional y...*, cit., págs. 99-100.

(93) James TULLY, «Liberté et dévoilement dans les sociétés multinationales», en *Globe. Revue internationale d'études québécoises*, vol. 2, núm. 2, 1999, pág. 30, cit. en Alain-G. GAGNON, *Más allá de la nación unificadora: alegato en favor del federalismo multinacional*, Oñati, IVAP-Institut d'Estudis Autonòmics, 2009, pág. 12.

(94) Alain-G. GAGNON, *Más allá de la nación unificadora: alegato en favor del federalismo multinacional*, cit., pág. 13.

taluña y Quebec, estén en condiciones de ejercer cada vez más poderes, como si fueran Estados casi independientes» (95).

El federalismo plurinacional expresa, en buena medida, la real frustración de sectores que desearían que fuera posible una lectura de la Constitución que «permita dar una vía jurídica plausible a las legítimas pretensiones de la ciudadanía», es decir, realizarla «desde la perspectiva de una nación sin Estado, de un pueblo como el vasco que busca una forma de ser sujeto de su historia en la Europa del siglo XXI» (96). Pero, como hemos señalado, la concreción de sus tesis (cuya legitimidad no se discute) obligaría a emprender previamente una reforma constitucional por la vía del artículo 168 CE.

5. CONCLUSIÓN

Nuestro Tribunal Constitucional realiza una sobria e impecable respuesta a las cuestiones que se le plantean y concluye señalando la inconstitucionalidad de la consulta intentada, cuya aprobación requeriría una previa reforma agravada de la Constitución. La trascendencia de su decisión en materia tan sensible queda reforzada, por otra parte, por el hecho de haber recibido el voto unánime de los magistrados.

Tres han sido los ejes centrales de la sentencia y de este comentario: la inconstitucionalidad material de la Ley, que ignora lo dispuesto en los artículos 1.2, 2 y 168 CE; la vulneración del reparto competencial, por regular una materia en que la Comunidad Autónoma no tenía competencia, y el procedimental, por aprobar la Ley a través del procedimiento de lectura única, pese a no darse los requisitos definidos en el Reglamento del Parlamento vasco para tales supuestos.

El aspecto más trascendente, tanto de la Ley como de la sentencia, es el primero: el intento de conseguir unos objetivos que ignoran aspectos básicos de la Constitución, sin plantear previamente su reforma. La importancia de la sentencia, que recuerda que una Comunidad Autónoma no puede pactar en situación de igualdad con el Estado al margen de la Constitución, no proviene tanto de lo innovador de su planteamiento sino de la claridad con que se afirman principios cuya existencia conocen también aquellos que quisieran verlos modificados.

Sorprende la ausencia del argumento de aspecto jurídico que ha solido ser utilizado otras veces. Los derechos históricos, frecuentemente invocados como

(95) Alain-G. GAGNON, *Más allá de la nación unificadora: alegato en favor del federalismo multinacional*, cit., pág. 162.

(96) Iñaki LASAGABASTER HERRARTE, *Consulta o Referéndum*, cit., pág. 10.

título para justificar la constitucionalidad de otras propuestas (como el llamado «Plan Ibarretxe»), no se alegan en este caso. Es poco probable que se haga por acordar con Bartolomé Clavero que en dicho «Plan» se producía una disociación entre la visión nacionalista de la «libre asociación por determinación propia» y el «desarrollo estatutario con derecho histórico» (97). La falta de «explicación de índole jurídica» que encontraba Clavero en aquella propuesta se mantiene en ésta, a la que son aplicables sus consideraciones sobre el primer caso: «no parece que al Plan le importe gran cosa incurrir en defectos palmarios. Piensa más bien, por los visos, que no son carencias, sino virtudes habilidosas y discretas para lograr el fin de congraciarse con quienes, desde el propio espacio nacionalista vasco, se oponen a Constitución y Estatuto sin más y con el terror» (98).

He dedicado más atención al aspecto competencial, materia que ha centrado los escritos elaborados por los defensores de la constitucionalidad de la Ley, y en la que ha habido alguna mayor diversidad de argumentos, también contruidos a partir de lecturas de la Constitución o de la Ley bastante forzadas. Sólo así puede sostenerse que la LOMR no afecta a los referendos autonómicos, que las consultas populares pertenecen al ámbito de la autoorganización de las diversas administraciones territoriales, dotadas por ello de una competencia implícita para convocar consultas populares autonómicas, o que la consulta propuesta en la Ley vasca 9/2008, por su carácter consultivo, no es un referéndum.

La vulneración de los procedimientos legislativos, finalmente, era manifiesta dada la explícita exclusión de la vía de lectura única para la tramitación de proyectos de ley que afecten al ordenamiento de las Instituciones de la Comunidad Autónoma, al Régimen Jurídico de las Instituciones Forales, Régimen Electoral, derechos, deberes o libertades de los ciudadanos.

Es difícil creer que quienes aprobaron la Propuesta de Estatuto Político para la Comunidad de Euskadi o la Ley 9/2008, «de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política», pensaran que tales textos pudieran entrar en vigor. Las razones de su alumbramiento fueron políticas, posiblemente urgidas por la frustración de no poder alcanzar objetivos legítimos que interpretaban apoyados por la mayoría de los vascos, aunque, contra las pretensiones

(97) Bartolomé CLAVERO, «Entre desahucio de fuero y quiebra de Estatuto: Euskadi según el doble plan del Lehendakari», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 120, abril-junio de 2001, pág. 64. Considera Clavero que sería posible la conexión entre ambos principios, aunque en un sentido distinto al que plantea la PEPCE.

(98) Bartolomé CLAVERO, «Entre desahucio de fuero y quiebra de Estatuto...», cit., págs. 67-68.

de sus inspiradores, es probable que su propuesta haya contribuido a la derrota nacionalista en las elecciones autonómicas de 2009.

En todo caso, ha de saludarse la trascendencia de esta STC 103/2008, que ha contribuido a recordar que es el Derecho quien establece el marco en que ha de desarrollarse la actividad política.