

DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DURANTE EL TERCER CUATRIMESTRE DE 2008

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. DERECHOS FUNDAMENTALES.

I. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. Algunas de las innovaciones más llamativas de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal han empezado a hacerse notar en este último cuatrimestre de 2008. Se ha dictado, por ejemplo, la primera Sentencia de Sección resolutoria de un recurso de amparo [STC 121/2008 (Sección Primera), de 15 de octubre] y por vez primera una cuestión de inconstitucionalidad es objeto de una Sentencia de Sala [STC 126/2008 (Sala Primera), de 27 de octubre (1)] o es elevada por una Sala al Pleno antes de resolver una demanda de amparo y no después de

(1) Desestimatoria de la supuesta inconstitucionalidad de la Disposición Adicional vigésima, uno, de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. También resuelve una cuestión de inconstitucionalidad la STC 162/2008 (Sala Primera), de 15 de diciembre, comentada *infra*, pág. 255, que declara inconstitucional y nulo el artículo 31.3.a) de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria.

estimarla, como ahora exige el nuevo artículo 55.2 LOTC para el caso de las lesiones de derechos que tienen origen en la norma legal aplicada por la resolución judicial recurrida en amparo. Así ha sucedido en el ATC 341/2008, de 28 de octubre, por el que la Sala Segunda acuerda elevar al Pleno «cuestión interna de inconstitucionalidad, con suspensión de plazo para dictar Sentencia en el recurso de amparo número 6295/2004, sobre el artículo 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil». El fundamento de la decisión es tan escueto como sigue: «Esta Sala estima que procedería la estimación de la demanda de amparo presentada por la colisión del artículo 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991 [...] con el artículo 25.3 CE, en cuanto que prevé como posible sanción privativa de libertad el arresto [...] por la comisión de infracciones leves y graves [...], previsión que abarcaría, incluso, a las infracciones cometidas por los miembros de la Guardia Civil en el desarrollo de funciones no militares» (ATC 341/2008, FJ único). Simple descripción, por tanto, de la previsión legislativa cuestionada, y afirmación apodéctica de su «colisión» con un precepto constitucional.

Cabe preguntarse si el nuevo régimen del artículo 55.2 LOTC no implica ahora la obligación para la Sala de fundamentar con algún detalle su cuestionamiento de la ley aplicable al caso. Faltando la fundamentación antes implícita en los razonamientos que llevaban a la Sala a estimar la demanda de amparo y elevar después la cuestión al Pleno, la sola afirmación de que ésta se plantea porque la Sala «estima que procedería la estimación de la demanda» por advertir una «colisión» que no se explica no sólo supone privar al Pleno de todo elemento de juicio, sino, sobre todo, poner públicamente en duda la legitimidad constitucional de una ley sin otro fundamento que el argumento de autoridad.

Es de subrayar, en fin, que buena parte de las Sentencias de Sección que han seguido a la ya citada STC 121/2008 (2), pese a dictarse en aplicación de «doctrina consolidada», según quiere el nuevo artículo 52.2 LOTC, no destacan por la concisión y brevedad que acaso podía esperarse. Tres de ellas, sin embargo, dictadas por la Sección Segunda (3), son en ese sentido verdaderamente encomiables. También lo son las STC 145/2008, de 10 de noviembre, y 171/2008, de 15 de diciembre (4), ambas de la Sala Primera, ejemplo de pronunciamientos ceñidos a lo importante.

(2) SSTC 130/2008 (Sección Cuarta), 131/2008 (Sección Tercera), 132 y 133/2008 (Sección Cuarta), 136 y 137/2008 (Sección Tercera) y 138/2008 (Sección Cuarta), todas de 27 de octubre; 142 y 143/2008 (Sección Primera), de 31 de octubre.

(3) SSTC 153, 154 y 157/2008, de 24 de noviembre.

(4) Comentadas *infra*, págs. 255 y 251, respectivamente.

2. La novedad más relevante de la reforma de 2007 es, sin duda, la enigmática categoría de la «especial trascendencia constitucional» introducida por el artículo 50.1.b) LOTC como criterio determinante de la admisibilidad de las demandas de amparo. Tampoco en este cuatrimestre se ha avanzado en la definición de ese concepto, capital para la configuración del recurso de amparo que el Tribunal quiera, en su caso, arriesgar en los generosos márgenes que el legislador le ha brindado con la Ley Orgánica 6/2007. Pero sí se ha insistido en la línea abierta con el ATC 188/2008 (Sala Primera), de 21 de julio, teniendo por inadmisibles todo recurso en el que no se justifique expresamente la concurrencia del requisito de la especial trascendencia constitucional; exigencia ésta, además, insubsanable (5).

La línea en cuestión no es, sin embargo, enteramente pacífica, como lo demuestra el hecho de que, si bien la Sala Segunda la ha observado en el ATC 290/2008, de 22 de septiembre (BOE de 31 de octubre de 2008), lo ha hecho con el voto discrepante del Magistrado Sr. Gay Montalvo, quien opone a la mayoría una crítica de principio, pues entiende que antes de formalizar tan estrictamente el requisito de la justificación de la trascendencia constitucional de la demanda y convertirlo, además, en un requisito insubsanable, habría sido conveniente que el propio Tribunal ofreciera alguna pauta sobre el contenido de esta nueva categoría, pues en otro caso se viene a pedir al recurrente que acredite una circunstancia de la que sólo puede saberse lo que se desprende de la literalidad del artículo 50.1.b) LOTC; es decir, que, dada la calculada ambigüedad del legislador, la «especial trascendencia» será, al cabo, lo que decida el Tribunal Constitucional. Por ello, como apunta el Magistrado Sr. Gay Montalvo, habría sido deseable que los primeros pronunciamientos del Tribunal en esta materia hubieran versado sobre la sustancia del nuevo concepto antes que sobre las formalidades de su cumplimiento. Como también habría sido de esperar que, puestos a empezar por los rigores de la forma, se hubiera preferido corregir, en la medida de lo posible, la censurable estrategia del legislador en punto a la vigencia de la reforma de la Ley Orgánica, sensiblemente más interesado en la inmediata aplicabilidad de sus preceptos que en la garantía de la confianza legítima de los ciudadanos en la estabilidad y continuidad de las normas procesales (6).

Para ello habría bastado, por lo demás, con atenerse a la práctica observada tradicionalmente por el Tribunal en otros supuestos de reformas procesales

(5) El ATC 188/2008 fue objeto de comentario en la crónica precedente, *REDC*, núm. 84, 2008, págs. 227-228.

(6) Sobre el particular, véase la crónica correspondiente al segundo cuatrimestre de 2007, *REDC*, núm. 81, 2007, pág. 223.

que, sin ser tan radicales e intempestivas como la de 2007, aconsejaron en su momento una cierta flexibilidad en los rigores de su observancia. Tal ha sido el caso, por ejemplo, con la consideración de la nulidad de actuaciones como recurso procedente a los efectos del agotamiento de la vía judicial, que sólo ha operado en perjuicio del recurrente cuando el Tribunal ha entendido que, tras haberlo ido anticipando en diferentes Sentencias, era ya inexcusable el conocimiento de las reformas legales o de los cambios de jurisprudencia que hubieran modificado el régimen procesal conocido (7). Una reforma como la de 2007 habría merecido seguramente esas cautelas, que por otro lado parecían haberse adoptado en las primeras resoluciones del Tribunal tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, pues, como hicimos notar en su momento (8), el nuevo régimen del amparo comenzó a aplicarse con los recursos electorales sobre proclamación de electos interpuestos con ocasión de los comicios locales de mayo de 2007, siendo así que las demandas entonces admitidas a trámite lo fueron mediante providencias en las que se indicaba que no se apreciaba que el recurso incumpliera lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49 LOTC, estimándose «que la especial trascendencia de su contenido justificaba una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional» [antecedente 4 de la STC 168/2007 (Sala Segunda), de 18 de julio], todo ello sin que de la lectura de los antecedentes pudiera deducirse que los actores hubieran cumplido con el requisito de la alegación sobre la «especial trascendencia» en la forma después exigida con el ATC 188/2008 (9). En cierto sentido, pues, tanto ese Auto como ahora el 290/2008 corrigen una primera línea menos formalista y rigurosa que permitía concluir que, sea lo que haya de ser la «especial trascendencia», se trataba de una circunstancia que el Tribunal podía aprehender por sí a la vista de la demanda y sin necesidad de que se alegara expresamente sobre el particular. Por ello concluía-

(7) Así, STC 240/2005 (Sala Primera), de 10 de octubre, de la que se dio cuenta en *REDC*, núm. 76, 2006, págs. 223-224, que tuvo por procedente, a los efectos del artículo 44.1.a) LOTC, el incidente de nulidad de actuaciones en supuestos de recusación. La procedencia de ese incidente —descartada todavía en la STC 159/2004 (Sala Primera), de 4 de octubre— se reiterará en la STC 306/2005 (Sala Primera), de 12 de diciembre. En ambas, sin embargo, se posponía la exigibilidad de ese remedio procesal hasta el momento en que el nuevo criterio del Tribunal Constitucional se convirtiera en doctrina indubitada. Tal fue también la fórmula seguida con respecto a la exigibilidad del recurso de audiencia al rebelde, anunciada en las SSTC 310/1993 (Sala Primera), de 25 de octubre, y 134/1995 (Sala Segunda), de 25 de septiembre, pero sólo hecha efectiva a partir de la STC 15/1996 (Sala Primera), de 30 de enero. Véase la crónica publicada en *REDC*, núm. 47, 1996, págs. 224-225.

(8) *REDC*, núm. 81, 2007, págs. 224-225.

(9) En el antecedente 3 de la STC 168/2007 se hace constar que la demanda de amparo aludía a cierta «trascendencia», pero era sólo la referida a los resultados electorales, supuestamente trastocados con la lesión denunciada.

mos al comentar la STC 168/2007 que «acaso los recursos electorales ofrecen siempre la especial trascendencia que, cumplidas las condiciones materiales y formales de admisión, justifica un pronunciamiento de fondo» (*loc. ult. cit.*). Y seguramente así sigue siendo, aunque ahora entre esas condiciones formales está la de dedicar un apartado de la demanda a la justificación de una trascendencia que el Tribunal ya no advertirá de oficio.

