

# NOTAS DE JURISPRUDENCIA

## Tribunal Constitucional (\*)

**SUMARIO:** I. CONSTITUCIÓN. A. Fuerza normativa. B. Interpretación. II. DERECHOS Y LIBERTADES. A. Derechos fundamentales y libertades públicas. B. Derechos y deberes de los ciudadanos. C. Principios rectores de la política social y económica. D. Garantía y suspensión de estos derechos. III. PRINCIPIOS JURÍDICOS BÁSICOS. IV. INSTITUCIONES DEL ESTADO. A. La Corona. B. Las Cortes Generales. C. El Tribunal Constitucional. D. La Administración Pública. E. El Poder Judicial. V. FUENTES. VI. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO. A. Comunidades Autónomas. A.1. Autonomía. B.2. Competencias. B. Corporaciones Locales. A.1. Autonomía B.2. Competencias. VII. ECONOMÍA Y HACIENDA. A. Principios generales. B. Presupuestos. C. Organización territorial. D. Tribunal de Cuentas.

## II. DERECHOS Y LIBERTADES

### A. Derechos fundamentales y libertades públicas

#### 1. Sentencia 59/2008, de 14 de mayo (BOE de 4 de junio). Ponente: Sala Sánchez (Cuestión de constitucionalidad)<sup>1</sup>

*Preceptos constitucionales:* 10, 14, 24.2

*otros:*

*Objeto:* Cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, en relación con el artículo 153.1 del Código penal.

---

(\*) Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO.

<sup>1</sup> En el n° anterior de esta Revista ya aparecía reseñada esta Sentencia, aunque de forma fragmentaria e incompleta, debido a un error del responsable de esta Sección en el manejo de sus archivos informáticos. Subsanaamos ahora ese error, con la ficha completa, al tiempo que solicitamos la indulgencia de nuestros posibles lectores.

*Materias:* Principio de igualdad. Principio de culpabilidad.

El Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia cuestiona en este proceso la constitucionalidad del art. 153.1 CP en la redacción dada al mismo por el art. 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, por entender que infringe los arts. 10, 14 y 24.2 CE al establecer una discriminación por razón de sexo que dimanaría de la definición de los sujetos activo (varón) y pasivo (mujer) en el art. 153.1 CP y de la diferencia de trato punitivo que ello supone en relación con la misma conducta cuando el sujeto activo es una mujer y el pasivo un hombre con la misma relación entre ellos que la descrita en el tipo penal cuestionado. Comenzará el TC examinando el vicio de procedibilidad y los argumentos contrarios a la admisión a trámite de la presente cuestión por considerar incumplidos algunos de los requisitos establecidos en el art. 35 LOTC. Considera el TC pertinente este examen porque la tramitación específica de admisibilidad de la cuestión del art. 37.1 LOTC no tiene carácter preclusivo: cabe apreciar en Sentencia, con efecto desestimatorio, la ausencia de los requisitos procesales y de fundamentación requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, STC 166/2007, FJ 5, y las allí citadas); el TC rechazará los argumentos a favor de la inadmisión de acuerdo con su doctrina, en cuya aplicación el trámite de audiencia se ha realizado con la observancia de los requisitos fijados en la LOTC, cumpliendo su doble objetivo de garantizar la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión judicial de tanta entidad como es la de abrir un proceso de inconstitucionalidad, y poner a disposición del Juez un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso (STC 166/1986, FJ 4); no se aprecia que la falta de cita expresa del precepto cuestionado sea suficiente motivo de inadmisión; defecto subsanado con posterioridad, lo que impide apreciar indefensión o desconocimiento del fundamento de la cuestión o del precepto en que ésta se basaba: será criterio del TC que se han cumplido los únicos requisitos exigibles en dicho trámite, como ya apreció en la STC 42/1990, sin que sobre recordar con la misma que el otorgamiento de la audiencia efectuado en forma imprecisa constituye “*un defecto que carece de suficiente entidad para ser elevado a causa de inadmisibilidad que impida el examen del fondo cuestionado si ... la indeterminación es sólo relativa, pues las partes han podido conocer el planteamiento de inconstitucionalidad realizado por el Juez y, atendidas las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales*” (FJ 2). Se aprecia por el TC que se cumplen las dos exigencias impuestas por el art. 35.1 LOTC: la aplicabilidad de la norma legal al caso y la adecuada formulación del juicio de relevancia; se considera realizado éste por el órgano de enjuiciamiento, pues en absoluto se observa “*que sea notorio que no existe el nexo causal entre la validez de la norma legal cuestionada y la decisión a adoptar en el proceso a quo*” (STC 100/2006, FJ 2). Considera al respecto el Au-