Sea como fuere, lo cierto es que el arcano de la especial trascendencia y el riguroso formalismo del Tribunal han llevado ya a la inadmisión de demandas que planteaban cuestiones constitucionales de un cierto interés y alcance. Siendo el de la inadmisión de los amparos un mundo que se reduce al límite de las providencias (10) y, por tanto, sólo accesible al conocimiento de la opinión pública a través de los medios de comunicación, apenas puede contarse con poco más que indicios, pero es revelador el dato de que se haya inadmitido por carencia de «especial trascendencia constitucional» el recurso intentado contra la negativa a la inscripción de un nuevo partido político (11) o que, anticipando la doctrina de los AATC 188 y 290/2008, el interpuesto por Otegui Mondragón contra su condena por haber participado en el homenaje a un terrorista se inadmitiera por no haber satisfecho la carga consistente en justificar la especial trascendencia constitucional de la demanda (12). En esa línea, durante el cuatrimestre ahora examinado se han inadmitido otros dos recursos sobre cuya trascendencia posiblemente pueden haber pocas dudas: De un lado, el interpuesto por el Partido Comunista de las Tierras Vascas contra su disolución como partido (13). De otro, el intentado por *El Jueves* contra su condena por injurias a la Corona (14).

(10) Con todo, si bien tras la reforma no caben ya, estrictamente, los Autos de inadmisión de demandas de amparo, el Tribunal entiende que, como en el caso de los repetidos AATC 188 y 290/2008, son una forma de pronunciamiento conveniente en ocasiones. Por ejemplo, justamente, para hacer pública la inexcusabilidad de una condición procesal de admisibilidad. También, como en el supuesto del ATC 396/2008 (Sección Cuarta), de 22 de diciembre, «para explicar las razones de nuestra decisión de inadmisión» dada «la singularidad del supuesto ahora considerado [impugnación de una resolución judicial ejecutoria de una Sentencia dictada en amparo]» (FJ 1). Se trata de Autos también muy singulares, pues no van precedidos de la audiencia al Ministerio Fiscal.

(11) Providencia de la Sección Primera de 26 de marzo de 2008 (recurso de amparo 5987/2007), de la que se hizo eco *El Mundo* de 12 de abril siguiente, según se advertía en *REDC*, núm. 83, 2008, págs. 218-219.

(12) Providencia de la Sección Cuarta de 31 de marzo de 2008 (recurso de amparo 6281/2007), cuyo contenido se dio a conocer por *El Mundo* de 9 de abril de 2008 (*REDC*, núm. 83, 2008, págs. 218-219).

(13) Providencia de la Sala Segunda de 2 de diciembre de 2008 (recurso de amparo 8002/2008), reseñada, entre otros, por *El País* de 3 de diciembre de 2008.

(14) Providencia de la Sala Primera de 22 de diciembre de 2008 (recurso de amparo 4683/2008), de la que dio cuenta, entre otros, el diario *Público* de 13 de enero de 2009.

3. En materia de legitimación son de reseñar las SSTC 172/2008 (Pleno), de 18 de diciembre, y 173/2008 (Sala Primera), de 22 de diciembre (15), que vienen a hacer explícitas las razones que no se dieron en la STC 303/2005 (Pleno), de 24 de noviembre, para entender que la legitimación reconocida a un Abogado para iniciar un procedimiento de *habeas corpus* sobre la base de un apoderamiento implícito se extiende a la demanda de amparo que decida interponer en defensa del derecho a la libertad de su tácito poderdante (16). Para la mayoría del Pleno, «las singulares circunstancias concurrentes en casos como el que ahora se examina [inadmisión judicial de un *habeas corpus* intentado por un Abogado en beneficio de un extranjero expulsado del territorio nacional] explican que no pueda darse por desaparecida la situación que justifica el apoderamiento tácito inicialmente suficiente para la solicitud de *habeas corpus* a los efectos de recurrir en amparo contra una denegación de aquella solicitud que pueda considerarse lesiva del derecho a la libertad, cuya defensa está en la base misma de la institución del *habeas corpus*. La exigencia de un apoderamiento expreso para recurrir en amparo es plenamente razonable cuando la recuperación de la libertad se produce en el ámbito regido por el poder público español. Por el contrario, si la privación de libertad ha cesado como consecuencia de la expulsión del extranjero en cuyo beneficio se ha tenido por tácitamente apoderado a un Abogado para instar el *habeas corpus*, es claro que debe admitirse que ese apoderamiento tácito del Abogado subsiste para interponer un recurso de amparo en interés de ese extranjero que, como consecuencia de su expulsión del territorio español, se encuentra materialmente imposibilitado de defender por sí mismo sus derechos» (STC 172/2008, FJ 2).

Discrepan de lo anterior, en sendos votos particulares, los Magistrados Sres. Conde Martín de Hijas y Rodríguez-Zapata Pérez, quienes coinciden en subrayar la imposibilidad de encontrar un fundamento legal suficiente y explícito para la solución acordada.

4. Dos resoluciones adoptadas en este cuatrimestre abundan en la doctrina conocida en materia de personación en procesos constitucionales. Por un lado, el ATC 264/2008 (Pleno), de 20 de agosto, deniega la personación interesada por cuatro partidos políticos en el recurso de inconstitucionalidad que concluiría con la STC 103/2008 (Pleno), de 11 de septiembre, por la que se declaró inconstitucional y nula la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, «de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la

(15) Objeto de comentario *infra*, págs. 246-247.

(16) Véase la crónica publicada en *REDC*, núm. 76, 2006, págs. 220 y sigs.

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» (17). Por otro, el ATC 377/2008 (Pleno), de 25 de noviembre, deniega también, en aplicación de jurisprudencia reiterada, la personación de una mercantil en un conflicto positivo de competencia.

5. Dos Sentencias del Pleno acuerdan la inadmisión de sendas cuestiones de inconstitucionalidad en virtud de una interpretación rigurosa de las condiciones procesales. Así, la STC 140/2008, de 28 de octubre, inadmite la planteada contra el artículo 57.2 del Código Penal por no haberse indicado en el trámite de audiencia a las partes del proceso judicial cuál era el precepto constitucional posiblemente vulnerado. La Audiencia Provincial se había limitado, en efecto, a requerir el parecer de las partes sobre la pertinencia de cuestionar el artículo 57.2 del Código Penal «en cuanto a la aplicación imperativa en todo caso de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 CP» (*sic* STC 140/2008, FJ 2). Es evidente que el requerimiento no había sido muy ortodoxo, si bien no consta que las partes hubieran tenido dificultad para pronunciarse sobre el problema constitucional insinuado por la Audiencia. Con todo, el Pleno ha optado por dispensar al silencio sobre el precepto constitucional infringido el mismo tratamiento, sin matices, que merecen las cuestiones planteadas sin haber señalado a las partes el precepto legal que pretende cuestionarse. Dos silencios de alcance muy diferente para la delimitación del debate constitucional y que tradicionalmente han merecido un tratamiento distinto por parte del Pleno, más flexible en el primero de los casos. De hecho, ninguno de los precedentes citados en la STC 140/2008, FJ 2, *in fine*, se refiere a cuestiones inadmitidas únicamente por omisión de la cita de preceptos de la Constitución, sino también, y sobre todo, por error o silencio en la identificación del precepto legal sospechoso de inconstitucionalidad (18).

En la STC 141/2008, de 30 de octubre, el Pleno también inadmite otra cuestión de inconstitucionalidad relativa al artículo 57.2 del Código Penal, aunque ahora por concluir que el precepto legal era inaplicable en el proceso *a quo*. El Tribunal de apelación que planteaba la cuestión decía hacerlo a pesar de que ni la Sentencia apelada había aplicado el artículo 57.2 CP ni el apelante había

(17) Para los particulares de ambas resoluciones véase *infra*, págs. 235 y sigs.

(18) El ATC 263/2006, de 4 de julio, acordó la inadmisión por haberse requerido el parecer de las partes acerca de un precepto distinto del que luego fue cuestionado y sin hacer mención de preceptos constitucionales posiblemente infringidos. El ATC 370/2007, de 12 de septiembre, por cuestionarse otros precepto además del que fue sometido a la consideración de las partes, pero en todo caso con mención expresa de artículos de la Constitución.

interesado su aplicación, habiéndose aquietado el Ministerio Fiscal y la víctima. Como quiera, sin embargo, que el precepto es de obligada aplicación (siendo, por ello, ilegal en ese punto la Sentencia de instancia), el órgano cuestionante entendía que la Sentencia de apelación que había de dictar sólo podía moverse en la siguiente alternativa: *a)* revocar la Sentencia de instancia por entender que se imponía la absolucón; *b)* revocarla porque, admitiendo la necesidad de condenar, no podía dejar de imponer la medida del artículo 57.2 CP. Para la mayoría que suscribe la STC 141/2008, sin embargo, el órgano judicial nunca podría aplicar el artículo 57.2 CP por impedirlo la prohibición de *reformatio in peius* (FJ 5), juicio del que discrepan en sendos votos particulares los Magistrados Sres. Rodríguez-Zapata Pérez y Pérez Tremps, para quienes la justificación de la aplicabilidad del precepto por parte del órgano judicial era perfectamente razonable y suficiente a los fines del control sobre la admisibilidad de la cuestión.