to de cuestionamiento que, de estimarse constitucional el precepto, la pena de prisión imponible al agresor tendría, en aplicación de la agravación de realización de la agresión en el domicilio común contemplada en el art. 153.3 CP, un mínimo de nueve meses y un día, mientras que si el precepto se reputara inconstitucional por vulnerar el art. 14 CE no podría aplicarse esta pena. La exposición de esta diferencia constituye un argumento suficiente de relevancia de la presente cuestión. En atención a las cuestiones planteadas por el Auto de cuestionamiento, el TC analizará en relación con el art. 153.1 CP en cuanto dispone “[e]l que por cualquier medio o procedimien-  
*to causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, ... será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año*”. La duda que suscita el órgano promotor de la presente cuestión se centra en su posible inconstitucionalidad por cuanto en relación con lo establecido en el art. 153.2 CP, se establece un trato penal diferente en función del sexo de los sujetos activo y pasivo del delito que podría ser constitutivo de una discriminación por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE y que además podría comportar una vulneración del principio de culpabilidad. La diferenciación se establecería en función del sexo y restringiría el marco de la pena imponible en sentido agravatorio. Será criterio del TC que el análisis de la cuestión suscitada exige dos precisiones previas en torno al contenido de este precepto; la primera precisión (a) se refiere a que la autoría necesariamente masculina del delito es el fruto de una de las interpretaciones posibles de los términos del enunciado legal, y a que cabría entender que también las mujeres pueden ser sujetos activos del delito; la segunda precisión (b) se refiere a la inclusión en el enunciado del art. 153.1 CP de otro sujeto pasivo alternativo, descrito como “*persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”. Por lo que se refiere a (a), estima el TC que la interpretación de que el círculo de sujetos activos del primer inciso (“el que”) del art. 153.1 CP se restringe sólo a los varones no es la única interpretación posible del mismo, en cuanto razonable. Considera el TC que no existe en un Ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí. El derecho a la libertad del art. 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo ‘*en los casos y en la forma previstos en la Ley*’: *en una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido el Código penal y en general las normas penales, estén en él enmarcadas formalmente o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del art. 81.1 CE, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de Orgánicas*” (STC 140/1986, FJ 5); considerará el TC que su punto de partida ha de ser el que aporta el órgano cuestionante, porque es el que presenta un mayor grado de diferenciación y es con ello la diferencia más incisiva con la perspectiva del principio de igualdad, dado que incluye la más severa relativa al sujeto

activo, y porque se refiere a los dos elementos personales del tipo (sujeto activo y sujeto pasivo); Sólo si esta norma resultara inconstitucional se analizaría la que deriva de la interpretación alternativa respecto del sexo del sujeto activo (tanto hombre como mujer), a los efectos de cumplir la tarea propia del TC, es decir, “*explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, por si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución*” (SSTC 76/1996 FJ 5; 138/2005, FJ 5; 233/1999, FJ 18; 202/2003, FJ 6; 273/2005, FJ 8; 131/2006, FJ 2; 235/2007, FJ 7). En relación con (b), es decir, en torno a los contornos típicos del enunciado cuestionado se refiere a su inserción en un panorama normativo complejo, en el que el inciso siguiente del art. 153.1 CP añade como sujeto pasivo a la “*persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”; con ello, queda notablemente reducida la objeción sustancial del Auto a la norma en cuestión, relativa a que se castigan más las agresiones del hombre a la mujer que es o fue su pareja (art. 153.1 CP) que cualesquiera otras agresiones en el seno de tales relaciones y significativamente las agresiones de la mujer al hombre (art. 153.2 CP). Constatada la aplicabilidad y relevancia del precepto cuestionado, delimitado éste en función de las mismas y determinado su contenido material respecto al precepto que sirve de comparación, considera el TC llegado es el momento de responder a su cuestión principal: si dicho precepto es inconstitucional en cuanto infractor de lo dispuesto en el art. 14 CE. Recordará el TC su doctrina sobre el art. 14 CE, sintetizada en la STC 200/2001, FJ 4, y recogida posteriormente, entre otras muchas, en las SSTC 39/2002, FJ 4; 214/2006, FJ 2; 3/2007, FJ 2, y 233/2007 FJ 5: dicho precepto constitucional acoge dos contenidos diferenciados: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación; cabe contemplar “*en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas*” (STC 200/2001, FJ 4). En palabras conclusivas de la STC 222/1992, “*los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas*” (FJ 6; también SSTC 155/1998, FJ 3; 180/2001, FJ 3). Por lo que se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación, “*Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discrimi-*

nación (STC 75/1983, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, FJ 5; 166/1988, FJ 2; 145/1991, FJ 2). En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe” (STC 200/2001, FJ 4); no obstante, “este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, FJ 6; 128/1987, FJ 7; 229/1992, FJ 2; 126/1997, FJ 8 ...), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación” (FJ 4). Comenzará el TC analizando la adecuación constitucional del art. 153.1 CP desde la perspectiva del art. 14 CE recordando que la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador para la que “goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática” (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; AATC 233/2004, FJ 3; 332/2005 FJ 4). Es al legislador al que compete “la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo” (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23). El hecho de que el diseño en exclusiva de la política criminal corresponda al legislador (STC 129/1996, FJ 4) y que la determinación de las conductas que han de penarse y la diferenciación entre ellas a los efectos de asignarles la pena adecuada para su prevención sea el “el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución”, demarca “los límites que en esta materia tiene la jurisdicción de este Tribunal ... Lejos ... de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma” (STC 161/1997, FJ 9). Desde esta consideración propedéutica el análisis del art. 153.1 CP por parte del TC consistirá en enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la

Constitución a la intervención legislativa. El Auto de planteamiento invoca la jurisprudencia relativa a la igualdad como cláusula general contenida en el primer inciso del mismo; será criterio del TC que es ésta la perspectiva adecuada de análisis el precepto, pues a la vista del tipo de conductas incriminadas en el art. 153.1 CP y de las razones de su tipificación por el legislador, sustentadas en su mayor desvalor en comparación con las conductas descritas en el art. 153.2 CP, no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados, requisito de la interdicción de discriminación del art. 14 CE; según el TC la diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada. Será exigencia del principio general de igualdad del art. 14 CE que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación; descartada la falta de objetividad de la norma, pues indudable resulta su carácter general y abstracto, proceden ahora los análisis de razonabilidad de la diferenciación y de falta de desproporción de sus consecuencias (FJ 10), distinguiendo lógicamente en el primero entre la legitimidad del fin de la norma (FJ 8) y la adecuación a dicho fin de la diferenciación denunciada (FJ 9), tal como se apuntaba anteriormente con cita de la STC 222/1992. La norma cuestionada como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos; su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales. Este objeto se justifica en la “*especial incidencia*” que tienen, “*en la realidad española ... las agresiones sobre las mujeres*” y en la peculiar gravedad de la violencia de género, “*símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad*”, dirigida “*sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión*”, y que tiene uno de sus ámbitos básicos en las relaciones de pareja, como advierte la Exposición de Motivos de la L 1/2004. Para el TC es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador, que no merecen mayor insistencia. La igualdad sustancial es “*elemento definidor de la noción de ciudadanía*” (STC 12/2008, FJ 5) y contra ella atenta de modo in-