Parece razonable, en efecto, que el órgano judicial hubiera tenido por determinante el dato de que el Ministerio Fiscal se hubiese opuesto a la apelación imputando a la Sentencia de instancia el error material (*sic*) consistente, precisamente, en no haber dado aplicación al precepto que ahora se cuestionaba, de manera que podía entenderse que con ello interesaba la imposición de la pena ahí contemplada, lo que descartaría una posible quiebra del principio acusatorio. Sin embargo, más allá de la razonabilidad de ese planteamiento, y aun admitiendo que el órgano judicial no pudiera dar aplicación al precepto por la razón señalada por el Pleno, es obvio que no es lo mismo inaplicarlo por ese motivo que no aplicarlo porque haya sido declarado inconstitucional. El planteamiento de la mayoría del Pleno lleva fatalmente a la consecuencia de que las normas penales excluyentes o mitigadoras de la responsabilidad penal nunca podrían ser cuestionadas ante el Tribunal Constitucional (19). Frente a ello ha de insistirse en que, aunque la consecuencia de la estimación de la cuestión (inconstitucionalidad→nulidad→inaplicabilidad) sea materialmente idéntica a la inaplicación directa por el Juez en virtud de la lógica de la prohibición de la *reformatio in peius*, el fundamento jurídico de la inaplicación sería distinto en cada caso (inconstitucionalidad de una norma nula/derogación de una norma válida). Esa sola diversidad habría de ser suficiente para justificar la viabilidad de la cuestión.

6. Sobre el alcance de la nulidad acordada con la estimación de una demanda de amparo es interesante el caso de la STC 151/2008 (Sala Segunda), de

(19) Cuestión a la que ya nos hemos referido en otras ocasiones; por ejemplo, en *REDC*, núm. 53, 1998, págs. 207-208.

17 de noviembre (20), en la que se anula la Sentencia inmediatamente causante de la infracción de derechos advertida, así como, por mera consecuencia, la Sentencia del Tribunal Supremo que había inadmitido un recurso de casación intentado contra aquélla. Pura aplicación mecánica, por tanto, del principio conforme al cual la anulación de una resolución judicial implica la de cuantas resoluciones le han seguido. Aplicación de la que discrepa en voto particular el Magistrado Sr. Conde Martín de Hijas, a cuyo juicio resulta paradójico que la inadmisión del recurso de casación no haya supuesto la extemporaneidad de la demanda de amparo y, sin embargo, tampoco se anule la Sentencia del Tribunal Supremo por haber inadmitido indebidamente aquel recurso y, en consecuencia, haber dejado de reparar la lesión cometida en la instancia. Paradoja que podría resolverse, en su opinión, atendiendo al «significado exclusivamente procesal de la Sentencia del Tribunal Supremo y [al] significado sustantivo de la nuestra», lo que permitiría la subsistencia simultánea, sin contradicción, de ambas resoluciones.

Por lo que hace al principio de subsidiariedad de la jurisdicción de amparo merece destacarse la STC 159/2008 (Sala Primera), de 2 de diciembre (21), estimatoria de un recurso de amparo interpuesto contra una denegación de medidas cautelares. También, aunque críticamente, la STC 164/2008 (Sala Segunda), de 15 de diciembre (22), en la que, pese a apreciarse la vulneración del derecho a un Juez imparcial, y si bien se ordena la retroacción de las actuaciones, no deja de afirmarse antes que la Sentencia impugnada no ha incurrido en otra lesión del artículo 24 CE (incongruencia), lo que acaso estuviera ya fuera de lugar una vez apreciado lo primero (*Juan Luis Requejo Pagés*).

II. FUENTES DEL DERECHO

1. Los vicios *in procedendo* en el proceso de formación de la ley pueden llegar a determinar su inconstitucionalidad en ciertas circunstancias. En efecto, de acuerdo con una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, las normas constitucionales y reglamentarias que regulan la elaboración de las leyes tienen un carácter instrumental respecto del pluralismo político, que es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), de modo que la «inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento

(20) De la que también se da cuenta *infra*, pág. 252.

(21) Puede verse asimismo *infra*, pág. 250.

(22) Véase *infra*, pág. 254.

legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras» [STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 1, *a*); doctrina que se reitera en la STC 97/2002, de 25 de abril, FJ 2]. Por lo tanto, para constatar si un vicio en el procedimiento legislativo puede determinar la inconstitucionalidad de la ley habrá que examinar, en primer lugar, si se ha producido o no una infracción de las normas que regulan el procedimiento de elaboración de la ley, y, en segundo lugar, en caso de apreciarse la referida infracción, habrá que valorar si pudo haber alterado o no de modo sustancial o relevante el proceso de formación de la voluntad de la Cámara (STC 97/2002, de 25 de abril).

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha declarado por primera vez la inconstitucionalidad de una ley por infracción de las normas internas del procedimiento legislativo (23). En efecto, en la STC 103/2008 (Pleno), de 11 de septiembre (24), se declaró la inconstitucionalidad, además de por motivos materiales, por un vicio *in procedendo* de la Ley del País Vasco 9/2008, de 27 de junio, 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 (FJ 5).

El proyecto de ley, que tras su paso por la Cámara se convirtió en la Ley impugnada y declarada inconstitucional, se había tramitado a instancias del Gobierno Vasco por el procedimiento en lectura única, en ejercicio de la facultad que le confiere el Reglamento del Parlamento Vasco para tramitar por dicho procedimiento, sin que sea necesaria la previa autorización parlamentaria, los proyectos de ley que por su «naturaleza» o su «simplicidad de formulación» consientan ser tramitados directamente ante el Pleno o ante una Comisión, cuando «circunstancias de carácter extraordinario y razones de urgente necesidad lo exijan» y siempre «que no afecten al ordenamiento de las Instituciones de la Comunidad Autónoma, al Régimen Jurídico de las Instituciones Forales, Régimen electoral, ni derechos, deberes, o libertades de los ciudadanos». La

(23) En la STC 155/2005, de 9 de junio, se declaró la inconstitucionalidad de una ley por razones formales, pero no por vicios o irregularidades en el procedimiento legislativo, sino por la inadecuación del procedimiento legislativo para formalizar la autorización de las Cortes Generales requerida por el artículo 94.1 CE para que el Estado pueda prestar el consentimiento para obligarse por medio de los tratados o convenios internacionales a los que se refiere el citado precepto constitucional, pues el artículo 74.2 CE establece un procedimiento parlamentario específico y diverso al legislativo para la referida autorización (véase la crónica correspondiente a la doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2005, *REDC*, núm. 75, 2005, págs. 259-262).

(24) Comentada *in extenso infra*, págs. 240 y sigs.

tramitación del proyecto de ley por dicho procedimiento implica que se somete a un debate de totalidad y seguidamente a una sola votación (art. 119 RPV).

El Tribunal Constitucional estimó que el proyecto de ley tenía «una directa incidencia» en una de las materias vedadas al procedimiento en lectura única, en concreto, al régimen electoral, dado que «es evidente la incidencia de la Ley sobre el derecho fundamental a participar en los asuntos públicos garantizado a los ciudadanos vascos en el artículo 23 CE». Esta infracción del Reglamento parlamentario, consecuencia de la inadecuación del procedimiento seguido para la tramitación del proyecto de ley, a su juicio «vicia de inconstitucionalidad la Ley», ya que «se ha impuesto a la Cámara la tramitación de la Ley impugnada a través de un procedimiento en el cual resultan notablemente limitadas las posibilidades de participación de las minorías en el proceso de elaboración de la norma, no por acuerdo unánime de la Mesa del Parlamento, sino en virtud de una decisión del Gobierno Vasco» (FJ 5).

Partiendo de la infracción procedimental que se aprecia en la Sentencia, sin embargo, quizás pueda parecer excesivamente riguroso, en atención a las circunstancias del caso, el breve razonamiento con base en el cual se anuda a aquella infracción procedimental una alteración sustancial del proceso de formación de la voluntad de la Cámara, única circunstancia que, de acuerdo con la doctrina constitucional de la que se hace eco la Sentencia, puede transmutar dicha infracción en un vicio de inconstitucionalidad formal de la ley.

En el razonamiento del Tribunal Constitucional se aduce una notable limitación de «las posibilidades de participación de las minorías en el proceso de elaboración de la norma». Esa notable limitación de las posibilidades de participación de las minorías no habría afectado en principio al examen, debate y votación del proyecto de ley, facultades de las que pudieron hacer uso en el procedimiento en lectura única, sino, esencialmente, como se reconoce de manera expresa en la Sentencia, a la facultad de enmendar el texto legislativo. Pues bien, quizás pueda resultar un juicio dotado de cierta severidad tildar en este caso de notable limitación la restricción que en sus facultades han padecido los diputados y los grupos parlamentarios en atención al contenido del proyecto de ley. En efecto, se trataba de un proyecto de ley de contenido singular que se circunscribía esencialmente a autorizar la celebración de una consulta de carácter no vinculante a los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, precisando las dos preguntas a realizar, así como su fecha de celebración. Ante el contenido singularizado del proyecto de ley puede parecer riguroso sostener que la imposibilidad de enmendar el texto haya supuesto en este caso una alteración sustancial del proceso de formación de la voluntad de la Cámara a la vista de las posturas mantenidas por los grupos parlamentarios de apoyo o de rechazo global a autorizar la celebración de la consulta.

No puede dejar de contrastarse la decisión adoptada en la STC 103/2008, de 11 de septiembre, en cuanto a la relevancia constitucional que se le confiere a la infracción procedimental detectada en la tramitación del proyecto de ley, con la doctrina de la STC 27/2000, de 31 de enero, en la que el Tribunal Constitucional confirmó la constitucionalidad, desde la perspectiva del derecho fundamental de acceder a los cargos públicos (art. 23.2 CE) y la reserva material del Reglamento parlamentario, del procedimiento excepcional establecido en los artículos 22.8 y 29.1 de la Ley del País Vasco 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos para la tramitación parlamentaria de los proyectos de ley destinados a regular por períodos plurianuales las aportaciones de los tres Territorios Históricos a la Hacienda General del País Vasco. De acuerdo con los mencionados preceptos legales, estos proyectos de ley se tramitan por un procedimiento de lectura única, en el que se impide a los grupos parlamentarios la formulación de enmiendas, permitiéndoseles únicamente la presentación de escritos en los que pueden manifestar sus motivos de discrepancia y la exposición oral de sus posturas en el Pleno de la Cámara, siendo sometido a una votación final la aprobación o el rechazo en su totalidad del proyecto de ley.