tolerable cierta forma de violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja: no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad. La razonabilidad de la diferenciación normativa cuestionada —la que se produce entre los arts. 153.1 y 153.2 CP— no sólo requiere justificar la legitimidad de su finalidad, sino también su adecuación a la misma. No sólo hace falta que la norma persiga una mayor protección de la mujer en un determinado ámbito relacional por el mayor desvalor y la mayor gravedad de los actos de agresión que la puedan menospreciar en su dignidad, sino que es igualmente necesario que la citada norma penal se revele como funcional a tal fin frente a una alternativa no diferenciadora; será necesario que resulte adecuada una diferenciación típica que incluya una distinta delimitación de los sujetos activos y pasivos del tipo: que sea adecuado a la legítima finalidad perseguida que el tipo de pena más grave restrinja el círculo de sujetos activos y el círculo de sujetos pasivos; continuará razonando el TC, la justificación de la segunda de estas diferenciaciones (de sujeto pasivo o de protección) está vinculada a la de la primera (de sujeto activo o de sanción), ya que el mayor desvalor de la conducta en el que se sustenta esta diferenciación parte, entre otros factores, no sólo de quién sea el sujeto activo, sino también de quién sea la víctima; esta última selección típica encuentra ya una primera razón justificativa en la mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas, necesidad que viene amparada en la frecuencia de los hechos que se tipifican, frecuencia que constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena. Por lo que se refiere a la diferenciación relativa al sujeto activo no sólo no resulta funcional para tal protección, sino que se revela incluso como contraproducente: si la pretensión fuera sin más la de combatir el hecho de que la integridad física y psíquica de las mujeres resulte menoscabada en mucha mayor medida que la de los varones por agresiones penalmente tipificadas, o, de un modo más restringido, que lo fuera sólo en el ámbito de las relaciones de pareja, la reducción de los autores a los varones podría entenderse como no funcional para la finalidad de protección del bien jurídico señalado, pues mayor eficiencia cabría esperar de una norma que al expresar la autoría en términos neutros englobara y ampliara la autoría referida sólo a aquellos sujetos; expresado en otros términos: si de lo que se trata es de proteger un determinado bien, podría considerarse que ninguna funcionalidad tiene restringir los ataques al mismo restringiendo los sujetos típicos. Con independencia ahora de que la configuración de un sujeto activo común no deja de arrostrar el riesgo de una innecesaria expansión de la intervención punitiva, con una especificación de los sujetos activos y pasivos como la del inciso cuestionado del art. 153.1 CP no se producirá la disfuncionalidad apuntada si cabe apreciar que estas agresiones

tienen un mayor desvalor y que por ello ese mayor desvalor necesita ser contrarrestado con una mayor pena; esto último es lo que subyace en la decisión normativa cuestionada en apreciación del legislador que el TC no puede calificar de irrazonable: que las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es “*manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*”; en la opción legislativa ahora cuestionada, esta inserción de la conducta agresiva le dota de una violencia peculiar y es, correlativamente, peculiarmente lesiva para la víctima. Y esta gravedad mayor exige una mayor sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece; esta razonabilidad legislativa en la apreciación de este desvalor añadido no quiebra porque tal desvalor no haya sido considerado en otros delitos más graves; de un lado, porque la comparación no desmiente la razonabilidad en sí de aquel juicio axiológico; de otro, porque tampoco objeta el precepto cuestionado desde la perspectiva del principio genérico de igualdad, al tratarse de delitos de un significativo mayor desvalor y de una pena significativamente mayor; terminará el TC su argumentario estimando que no es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad. Recordará ahora el TC que la legitimación constitucional de la norma desde la perspectiva del principio general de igualdad (art. 14 CE) requiere, además de la razonabilidad de la diferenciación, afirmada en los dos fundamentos anteriores, que la misma no conduzca a consecuencias desproporcionadas que deparen que dicha razonable diferencia resulte inaceptable desde la perspectiva constitucional; este análisis de ausencia de desproporción habrá de tomar en cuenta así tanto la razón de la diferencia como la cuantificación de la misma: habrá de constatar la diferencia de trato que resulta de la norma cuestionada y relacionarla con la finalidad que persigue; el baremo de esta relación de proporcionalidad ha de ser de “*contenido mínimo*”, en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas,