La previsión de este específico procedimiento legislativo y la restricción que en él padece la facultad de enmienda reconocida a los miembros de la Cámara con carácter general por el Reglamento del Parlamento encuentra su justificación, a juicio del Tribunal Constitucional, en la naturaleza negociada y paccionada de los proyectos de ley que establecen las aportaciones económicas de los Territorios Históricos a la Hacienda General del País Vasco, siendo las leyes que aprueban dichas aportaciones o fijan la metodología para su determinación «leyes de aprobación», es decir, «leyes que incorporan al ordenamiento jurídico con la eficacia que les es propia los contenidos de los acuerdos alcanzados entre las instituciones que integran el Consejo Vasco de Finanzas, esto es, el Gobierno Vasco y las Diputaciones Forales», cuyo fundamento último reside en la importancia capital que a los Territorios Históricos reconoce el artículo 42.a) EAPV en materia de concierto Económico. En razón de esa naturaleza negociada o paccionada de los proyectos de ley, el Tribunal Constitucional, de un lado, consideró razonable la previsión legal de su tramitación por el procedimiento de lectura única, aunque ello suponga privar al Pleno de la Cámara del ejercicio de la facultad que le atribuye el Reglamento de acordar en cada caso la tramitación de los proyectos de ley en lectura única. Y, de otro lado, descartó que la prohibición de presentar enmiendas, justificada por la naturaleza paccionada y negociada del contenido del proyecto de ley, «suponga una limitación o restricción ilegítima y desproporcionada, desde la perspectiva del artículo 23.2 CE, del

derecho de participación de los parlamentarios en la discusión y aprobación del Proyecto de Ley de adaptación de metodología de determinación de las aportaciones de las Diputaciones Forales a los presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por cuanto el procedimiento previsto en el artículo 29.1 y en las normas de procedimiento aprobadas por Resolución de la Mesa y de la Junta de Portavoces del Parlamento Vasco de 24 de octubre de 1984, que lo desarrollan, permite diferentes manifestaciones de participación y de iniciativa parlamentaria, tanto en los trámites preliminares como en el momento mismo de la decisión final sobre la aprobación o rechazo del Proyecto de Ley, suficiente para satisfacer el contenido esencial de los derechos tutelados por el artículo 23 CE» (FJ 6). En otras palabras, el Tribunal Constitucional entiende que en este caso satisfacen el contenido esencial del referido derecho fundamental las facultades previstas de participación de los grupos parlamentarios y de los diputados en la tramitación de los citados proyectos de ley, que se constriñen a la presentación por los grupos parlamentarios de escritos en los que pueden manifestar sus motivos de discrepancia con el proyecto de ley, a la exposición de sus posturas en el debate plenario y a la participación de los disputados en la votación de totalidad.

Sin desconocer las diferencias entre los supuestos que han sido objeto de la STC 27/2000, de 31 de enero, y de la STC 103/2008, de 11 de septiembre, con base en la primera de las Sentencias cabría cuanto menos cuestionar que la restricción que los miembros de la Cámara padecieron en su facultad de enmienda en la tramitación del proyecto de ley de convocatoria y regulación de una consulta popular haya supuesto una alteración sustancial del proceso de formación de la voluntad del órgano parlamentario atendidas las concretas circunstancias concurrentes en el caso.

En definitiva, en la Sentencia ahora reseñada se echa de menos un mayor desarrollo argumental en orden a acreditar en atención a las circunstancias del caso que la infracción del Reglamento parlamentario ha alterado en realidad de manera sustancial el proceso de formación de la voluntad en el seno de la Cámara, máxime cuando los miembros de ésta se aquietaron, al menos jurisdiccionalmente, a la tramitación del proyecto de ley por el procedimiento de lectura única. El lacónico razonamiento en el que se asienta en el supuesto enjuiciado la apreciación de un vicio de inconstitucionalidad formal en la ley, junto a la circunstancia de que en la Sentencia se enjuicien los reproches de orden material dirigidos a la ley antes que los formales, no pueden menos que provocar el interrogante de si la decisión hubiera sido la misma, esto es, la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la ley por vicio *in procedendo*, si no se hubieran estimado previamente los vicios de inconstitucionalidad de carácter

sustantivo aducidos por el Abogado del Estado en la impugnación de la ley (Juan Carlos Duque Villanueva).

III. ESTRUCTURA TERRITORIAL DEL ESTADO

1. Reaparece este apartado de la crónica, ausente en los últimos números de la *Revista* (83 y 84) debido a que el Tribunal no dictó ninguna Sentencia relativa a la estructura territorial del Estado en los dos primeros cuatrimestres de 2008. En el tercer cuatrimestre sí dictó algunas resoluciones en esta materia, aunque todas ellas relacionadas con la STC 103/2008, de 11 de septiembre (25), que estimó el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, «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».

El ATC 269/2008, de 11 de septiembre, se limitó a declarar la extinción del recurso de inconstitucionalidad promovido por diputados del Grupo Popular del Congreso respecto de la misma Ley por desaparición sobrevenida de su objeto, al haberse ya declarado su inconstitucionalidad en la Sentencia citada. Por su parte, los AATC 263/2008 y 264/2008, de 20 de agosto, denegaron la solicitud de personación de varios partidos políticos vascos en los dos recursos de inconstitucionalidad. Ambas resoluciones rechazan la pretensión de los partidos de comparecer en calidad de coadyuvantes basándose en la consolidada doctrina del Tribunal según la cual en los recursos de inconstitucionalidad no son posibles otras personaciones que las de los expresamente legitimados para interponer aquellos recursos, según los artículos 162.1.a) CE y 32 y 34 LOTC. La única excepción se da en las Comunidades Autónomas, cuya personación se acepta en los recursos de inconstitucionalidad de carácter competencial, por la circunstancia de que aquéllas están legitimadas para impugnar leyes del Estado que puedan afectar su ámbito de autonomía. Dado que esta circunstancia no concurre en los partidos políticos, no pueden comparecer como coadyuvantes en los recursos de inconstitucionalidad contra la Ley vasca, sin que ello genere una pretendida indefensión de los ciudadanos que aquéllos dicen representar (el Tribunal recuerda que «los partidos políticos no son representantes de los ciudadanos»), ni sea de aplicación la doctrina derivada de la STEDH relativa

(25) Véase asimismo *supra*, págs. 236 y sigs.

al caso *Ruiz Mateos contra España*, puesto que aquélla enjuiciaba un supuesto distinto (una cuestión de inconstitucionalidad) del que se da en los procesos que comentamos (dos recursos de inconstitucionalidad).

2. Centrándonos en la STC 103/2008, debe señalarse que la norma vasca declarada inconstitucional por dicha resolución es una Ley de artículo único por la que el Parlamento Vasco autoriza al Lehendakari a someter a consulta de todos los ciudadanos del País Vasco con derecho de sufragio activo dos preguntas, cuyo texto reza: «a) ¿Está Usted de acuerdo en apoyar un proceso de final dialogado de la violencia, si previamente ETA manifiesta de forma inequívoca su voluntad de poner fin a la misma de una vez para siempre?», y «b) ¿Está Usted de acuerdo en que los partidos vascos, sin exclusiones, inicien un proceso de negociación para alcanzar un Acuerdo Democrático sobre el ejercicio del derecho a decidir del Pueblo Vasco, y que dicho Acuerdo sea sometido a referéndum antes que finalice el año 2010?». El artículo señala la fecha de celebración de la consulta (25 de octubre de 2008), que se tiene por convocada por el Lehendakari el día 15 de septiembre de 2008.

En la Exposición de Motivos, la Ley se concibe como «instrumento legal y democrático para que el Pueblo Vasco pueda ejercer libremente el derecho fundamental de participación ciudadana en los asuntos de trascendencia que son de su incumbencia», invocando el artículo 9.2.e) EAPV; y se sostiene que «al no tratarse de una consulta popular por vía de referéndum en cualquiera de sus modalidades ni ser jurídicamente vinculante, a dicho proceso consultivo no le resulta aplicable la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, ni tampoco precisa, por tanto, la previa autorización del Estado para su convocatoria». La Disposición Adicional de la Ley remite el desarrollo y realización de la consulta a la Ley electoral vasca, con las adecuaciones necesarias, mientras la Disposición Final habilita al Gobierno vasco para el desarrollo y aplicación de la Ley.

El Abogado del Estado, siguiendo el dictamen del Consejo de Estado número 1119/2008, denuncia tres vicios de inconstitucionalidad: competencial (vulneración del art. 149.1.32 en relación con el art. 92.1 y 2 CE, y falta de cobertura en el art. 9.2.e) EAPV), procedimental (la Ley se aprobó por el procedimiento de lectura única, vulnerando el Reglamento de la Cámara Vasca) y material (vulneración de los arts. 1.2 y 2 en relación con el art. 168 CE). El Parlamento Vasco admitió la ausencia de título estatutario específico sobre consultas populares, pero alegó una competencia «implícita» de la Comunidad Autónoma como estructura democrática representativa, además de su competencia de autoorganización (art. 10.2 EAPV). Rechazó que la Ley se aprobara con un vicio de procedimiento determinante de inconstitucionalidad, y negó

que la pregunta formulada en la Ley entrañara el reconocimiento de un derecho de autodeterminación del País Vasco que cuestionase la soberanía del Pueblo español. Las alegaciones del Gobierno Vasco rechazan igualmente los motivos de inconstitucionalidad de la Ley con argumentos muy similares a los expuestos por la representación del Parlamento Vasco.

3. En el enjuiciamiento del vicio competencial (FFJJ 2 y 3) el Tribunal examina en primer lugar si la consulta popular prevista en la Ley impugnada responde al concepto constitucional de «consulta popular por vía de referéndum» que, según se desprende de la Sentencia, es un concepto esencialmente formal: una consulta se puede calificar como referéndum (que sería una «especie del género “consulta popular”») si el sujeto consultado es el cuerpo electoral, y se lleva a cabo a través de procedimientos electorales (censo, Administración electoral, garantías), en relación con «asuntos públicos» objeto del derecho de participación consagrado en el artículo 23 CE. En este primer paso, sin embargo, el fundamento jurídico 2 contiene unas consideraciones, a mi juicio innecesarias, sobre la participación directa y la representación política, en las que además se afirma hiperbólicamente que «nuestra Constitución garantiza [...] uno de los sistemas democráticos más plenos que cabe encontrar en el Derecho Constitucional comparado».