y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las penas (STC 161/1997, FJ 12); sólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable ex principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un “*desequilibrio patente y excesivo o irrazonable ... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa*” (SSTC 55/1996, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, FJ 23); tampoco con la perspectiva de esta tercera exigencia de la igualdad merece reproche constitucional la norma cuestionada; es significativamente limitada la diferenciación a la que procede la norma frente a la trascendencia de la finalidad de protección que pretende desplegarse con el tipo penal de pena más grave (art. 153.1 CP) y frente a la constatación de que ello se hace a través de un instrumento preventivo idóneo, cual es la pena privativa de libertad. Desde el punto de vista de los supuestos diferenciados debe recordarse que el precepto más grave sólo selecciona las agresiones hacia quien es o ha sido pareja del agresor cuando el mismo es un varón y la agredida una mujer (art. 153.1 CP) y que equipara a las mismas las agresiones a personas especialmente vulnerables que convivan con el autor; reiterará el TC que podrán quedar reducidos estos casos de diferenciación si se entiende que, respecto a estos últimos sujetos pasivos, el sujeto activo puede ser tanto un varón como una mujer, pues en tal caso el art. 153.1 CP podrá abarcar también otros casos de agresiones en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron: las agresiones a persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor o la agresora. Desde el punto de vista punitivo la diferencia entre el art. 153.1 CP y el 153.2 CP se reduce a la de tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena, debiendo subrayarse, en primer lugar, que esta pena diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y, en segundo lugar, que el art. 153.4 CP incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del art. 153.1 CP pueda rebajarse en un grado “*en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho*”, si bien es cierto que esta misma previsión es aplicable también al art. 153.2 CP, lo que permite en este caso imponer una pena inferior a la mínima alcanzable a partir del art. 153.1 CP. De la variedad de recursos que pone el legislador en manos del Juez penal destaca el TC que, cuando la agresión entre cónyuges, ex cónyuges o relaciones análogas sea entre sujetos convivientes distintos a los del primer inciso del art. 153.1 CP —sujeto activo varón y sujeto pasivo mujer— y la víctima sea una persona especialmente vulnerable, dicha agresión será penada del mismo modo que la agresión del varón hacia quien es o fue su pareja femenina, que por las razones expuestas cabe entender como de mayor desvalor; asimismo, el legislador permite calibrar “*las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho*” con la imposición de la pena inferior en grado (art. 153.4 CP), que, si es privativa de libertad, coincide con la propia del art. 153.2 CP. Por lo que se refiere a la posible contrarie-

dad de la norma con el principio de culpabilidad penal; las objeciones de la cuestionante, en primer lugar, se sustentan en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad, o una situación de vulnerabilidad de la víctima; en segundo lugar, la segunda objeción relativa al principio de culpabilidad se pregunta si no se está atribuyendo al varón “*una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor*”. El TC estima que no puede acogerse la primera de las objeciones. El legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente; Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, en opinión del TC, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente; no estima el TC que se trate de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja; tampoco se trata de que una especial vulnerabilidad, entendida como una particular susceptibilidad de ser agredido o de padecer un daño, se presuma en las mujeres o de que se atribuya a las mismas por el hecho de serlo, en consideración que podría ser contraria a la idea de dignidad igual de la las personas (art. 10.1 CE), como apunta el Auto de planteamiento, se trata de que el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima. El TC tampoco estima la segunda objeción del Auto de la cuestionante, admitirá que “*la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal*” [STC 150/1991, FJ 4 a); también SSTC 44/1987, FJ 2; 150/1989, FJ 3; 246/1991, FJ 2] como derivación de la dignidad de la persona [STC 150/1991, FJ 4 b)], y que ello comporta que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal. La pena sólo puede “*imponerse al sujeto responsable del ilícito penal*” [STC 92/1997, FJ 3; también, STC 146/1994, FJ 4 b)]; “*no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal ‘de autor’ que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos*” [STC 150/1991, FJ 4 a)]; y no cabe “*la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente*” del sujeto sancionado, a si concurría “*dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia*” [SSTC 76/1990, FJ 4 a); 164/2005, FJ 6], al “*elemento subjetivo de la culpa*” (STC 246/1991, FJ 2). En aplicación de esta doctrina considerará el TC

que en los casos cuestionados que tipifica el art. 153.1 CP el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción. Aun considerando que el sujeto activo del inciso cuestionado del art. 153.1 CP ha de ser un varón, la diferenciación normativa que impugna el Auto de cuestionamiento por comparación con el art. 153.2 CP queda reducida con la adición en aquel artículo de la “*persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*” como posible sujeto pasivo del delito. La diferencia remanente no infringe el art. 14 CE porque se trata de una diferenciación razonable, fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal, que, por la limitación y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no conduce a consecuencias desproporcionadas; considera el TC que se trata de una diferenciación razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidos, y porque persigue esta legítima finalidad de un modo adecuado a partir de la razonable constatación de una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, que toma en cuenta su significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres; estimará el TC que como esta gravedad no se presume, como la punición se produce precisamente por la consciente realización del más grave comportamiento tipificado, no puede apreciar vulneración alguna del principio constitucional de culpabilidad. Se desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

*Se han producido Votos Particulares de los Magistrados Conde Martín de Hijas; Delgado Barrios; Rodríguez-Zapata Pérez y Rodríguez Arribas; la extraordinaria extensión de la STC y la de los propios VVPP, nos hacen renunciar a extractarlos.*

**2. Sentencia 76/2008, de 3 de julio (BOE de 24 de julio). Ponente: Gay Montalvo (cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas).**

*Preceptos constitucionales:* 10, 14, 24.2

*otros:*

*Objeto:* primer inciso del art. 153.1 del Código penal en la redacción dada al mismo por el art. 37 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

**Materias:** Principio de igualdad; derechos inviolables inherentes a las personas; derecho a la tutela judicial efectiva.

*(Las SSTC 76, 81 a 83 y 95 a 99, todas de 2008 siguen en su Fallo a la STC 59/2008 ya que ya fue comentada en el n.º anterior de esta Revista aunque de forma fragmentaria e incompleta, subsanados los errores cometidos, la hemos vuelto a reseñar en este número)*

**3. Sentencia 126/2008, de (BOE de 21 de noviembre). Ponente: Pérez Tremps (Cuestión de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 14, 23.2, 35, 43 y 103

*otros:*

*Objeto:* Disposición adicional vigésima, uno, de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social

*Materias:* Acceso a la función pública; los requisitos de mérito y capacidad; las posibilidades de excepcionarlos o complementarlos, en situaciones asimismo excepcionales.

El objeto de esta cuestión de inconstitucionalidad es determinar si vulnera los arts. 14 y 23.2 CE, en relación con el art. 103 CE, la previsión del apartado primero de la disposición adicional vigésima de la Ley 66/1997 de medidas fiscales, administrativas y del orden social, al establecer que en las bases generales para la convocatoria de las pruebas selectivas para ingresar en la categoría de facultativo especialista de área del Instituto Nacional de la Salud que han de celebrarse por concurso-oposición durante 1998, los aspirantes no podrán ostentar nombramiento en propiedad de la misma categoría y especialidad dentro del Sistema Nacional de Salud, sin que proceda extender la cuestión planteada al inciso contenido en la citada disposición adicional de que las bases generales de la convocatoria deben determinar *el número de plazas que será independiente al número de plazas convocadas a concurso de traslados*. Es doctrina reiterada del TC que *aún siendo cierto que el art. 39.1 LOTC permite extender, en su caso, la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos impugnados a otros de 'la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley', sin embargo, ésta es una atribución que la Ley hace única y exclusivamente en favor de este Tribunal y no como una habilitación a las partes del proceso constitucional para ampliar el objeto de un proceso que viene delimitado desde la instancia* (STC 81/2003, FJ 7); el órgano judicial ha limitado su cuestionamiento y el juicio de relevancia al inciso referido a la exclusión de los facultativos que ostentaran nombramiento en propiedad, por lo que a esta concreta previsión