En segundo lugar, una vez verificado que, por sus características, la consulta prevista en la Ley vasca se encuadra en tal concepto, el Tribunal analiza cuál es la distribución de competencias prevista en el bloque de la constitucionalidad sobre esta materia (arts. 149.1.32 y 92.3 CE; art. 9.2.e) EAPV), concluyendo que la Ley impugnada vulnera el artículo 149.1.32 CE, puesto que este precepto atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre «autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum», sin que en tal materia existan competencias autonómicas «implícitas» o «inherentes». Debe destacarse que el Tribunal considera vulnerado exclusivamente el artículo 149.1.32 CE, que contiene el título competencial estatal, y no el artículo 92 CE, que establece una reserva de ley orgánica. Es cierto que en el fundamento jurídico 3 se invocan el artículo 92.3 CE y la reserva de ley orgánica para regular «las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución». Según el Tribunal, la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, es «la llamada por el artículo 92.3 CE para regular las condiciones y el procedimiento» de esas modalidades de referéndum, «siendo además la única Ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de otra reserva, añadida a la competencial del artículo 149.1.32 CE: la genérica del artículo 81 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales». Creo, sin embargo, que esta argumentación confunde títulos competenciales con reservas de ley orgánica,

en concreto, la del artículo 93.2 CE. Este precepto contiene efectivamente una reserva al legislador orgánico para regular las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución, y así lo hace la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero. Ahora bien, estas modalidades de referéndum, contrariamente a lo que se afirma en el fundamento jurídico 2 de la Sentencia, no son los únicos mecanismos de participación directa posibles en nuestro ordenamiento, a pesar del carácter excepcional que el mismo Tribunal les ha atribuido en algún pronunciamiento (STC 119/1995, de 17 de julio). Prueba de ello es que la Ley de Bases de Régimen Local de 1985, que no tiene carácter orgánico, contempla la posibilidad de que los Ayuntamientos sometan a consulta popular asuntos de competencia municipal y carácter local, previa autorización del Gobierno (art. 71); y la Ley Orgánica 2/1980 excluye expresamente de su regulación dichas consultas «a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización» (Disposición Adicional). Y también lo probarían las disposiciones de algunos Estatutos de Autonomía, incluso antes de las últimas reformas, que contemplan la posibilidad de regular y convocar consultas populares en el ámbito de sus competencias, salvando lo dispuesto en el artículo 149.1.32 CE. Estas «excepciones» harían constitucionalmente posibles las consultas populares por vía de referéndum a nivel autonómico, que no están previstas en la Constitución, y por lo tanto no se regirían por la Ley Orgánica 2/1980. En todo caso, el Tribunal concluye que la Ley impugnada es inconstitucional por vulnerar el orden constitucional de competencias, basándose en un determinado concepto de referéndum: una Ley autonómica no puede convocar una consulta popular por vía de referéndum entre el cuerpo electoral de la Comunidad Autónoma, sin autorización del Estado, con independencia de su contenido. Tal conclusión habría sido suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la Ley, pero el Tribunal entra también a enjuiciar los otros dos vicios de inconstitucionalidad denunciados por el Abogado del Estado: el material y el procesal.

En el enjuiciamiento de la inconstitucionalidad material (FJ 4), la *ratio decidendi* podría sintetizarse así: el «contenido» de la consulta afecta al «fundamento del orden constitucional», es decir, a la «identidad y unidad del sujeto soberano», y dicha afectación sólo es factible a través del procedimiento de reforma constitucional previsto en el artículo 168 CE. De lo anterior se concluye que la Ley impugnada vulnera este precepto, además de los artículos 1.2 y 2 CE, porque presupone la existencia del Pueblo Vasco como titular de un «derecho a decidir» equivalente al titular de la soberanía, que es el Pueblo español. Ahora bien, este razonamiento parte de una premisa discutible: que la consulta convocada por la Ley vasca [la pregunta b)] es «la apertura de un procedimiento de reconsideración del orden constituido que habría de concluir, eventualmente, en una “nueva relación” entre el Estado y la Comunidad Autónoma». Se trata

de una singular interpretación del precepto legal, pues la pregunta literalmente no proclama ningún sujeto soberano, ni plantea una reforma constitucional o estatutaria, ni propone una nueva relación político-constitucional entre la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Estado español al margen de la Constitución. La pregunta sólo versa sobre el *inicio de un proceso* de negociación entre partidos vascos, para alcanzar un *eventual acuerdo* entre ellos sobre el derecho a decidir del pueblo vasco, el cual sería *sometido de nuevo a referéndum* en el futuro (antes del 2010). Difícilmente puede atribuirse a dicha pregunta la vulneración directa de los artículos 1.2, 2 y 168 CE por las razones que esgrime el Tribunal, pues tal vulneración sólo podría ser potencial o hipotética, lo cual, según doctrina del propio Tribunal, no es suficiente para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal.

Al margen de lo anterior, debe señalarse que en el razonamiento para enjuiciar la inconstitucionalidad material de la Ley vasca se invoca la reciente STC 247/2007, pero la cita proviene de la STC 4/1981, en la que el Tribunal distinguió entre el principio de unidad de la Nación española, del que *parte la Constitución* porque mediante ésta se constituye en un Estado cuyos poderes emanan del pueblo español en el que reside la soberanía (arts. 1 y 2); y el principio de autonomía, que se proclama *en la Constitución*, y se refleja en una concepción amplia y compleja de ese Estado, compuesto por una pluralidad de organizaciones de carácter territorial que ejercen una parte del poder público, un poder no soberano al que llamamos autonomía (art. 137). El fundamento jurídico 4 vincula esa afirmación de la Nación española como único sujeto constituyente con el poder de reforma constitucional que, en coherencia con el anterior presupuesto, recae en las Cortes Generales, representantes del pueblo español, y en este mismo a través de referéndum. De ahí que una nueva definición del *demos*, sujeto constituyente soberano, sólo podría realizarse a través de un proceso de reforma constitucional, que actúa como una garantía de la supremacía de la Constitución, emanada del poder constituyente originario. El poder de reforma, o poder constituyente constituido, del que es titular aquel *demos*, no podría ser ejercido por un poder constituido autonómico, del que es titular sólo de una parte de ese *demos*, al que no le está permitido revisar su identidad y unidad. Se trata de una tesis conocida en la doctrina española para intentar abordar la tensión que siempre existirá entre democracia y constitucionalismo. Pero no creo que con tal argumento se pueda dar una respuesta definitiva al problema que plantean las demandas políticas, expresadas democráticamente, de una parte de la población de un Estado que quiere abandonarlo o establecer una nueva relación con él. Ello suscita un problema político (que en la Ley impugnada es sólo un futuro) para el cual la mayoría de ordenamientos democráticos no

disponen de una solución jurídica, y es evidente que la reforma constitucional no es la solución «constitucional» a dicho problema.

4. Finalmente, el Tribunal también enjuicia el denunciado vicio de inconstitucionalidad procesal, acogiéndolo con una curiosa argumentación (FJ 5) que parte de la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de las leyes por inobservancia del procedimiento legislativo. Según esta doctrina, tal inconstitucionalidad sólo se daría cuando el incumplimiento procedimental «alterase de modo sustancial el proceso de formación de la voluntad en el seno de las Cámaras». Pero a continuación el Tribunal examina si la tramitación en lectura única de la Ley impugnada ha conculcado el artículo 119.3 del Reglamento del Parlamento Vasco, llegando a la conclusión afirmativa, si bien por un motivo distinto del que, según la jurisprudencia, genera inconstitucionalidad: que la Ley enjuiciada «afecta» a una de las materias excluidas del procedimiento de lectura única por el precepto reglamentario vasco, en este caso, al derecho fundamental del artículo 23 CE. De ese incumplimiento reglamentario el Tribunal deduce un vicio de inconstitucionalidad, pero para ello vuelve a la doctrina jurisprudencial señalada, concluyendo que se ha alterado sustancialmente el proceso de formación de la voluntad de la Cámara al limitar las posibilidades de participación de las minorías en el proceso de elaboración de la norma. Sin embargo, la Sentencia no explica por qué la tramitación de una Ley de artículo único por el procedimiento de lectura única limita efectivamente tal participación (*Enric Fossas Espadaler*).

IV. DERECHOS FUNDAMENTALES

1. La exposición de las líneas generales de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales, en este cuatrimestre, bien puede empezar por las Sentencias que tienen que ver con el derecho/principio de igualdad. En la estela de la STC 84/2008 (Sala Primera), de 21 de julio, se encuentran las SSTC 122/2008 (Sala Segunda), 142/2008 (Sección Primera) y 143/2008 (Sección Primera), de 20 y 31 de octubre, en las que se niega la existencia de vulneración de los derechos a la igualdad ante la ley y a la tutela judicial efectiva de los recurrentes porque los supuestos comparados —disparidad de trato en el cobro de los salarios de tramitación entre trabajadores despedidos improcedentemente según se readmita o se indemnice— conformaban en realidad situaciones heterogéneas y no comparables.

En la última de las Sentencias citadas se contiene también una reiteración de la doctrina habitual sobre el principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley, que conduce a la denegación del amparo en este caso, pero que en los de las SSTC 160/2008 (Sala Primera) y 161/2008 (Sala Primera), de 2 de diciembre, lleva al otorgamiento del mismo, porque el órgano judicial se apartó de su doctrina consolidada dictando resoluciones dispares en supuestos de hecho idénticos, sin la motivación exigida.

En el terreno de la no discriminación destaca la STC 176/2008 (Sala Primera), de 22 de diciembre, en la que se convalidan, denegando el amparo, las decisiones de los órganos judiciales ordinarios, restringiendo el régimen de visitas a su hijo del recurrente, porque han sido adoptadas teniendo en cuenta el interés genuino, y prevalente, del menor, sin que se advierta que las mismas hayan estado influidas por un supuesto prejuicio ante la transexualidad del padre, lo que determina que se descarte que las Sentencias impugnadas hayan dispensado al recurrente un tratamiento jurídico desfavorable en el marco de sus relaciones paterno-filiales proscrito por el artículo 14 CE. Lo importante es que se declara expresamente, en el cuerpo de la Sentencia, inadmisiblemente constitucionalmente cualquier tratamiento desfavorable a una persona por su condición de transexual.

2. En la STC 169/2008 (Sala Primera), de 15 de diciembre, el Tribunal otorga el amparo, porque se acordó por el Juzgado de Instrucción un internamiento de extranjero, sin explicitar, siquiera indirectamente, qué circunstancias concurrentes en el demandante de amparo fueron tenidas en cuenta para privarle de libertad. Se infringieron los derechos a la tutela judicial efectiva y a la libertad. Los mismos derechos vulnera la Audiencia Provincial, pues puso fin al proceso sin atender al control de la legitimidad de la medida, al razonar que el recurrente ya había sido devuelto a Marruecos, lo que no le eximía de examinar si el Auto del Juzgado contenía la motivación exigible.

En las SSTC 172/2008 (Pleno) y 173/2008 (Sala Primera), de 18 y 22 de diciembre (26), se aborda, por un lado, un problema de legitimación para presentar el recurso de amparo, que, para la mayoría, hay que reconocer a un Abogado de unos inmigrantes ilegales devueltos a su país, pues estaríamos ante un supuesto de apoderamiento tácito, que fue inicialmente suficiente para la solicitud de *habeas corpus*, y que lo es ahora a los efectos de recurrir en amparo contra una denegación de dicha solicitud que puede considerarse lesiva del derecho a la libertad. No son de esa opinión los Magistrados Sres. Conde Martín de Hijas

(26) También reseñadas *supra*, pág. 232.

y Rodríguez-Zapata Pérez, que consideran en sendos votos particulares que la excepción de falta de legitimación debió haberse estimado. En el fondo del asunto ambas Sentencias reiteran la doctrina de que 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 detención) han de considerarse lesivas del artículo 17.4 CE.

3. Un supuesto interesante de otorgamiento del amparo por vulneración del derecho de reunión es el que se resuelve en la STC 170/2008 (Sala Segunda), de 15 de diciembre, en la que se revocan las decisiones de una junta electoral y la autoridad gubernativa, confirmadas por la judicial, que prohibieron la celebración de una manifestación en período electoral, razonando que la misma, organizada por un sindicato, perturbaba el mismo. Para el Tribunal, el ejercicio del derecho de reunión, del que el derecho de manifestación resulta una vertiente, debe prevalecer, salvo que resulte suficientemente acreditado por la Administración y, en su caso, por los Tribunales, que la finalidad principal de la convocatoria es la captación de sufragios, actividad ésta reservada por la LOREG a quienes se presentan a las elecciones, cosa que no ha sucedido en el supuesto analizado (manifestación reivindicativa de un sindicato policial).

4. El derecho al acceso y permanencia en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE) ha dado mucho juego este cuatrimestre, si bien, casi siempre, reiterando doctrina ya consolidada, como es el caso de la STC 118/2008 (Sala Primera), de 13 de octubre, que, en la estela de las SSTC 48/1998 y 129/2007, vuelve a decir que la exclusión de funcionarios docentes de los puestos de trabajo de una determinada convocatoria no puede fundamentarse en una mera presunción de su inidoneidad para el óptimo desarrollo de las funciones a asumir.

Una batería de Sentencias repite lo dicho en la STC 87/2008 (Sala Primera), de 21 de julio. A partir de la 121/2008 (Sección Primera), de 15 de octubre, nos encontramos con las SSTC 130/2008 (Sección Cuarta), de 27 de octubre; 131/2008 (Sección Tercera), de 27 de octubre; 132/2008 (Sección Cuarta), de 27 de octubre; 133/2008 (Sección Cuarta), de 27 de octubre; 136/2008 (Sección Tercera), de 27 de octubre; 138/2008 (Sección Cuarta), de 27 de octubre; 154/2008 (Sección Segunda), de 24 de noviembre; 155/2008 (Sección Segunda), de 24 de noviembre, y 157/2008 (Sección Segunda), de 24 de noviembre. En todas ellas no se aprecia vulneración de los derechos a la igualdad en el acceso a las funciones públicas, a la igualdad en la aplicación de la ley y a la tutela judicial efectiva, porque, tal y como se dijo en la STC 87/2008, ya citada, la

admisión a un centro de formación de otro aspirante, que también suspendió las pruebas, se debió a que éste obtuvo una Sentencia favorable a sus intereses, la existencia de soluciones diversas a iguales problemas por parte de diversos órganos judiciales está amparada por la independencia judicial, y no puede apreciarse la alegada incongruencia omisiva, puesto que en las Sentencias recurridas se expresan las razones para no aplicar a los recurrentes la nulidad de las bases declarada en la del Tribunal que intenta ponerse de término de comparación.

Más sustancia, y novedad, presenta la STC 126/2008 (Pleno), de 27 de octubre, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad, por vulneración de los artículos 23.2 y 103.3 CE, frente a la Ley de acompañamiento de 1997, en cuanto preveía unas bases de la convocatoria para ingreso como facultativo especialista de área del Instituto Nacional de la Salud en las que se excluía de las pruebas de acceso a los facultativos con plaza en propiedad. El Tribunal, para desestimar la cuestión señala, primero, que no estamos ante pruebas restringidas; segundo, que no se trata de un problema de acceso a la función pública; tercero, que el legislador puede configurar como estime conveniente el sistema de provisión, siempre que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad; cuarto, que, salvaguardados dichos principios, cabe que el legislador tome en cuenta criterios distintos dirigidos a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos, o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos, como el de asegurar un adecuado nivel de atención sanitaria (art. 43 CE); y quinto, que estamos ante una situación excepcional, en la que puede resultar razonable la adopción de un procedimiento, también excepcional, de acceso a la función pública.

5. Como de costumbre, la mayoría de las Sentencias dictadas por el Tribunal este cuatrimestre tienen que ver con diversos aspectos del artículo 24 CE. Su abundancia nos obliga a ser especialmente telegráficos, extendiéndonos solamente en el análisis de las que aparecen como más novedosas.

En el marco del derecho a la tutela judicial efectiva en general destacan las siguientes resoluciones. En primer lugar la STC 105/2008 (Sala Primera), de 15 de septiembre, en la que se califica de no fundada en Derecho una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, en recurso de suplicación, reconoció una prestación denegada en la instancia, pero en una cuantía significativamente inferior, no sólo a la pretendida por el demandante de amparo, sino a la que le habría correspondido de acuerdo con los criterios de cálculo que se derivan de lo resuelto en la Sentencia de instancia.

Sobre la investigación insuficiente o suficiente de torturas o tratos inhumanos y degradantes sufridos bajo custodia policial, y repitiendo, respectivamente, las argumentaciones contenidas en las SSTC 34/2008 (Sala Primera), de 25

de febrero, y 63/2008 (Sala Primera), de 26 de mayo, se pronuncian las SSTC 107/2008, de 22 de septiembre, y 123/2008, de 20 de octubre, ambas de la Sala Segunda. En la primera se otorga el amparo, al apreciar vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 24.1 y 15 CE, porque frente a la denuncia de torturas formulada por el recurrente no se produjo una investigación judicial eficaz, toda vez que se decidió archivar las diligencias abiertas cuando podía no haberse esclarecido suficientemente la realidad de los hechos denunciados, y existían aún medios razonablemente disponibles para despejar las posibles dudas al respecto. En la segunda se deniega el amparo, convalidando los Autos de sobreseimiento libre y archivo de diligencias, porque no concurre el presupuesto del deber de profundizar en la investigación, esto es, la existencia de sospechas razonables susceptibles de ser despejadas y, por ello, no resulta constitucionalmente exigible el desarrollo de mayor actividad instructora.

En la STC 109/2008 (Sala Segunda), de 22 de septiembre, se concede el amparo, por vulneración del artículo 24.1 CE, porque mientras que, en las Sentencias dictadas en el orden jurisdiccional penal, se declara probado que el demandado en el proceso civil fue quien ordenó la continuación de unas obras cuya paralización se ordenó cautelarmente en este proceso, la Sentencia de la Audiencia Provincial dictada en el proceso civil no considera acreditada la participación del demandado en la orden de realizar esas mismas obras, lo que es una contradicción lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo.

Un ejemplo de error patente en la determinación del material fáctico en que se asienta la decisión, vulnerador del derecho a la tutela judicial efectiva, es el que se constata en la STC 112/2008 (Sala Primera), de 29 de septiembre, con repetición de la doctrina clásica al respecto. Una resolución sobre la existencia, o no, de cosa juzgada en materia de extradición, es considerada vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo en la STC 120/2008 (Sala Primera), de 13 de octubre, también por incurrir en error patente acerca de un dato esencial para su motivación: la *ratio decidendi* de la primera decisión denegatoria de la extradición. En el mismo sentido destaca la STC 134/2008 (Sala Primera), de 27 de octubre, en la que el órgano judicial cuya resolución se recurre (Sala de lo Social) ha partido del presupuesto erróneo de que la relación laboral no está acreditada en las actuaciones, cuando lo cierto es que la Sentencia de instancia la declaró probada. Otro supuesto de error patente, con repetición de la doctrina habitual, es el que resuelve, otorgando el amparo, la STC 167/2008 (Sala Segunda), de 15 de diciembre.