queda restringida la posibilidad de pronunciamientos, según doctrina reiterada de este Tribunal. Al quedar excluido de la posibilidad de realizar el concurso-oposición a los facultativos que ostentaran la plaza en propiedad, se argumenta que esta exclusión podría resultar contraria al derecho a la igualdad de los facultativos que ostenten nombramiento en propiedad en el desarrollo de sus funciones públicas, consagrado en los arts. 14 y 23.2 CE, en relación con el art. 103 CE, por ser distintas las plazas ofertadas por concurso-oposición y por concurso de traslado; también porque la exclusión sitúa a los facultativos titulares en una posición de desigualdad respecto del personal interino y de terceros ya licenciados, a quienes se permite participar en el concurso-oposición, generando un trato desigual que no se fundamenta en criterios de mérito y capacidad; solución, además, que no responde a razones de organización y de eficacia, ya que no se justifica que la eficacia del servicio quede mejor garantizada mediante la continuidad del personal interino que con la ocupación de las plazas por quienes accedan a las mismas desde su condición de especialistas propietarios de otras. Considerará el Tc que la cuestión suscitada debe realizarse exclusivamente desde la perspectiva del art. 23.2 CE, en relación con el art. 103.3 CE; es criterio reiterado del TC que cuando se alega simultáneamente la vulneración de los arts. 14 y 23.2 CE, las supuestas violaciones de aquél quedan subsumidas en las más concretas de éste (por todas, STC 87/2008, FJ 3); no menos reiterado ha sido el criterio del TC, en cuya virtud, las garantías derivadas de art. 23.2 CE son de aplicación al personal que mantiene una relación estatutaria en el ámbito del Sistema Nacional de Salud (por todas, STC 99/1999), comprendiendo no sólo el acceso a la función pública sino también el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa (por todas, STC 87/2008, FJ 3). A tenor de la doctrina del TC el art. 23.2 CE consagra un derecho de configuración legal, lo que entraña una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE), los cuales sólo pueden preservarse y establecerse mediante la intervención positiva del legislador (por todas, STC 30/2008, FJ 6); en no menores ocasiones, se ha puesto de manifiesto que es diferente el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa; en el segundo supuesto, cabe tener en cuenta otros criterios distintos tendentes a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos (por todas, STC 30/2008, FJ 5). Ya el TC en relación con las pruebas restringidas ha establecido en que el art. 23.2, en relación con el 103.3 CE, contiene un derecho a la no restricción injustificada de las condiciones de acceso, conforme al cual queda prohibida la integración automática de determinados grupos en la función pública y las llamadas *pruebas restringidas* para el acceso a la

función pública (por todas, STC 73/1998, FJ 3); no cabe considerar como pruebas restringidas aquellas a las que puedan presentarse aspirantes que nunca hubieran desempeñado puestos en régimen de interinidad (por todas, STC 83/2000, FJ 4), al tiempo que de cualquier modo, *no cabe excluir que, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la Ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración* (por todas, STC 12/1999, FJ 3). Considerará el TC que en el presente caso no se está propiamente ante pruebas restringidas, ya que la norma impugnada no reserva en exclusiva la participación en el concurso-oposición a quienes venían ocupando con carácter interino las plazas a convocar; ésta está abierta a cualquier persona que cumpla los requisitos comunes y de titulación establecidos en la misma. Para el TC resulta plenamente congruente, con el propio sistema de provisión de vacantes que quienes ya son titulares en propiedad de una plaza de la categoría y especialidad convocadas, no puedan concurrir a un proceso selectivo dirigido a cubrir plazas de la misma condición que aquellas cuya titularidad ya ostentan; la vertiente del art. 23.2 CE afectada es, por tanto, la vinculada con el desarrollo o promoción dentro de la función pública. La norma impugnada significa, sin duda, para el TC, un desconocimiento del tradicional sistema de cupos consagrado normativamente para el acceso a las vacantes producidas en el seno del Sistema Nacional de Salud mas ello no le resulta, en sí mismo, contrario al art. 23.1 CE, ya que, siendo un derecho de configuración legal, el legislador puede configurar como estime conveniente el sistema de provisión. Recordará el TC que ya había establecido que *el funcionario que ingresa al servicio de una Administración pública se coloca en una situación jurídica definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno y otro instrumento normativo, sin que en consecuencia pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso* (STC 293/1993, FJ 3); para el TC las Administraciones públicas disfrutaban de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el estatuto del personal a su servicio; la discriminación entre estas estructuras que son creación del Derecho y pueden quedar definidas por la presencia de muy diversos factores, de existir, únicamente derivará de la aplicación por la Administración de criterios de diferenciación que no resulten objetivos ni generales (por todas, STC 330/2005, FJ 4). Según el TC la decisión legislativa impugnada tampoco supone una situación de desigualdad de trato respecto de los facultativos interinos, ya que 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.