Una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva es la que se aprecia en la STC 127/2008 (Sala Primera), de 27 de octubre, dado que el órgano judicial rechazó la demanda de retracto en atención a un motivo —la ausencia

de consignación del precio de venta— sin permitir la contradicción mediante previa audiencia a las partes, ni ponderar su posibilidad de subsanación. Un caso de irrazonabilidad de una resolución de un órgano judicial, lesiva de la tutela judicial efectiva, es el que se da en la STC 159/2008 (Sala Primera), de 2 de diciembre. En ella el Tribunal ampara a quien ha visto denegada su proposición de prueba, entre otras cosas por una aplicación irrazonable de las reglas referentes a la misma, que llevaron al órgano judicial a sostener que no se había propuesto el fundamento de la prueba, y que faltaba el requisito de la mención expresa de la solicitud del recibimiento a prueba, requisito inexistente en el precepto aplicado (art. 732.2 LEC), y que aquél configuró como obstativo de la tutela cautelar que se instaba.

De nuevo en la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, en la STC 163/2008 (Sala Segunda), de 15 de diciembre, se rechaza que se haya producido una vulneración del mismo porque la Sentencia de instancia está motivada, dado que el órgano judicial ha expresado con nitidez los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, y su interpretación de la legalidad no puede calificarse, sin embargo, de manifiestamente arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en error patente.

En el terreno de las notificaciones incorrectas y los emplazamientos edictales, el Tribunal se ha mostrado muy repetitivo en este cuatrimestre. Las Sentencias relevantes son la 104/2008 (Sala Primera), de 15 de septiembre, que otorga el amparo porque en un procedimiento de ejecución hipotecaria el órgano judicial no agotó los medios que tenía a su alcance para comunicar la subasta del bien a los recurrentes; la 128/2008 (Sala Primera), de 27 de octubre, que conecta el problema con el derecho a la defensa, y a ser informado de la acusación (art. 24.2 CE), en un caso en el que se intenta la notificación de un procedimiento sancionador solamente en la dirección que figuraba en el registro de vehículos, procediéndose de inmediato a hacerla por edictos, y más adelante (vía de ejecución) se notifica en el domicilio sin mayores problemas; la 150/2008 (Sala Segunda), de 17 de noviembre, que ampara al recurrente, porque el Juzgado, pese al resultado negativo de la diligencia de emplazamiento personal al demandado, no realizó las diligencias exigibles en orden a concretarlo, acudiendo de forma precipitada al emplazamiento edictal; la 158/2008 (Sala Primera), de 24 de noviembre, en la que el Juzgado de lo Social actuó defectuosamente, pues no hizo ningún esfuerzo para notificar personalmente a la demandada el inicio del procedimiento, a pesar de que obraban en autos los datos que hubieren permitido su localización, y de que ésta habría resultado posible mediante la utilización de los medios normales a su alcance; la 166/2008 (Sala Segunda), de 15 de diciembre, en la que se otorga el amparo a unos participantes en un proceso de selección no convocados personalmente al mismo, sino por medio del Diario

Oficial, en una interpretación de la LJCA y la LPC que lesiona el principio *pro actione*; y la 168/2008 (Sala Segunda), de 15 de diciembre, en la que el Tribunal ampara a la demandante frente a una actuación defectuosa del Juzgado en la práctica de los actos de comunicación procesal, que no hizo indagaciones o esfuerzos añadidos para notificar personalmente a la ejecutada en su domicilio, a pesar de que obraban en las actuaciones datos suficientes para posibilitar dicha localización.

También han sido frecuentes, en este cuatrimestre, las resoluciones del Tribunal en materia de acceso a la justicia, la mayoría de ellas reiterativas. Un primer grupo lo constituyen las SSTC 106/2008 (Sala Primera), de 15 de septiembre; 117/2008 (Sala Primera), de 13 de octubre; 171/2008 (Sala Primera), de 15 de diciembre, y 175/2008 (Sala Primera), de 22 de diciembre. Son casos de actos administrativos declarados firmes y consentidos por no haber impugnado judicialmente en su día una denegación presunta de la solicitud inicial. En todos ellos, siguiendo su doctrina, el Tribunal declara que deducir, del comportamiento pasivo del recurrente, el consentimiento con el contenido de un acto administrativo presunto, negando al propio tiempo la posibilidad de reactivar el plazo de impugnación mediante la reiteración de la solicitud desatendida por la Administración, supone una interpretación que no puede calificarse de razonable y, menos aún, con arreglo al principio *pro actione*, de más favorable a la efectividad del derecho fundamental garantizado por el artículo 24.1 CE. Otro bloque lo forman las SSTC 119/2008 (Sala Primera), de 13 de octubre, y 144/2008 (Sala Primera), de 10 de noviembre. En ellas se argumenta que los razonamientos de las Sentencias de instancia, negando la existencia de un interés legítimo de las recurrentes, que les otorgara legitimación en el proceso, por el mero hecho de no haber tomado parte en los concursos que trataban de impugnar, deben calificarse de rigoristas y desproporcionados. Excesivamente rigorista y formalista, y generadora de efectos desproporcionados, considera la STC 114/2008 (Sala Primera), de 29 de septiembre, amparando al recurrente, a una inadmisión de demanda contencioso-administrativa por defecto legal en el modo de proponerla, al no haber impugnado también la resolución del recurso de alzada administrativo. Un supuesto en el que no cumplió el Juez su deber de velar por los derechos de defensa de las partes en el seno del proceso, al inadmitir la oposición a la ejecución por tardía, al computar el plazo desde la fecha en que la demanda fue trasladada a quien había actuado como Procurador del ejecutado en el previo proceso de separación, tres años antes, pero ya no lo era, es el que se resuelve, otorgando el amparo en la STC 110/2008 (Sala Segunda), de 22 de septiembre. En la STC 135/2008 (Sala Primera), de 27 de octubre, se resuelve que la inadmisión de una demanda social por defecto de representación procesal, tras el fallecimiento del administrador solidario de la sociedad, que había

otorgado el poder para pleitos, es lesiva del derecho de acceso a la jurisdicción, pues el defecto era subsanable, y carecía de trascendencia suficiente. La STC 151/2008 (Sala Segunda), de 17 de noviembre (27), declara vulneradora del derecho de acceso a la jurisdicción la interpretación, rigorista y desproporcionada, de las normas vigentes a 10 de febrero de 2000, en el sentido de que no es eficaz la presentación del escrito de interposición de un recurso contencioso-administrativo en el Juzgado de guardia el último día del plazo establecido al efecto. Por el contrario, en la STC 153/2008 (Sala Primera), de 24 de noviembre, el Tribunal deniega el amparo contra la inadmisión de la demanda, no calificable de rigurosa o formalista, porque el Abogado no compareció a tiempo a la vista del juicio de un procedimiento abreviado contencioso-administrativo, sin hacer constar justa causa de su inasistencia, pues alegó un «error de agenda», en lo que puede considerarse como una conducta negligente. Una Sentencia que erige la presentación de un documento como es la escritura de constitución de una sociedad, traducido al castellano, en requisito de procedibilidad, y su omisión en una causa de inadmisión en un procedimiento contencioso-administrativo, realiza para el Tribunal [STC 182/2008 (Sala Primera), de 22 de diciembre] una interpretación excesivamente rigorista, y vulneradora del derecho de acceso a la justicia de la recurrente, de la norma en cuestión (art. 45 LJCA).

Otorga el amparo el Tribunal en la STC 183/2008 (Sala Primera), de 22 de diciembre, en un supuesto en el que la negativa judicial a reconocer capacidad procesal directa al recurrente y, simultáneamente, imposibilitar que pudiera suplir ese defecto de capacidad mediante la designación de un defensor judicial, por contradicción de intereses con la Administración de tutela, sin permitir tampoco la subsanación del nombramiento realizado por el órgano judicial de instancia, ha impedido de manera definitiva a un menor extranjero, con capacidad y madurez suficiente, instar el control judicial de su repatriación, lesionando de esa manera su derecho de acceso a la jurisdicción para defender intereses personalísimos. Además, es preciso tener en cuenta que en este caso se negó también la legitimación activa a una asociación codemandante y que se estaba en el marco de un procedimiento judicial para la protección de derechos fundamentales. Otra decisión de inadmisión, en la que está involucrado un menor extranjero, es la que se revisa en la STC 184/2008 (Sala Primera), de 22 de diciembre, en la que se vuelve a otorgar el amparo, pues se considera muy rigorista la interpretación del requisito del interés legítimo realizada por aquélla, dado que denegó la legitimación a una asociación entre cuyos fines estatuarios está conseguir la integración en la sociedad de menores y jóvenes, incluyendo el

(27) De la que también se ha dado cuenta *supra*, pág. 235.

ejercicio de las correspondientes acciones judiciales. Se resaltan por el Tribunal dos circunstancias a ponderar: la insistente alegación por parte del Letrado de la asociación recurrente del seguimiento que venía desarrollando en defensa de los intereses del menor; y que la Sentencia recurrida abortaba completamente la posibilidad de que se pudiera obtener un pronunciamiento judicial sobre el fondo de las vulneraciones de derechos fundamentales que se aducían en el recurso.

En el campo adyacente del acceso al recurso el Tribunal ha dictado una única resolución en este cuatrimestre [la STC 186/2008 (Sección Primera), de 26 de diciembre] en la que, con toda simplicidad, se corrige la inadmisión de un recurso porque, contra lo dicho en la resolución judicial, el escrito correspondiente sí contenía el razonamiento necesario para poder identificar el precepto infringido, a efectos del artículo 452 LEC.

En dos casos se ha pronunciado este cuatrimestre el Tribunal sobre supuestos de incongruencia omisiva. La STC 146/2008 (Sala Primera), de 10 de noviembre, otorga el amparo tras concluir que no se ha dado respuesta —ni expresa ni tácita— a una alegación fundamental de la recurrente en base a la cual pretendía el reconocimiento de su derecho a la pensión de viudedad reclamada. Lo mismo hace la STC 165/2008 (Sala Primera), de 15 de diciembre, cuando afirma que se ha dado una falta de contestación a una excepción alegada por la recurrente, lo que le ha ocasionado una falta de tutela al dejar imprejuizada una pretensión oportunamente planteada.

Un caso de libro de indemnidad es el que resuelve la STC 125/2008 (Sala Segunda), de 27 de octubre, en donde se repasa la consolidada doctrina en esta materia, y se otorga el amparo, tras constatar que la empresa no ha acreditado en el proceso hechos que, por sí mismos, permitan explicar su decisión de despedir a la trabajadora, eliminando toda sospecha de que dicha decisión pudiera constituir una represalia consecuente al ejercicio del derecho de ésta a la tutela judicial efectiva. Otra Sentencia que ampara a la recurrente es la STC 185/2008 (Sección Tercera), de 22 de diciembre. En ella se había producido una modificación en el sentido de la fundamentación jurídica de una resolución firme en un aspecto importante, al margen del sistema de recursos y remedios procesales establecidos, lo que resulta lesivo del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE.

Como de costumbre, una serie de Sentencias reproducen la doctrina de la 167/2002, de 18 de septiembre, sobre condenas en segunda instancia sin inmediación. Se trata de las SSTC 115/2008 (Sala Primera), de 29 de septiembre; 124/2008 (Sala Segunda), de 20 de octubre; 177/2008 y 180/2008 (Sección Cuarta), de 22 de diciembre. Quizás la que presente más interés sea la segunda, en la que se deniega el amparo porque la casación no implica la necesidad de

un nuevo debate contradictorio, dado que no se revisan los hechos declarados probados en instancia, de modo que no es aplicable dicha doctrina.

En el terreno de la presunción de inocencia destacan en este cuatrimestre las SSTC 111/2008 (Sala Segunda), de 22 de septiembre, en la que se deniega el amparo, tras repasar la doctrina sobre la prueba indiciaria, porque se aprecia la no irrazonabilidad de la inferencia llevada a cabo por los órganos judiciales, tanto desde el punto de vista de su lógica y coherencia, como desde la óptica del grado de solidez requerido. Otorgan el amparo, por el contrario, las SSTC 148 y 149/2008 (Sala Segunda), de 17 de noviembre, con repaso de la doctrina sobre el valor como prueba de cargo de las declaraciones de coimputados, razonando que se ha lesionado el derecho a la presunción de inocencia, puesto que la única prueba en la que se fundamentó la condena fue la declaración de un coimputado, sin que concurren factores externos o independientes a la misma que permitan estimarla como mínimamente corroborada.

El derecho a un proceso con todas las garantías queda conectado siempre en este cuatrimestre con el derecho a un Juez imparcial. Se considera vulnerado en la STC 116/2008 (Sala Primera), de 13 de octubre, porque se inadmitió a trámite, por extemporánea, una recusación formulada sólo tres días de conocer la composición de la Sala. La STC 164/2008 (Sala Segunda), de 15 de diciembre, por su parte, contiene algunas declaraciones importantes, como la de que el derecho al Juez predeterminado por la ley se lesiona, no cuando se incumplen los requisitos legales en designación o sustitución de Magistrados, sino cuando dicho incumplimiento impide a una de las partes ejercer su derecho a recusar, de lo que se deriva que la alteración de la composición de la Sala que debe adoptar una decisión en el rollo de apelación es lesiva del mismo y del derecho a un Juez imparcial. El que se tiene a un proceso con todas las garantías se considera aquí vulnerado porque por falta de traslado no ha podido defenderse la demandante de amparo respecto a la incorporación al proceso de una resolución adoptada en otra jurisdicción.

En el campo del derecho a la prueba nos encontramos primero con la STC 156/2008 (Sala Primera), de 24 de noviembre, en la que se otorga el amparo porque la prueba pericial acordada era decisiva en términos de defensa, y no llegó a practicarse por causas imputables a los órganos judiciales. Lo mismo se hace en la STC 174/2008 (Sección Cuarta), de 22 de diciembre, en un supuesto en que la denegación de una prueba no tuvo en cuenta que el elemento fáctico (si una vivienda era la residencia habitual del recurrente), para cuya acreditación se interesó la apertura del período probatorio, era absolutamente determinante en términos de defensa para la resolución del proceso contencioso-administrativo, como lo evidencia la argumentación en la que el órgano judicial ha fundado la desestimación de la pretensión actora.

6. Un supuesto de alegada lesión de diversos derechos en un procedimiento sancionador es el que resuelve la STC 113/2008 (Sala Primera), de 29 de septiembre. El Tribunal deniega el amparo porque, a su juicio, en ningún momento hubo indefensión, las resoluciones estaban suficientemente motivadas al transmitir la *ratio decidendi* de la decisión, falta una argumentación suficiente en torno a la relevancia de la prueba tardíamente practicada, y, en lo que es el núcleo de la Sentencia, no cabe acordar con el recurrente que la resolución sancionadora no exprese el tipo de infracción aplicado o que le generara una inseguridad jurídica relevante, máxime teniendo en cuenta el tipo de infracción que se le atribuía (aparcar en la acera) y la cuantía de la sanción que se le impuso (72 €).

Conectadas están las SSTC 129/2008 (Sala Primera), de 27 de octubre, y 145/2008 (Sala Primera), de 10 de noviembre. En ellas se rechaza, primero, que haya existido una vulneración de los derechos a la legalidad penal y a la presunción de inocencia de los recurrentes, porque la argumentación utilizada en las resoluciones judiciales impugnadas para calificar la conducta desarrollada por los condenados como un negocio jurídico simulado, y subsumirla dentro del delito contra la Hacienda pública, no puede tildarse de irrazonable, y por ello imprevisible para los destinatarios de la norma penal, o constitutiva de una creación judicial del delito. Tampoco se ha lesionado, para el Tribunal, su derecho a la tutela judicial efectiva porque no concurre ningún defecto de motivación desde el punto de vista constitucional en el detallado razonamiento sobre el momento en que debía comenzar el cómputo de la prescripción, ni en considerar el Auto de incoación de las diligencias previas consecuente con una querrela como un acto de dirección del procedimiento contra el querrellado apto para interrumpir el plazo de prescripción.

En la STC 162/2008 (Sala Primera), de 15 de diciembre, el Tribunal declara, en respuesta a una cuestión, la inconstitucionalidad del artículo 31.3.a) de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, por vulneración del artículo 25.1 CE, dado que aquél disponía que constituían infracciones leves el incumplimiento de cualquier otra prescripción reglamentaria no incluida en los apartados anteriores (los que tipifican las infracciones muy graves y graves). Para el Tribunal esta práctica está vedada por el artículo citado en cuanto que, aunque el precepto sancionador ostente rango de ley, no contiene los elementos esenciales de la conducta antijurídica, con lo que permite una regulación reglamentaria independiente, no sometida, siquiera en sus líneas fundamentales, a la voluntad de los representantes de los ciudadanos, en degradación de la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña.

Por su parte, la STC 181/2008 (Sala Primera), de 22 de diciembre, en un supuesto de sanción por intrusismo profesional (médico no especialista que rea-

liza operaciones de cirugía estética y reparadora), ampara al recurrente, porque la norma finalmente aplicada (Real Decreto 127/1984) no expresa, con la determinación constitucionalmente requerida, en qué consistía la infracción por la que se le sancionó.

7. Una vulneración del derecho a la libertad sindical, en relación con el derecho a la libertad de expresión, es la que repara la STC 108/2008 (Sala Segunda), de 22 de septiembre, en la que se anula una condena por falta de injurias a un trabajador que había utilizado expresiones muy duras contra su empresa en unos pasquines distribuidos a los clientes durante un conflicto laboral. El Tribunal razona que la conducta se realizó en el marco del ejercicio de las funciones inherentes a su condición de representante sindical, y que su contenido revestía un estricto interés laboral y sindical. Además, no excedió los límites constitucionales admisibles, al inscribirse en el lícito ejercicio de las libertades de expresión e información. En resumen, la condena se considera como una reacción innecesaria y desproporcionada, con un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de dichos derechos fundamentales.

Interés presenta también la STC 152/2008 (Sala Segunda), de 17 de noviembre, en la que se ampara a una Federación de Asociaciones de los Cuerpos Superiores de la Administración Civil del Estado (Fedeca), a la que le había sido negada la posibilidad de presentarse a unas elecciones sindicales, por vulneración de su derecho a la libertad sindical. La argumentación de los órganos judiciales no le parece de recibo al Tribunal. En primer lugar, porque la creación de Fedeca es el resultado del legítimo ejercicio del derecho de asociación sindical de un colectivo concreto de funcionarios públicos (los adscritos a los cuerpos superiores de la Administración Civil del Estado). En segundo lugar, porque la significación conceptual que las resoluciones impugnadas pretenden deducir contraponiendo los intereses laborales con los intereses de carácter profesional no le parece al Tribunal admisible, pues el presupuesto de profesionalidad es consustancial al fenómeno sindical. Tampoco puede razonarse que nos hallamos ante una federación, a la que no es posible afiliarse directamente, porque el artículo 28.1 CE prevé expresamente el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Por fin, la cualificación profesional de los funcionarios asociados en Fedeca (a los que el Juez define como «cuerpos de elite») no puede justificar la negación de su derecho a la libertad sindical. No puede imponérseles la tutela de sus derechos profesionales por cauces diversos a los sindicales, pues son titulares, como todos los trabajadores, con la única excepción de los miembros de Fuerzas e Institutos Armados y los Jueces, Magistrados y Fiscales mientras

se hallen en activo (arts. 1.3 y 4 LOLS), del derecho reconocido en el artículo 28.1 CE.

Una serie de Sentencias [137/2008 (Sección Tercera), de 27 de octubre, y 178 y 179/2008 (Sección Cuarta), de 22 de diciembre] se limitan a repetir este cuatrimestre la doctrina de la STC 90/2008 (Sala Primera), de 21 de julio, en el sentido de que la imposibilidad de alegar, en un concurso de méritos, el tiempo dedicado a la actividad sindical como liberado, al no haber ejercicio efectivo de funciones administrativas, supone lesión del artículo 28.1 CE (*Ignacio Torres Muro*).