Paratirá en este caso el TC de la existencia de un interés constitucionalmente protegido como es que se asegure, mantenga y facilite el acceso a un mayor y adecuado nivel de atención sanitaria (art. 43 CE), que puede resultar preeminente, de acuerdo con el margen de apreciación que corresponde al legislador; una medida como la prevista en la disposición adicional examinada puede estimarse adecuada a la finalidad y proporcionada respecto de los bienes constitucionalmente protegidos, encontrando su fundamento en la mejora de las condiciones organizativas y de la propia eficacia del Sistema Nacional de Salud así como en la protección de otros bienes constitucionales, como son el derecho a la protección de la salud, cuya tutela corresponde a los poderes públicos *a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios* (art. 43.1 y 2 CE); sin olvidar tampoco la efectividad del derecho al trabajo y la promoción a través del mismo (art. 35.1 CE) de quienes no ostentan plaza en propiedad. Apreciará el TC que se trata de una situación excepcional; para el TC ante la concurrencia de circunstancias excepcionales pueda resultar razonable la adopción de un procedimiento, no menos excepcional, de acceso a la función pública mediante la articulación de un sistema de provisión de plazas que, sin vulnerar los principios de igualdad, mérito y capacidad, dé entrada a otros criterios, ante la necesidad de contar con personal especializado para asegurar y mantener el nivel de atención sanitaria de la población con la finalidad de lograr una prestación más eficaz de los servicios sanitarios; asin que pueda olvidarse que al colectivo de facultativos excluidos de participar en el concurso-oposición impugnado se le ofrece la posibilidad de acceder a otras plazas por el sistema de concurso de traslado; tampoco el derecho a la promoción profesional de los funcionarios públicos, indudablemente incluido en el art. 23.2 CE, puede alcanzar tal extensión que llegue a determinar cuáles hayan de ser los concretos puestos de trabajo que hayan de incluirse para su provisión por un concreto procedimiento en detrimento de cualesquiera otros puestos en marcha por la misma Administración pública. En conclusión, el inciso cuestionado no vulnera los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que, para el acceso a la función pública, se recogen en el artículo 23.2, en conexión con el artículo 103.3 CE.

**4. Sentencia 129/2008, de 27 de octubre de 2008 (BOE de 21 de noviembre). Ponente: Casas Baamonde (Recurso de amparo).**

*Preceptos constitucionales:* 24.2, 25.1

*otros:*

*Objeto:* Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 643/2005, de 19 de mayo, desestimatoria del recurso de casación contra la Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de julio de 2003

(procedimiento abreviado 49-2000), condenatoria por delito contra la hacienda pública.

*Materias:* Tutela judicial efectiva; principio de legalidad penal

El recurrente ha sido condenado a, entre otras, una pena de nueve meses de prisión por la autoría de un delito de defraudación a la hacienda pública; en su demanda de amparo alega que no ha quedado probado el carácter simulado de la compraventa que instrumentaría la conducta defraudatoria que se le atribuye; invocará vulnerado su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), y también, en segundo lugar, el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), puesto que considera que se ha subsumido su comportamiento como delito fiscal sin que concurra el elemento típico de la ocultación o de infracción de deberes tributarios, para apoyar su alegación trae en su defensa la doctrina de la STC 120/2005, así como que el delito había prescrito (arts. 24.1 y 25.1 CE), citando la STC 63/2005 y al entender que el Auto de admisión de la querrela que da lugar al procedimiento se habría dictado con aquel plazo ya cumplido; en consecuencia se solicita la anulación definitiva de las Sentencias impugnadas, así como el cuestionamiento del art. 132.2 del Código penal (CP), regulador de la interrupción de la prescripción. Según el TC las dos primeras quejas de la demanda abordan la misma cuestión desde dos perspectivas constitucionales diferentes; en ambas se impugna la calificación judicial como negocio simulado de la compra por parte de la sociedad Pinyer, S.A., de la totalidad de las acciones de la sociedad Círculo de Management y Control, S.A.; en las dos quejas se considera que en ello reside la clave bien del sentido inculpativo del relato de hechos probados, bien de su subsunción como conducta de defraudación tributaria. Para afrontar la cuestión considerará el TC que procede, en primer lugar, delimitar cuál es la perspectiva constitucional pertinente; no se trata en rigor de la constatación de unos hechos a partir de las pruebas practicadas, o de la inferencia de unos hechos a partir de otros, sino de la valoración del sentido de los mismos en orden a su subsunción o no en la formulación típica que formaba parte de la acusación (la del art. 349 del Código penal de 1973). Los hechos atinentes a las operaciones societarias y mercantiles realizadas por las dos sociedades implicadas no son objeto de discusión como tales a partir de las pruebas practicadas; lo que se discute en realidad es si cabe calificar los mismos como constitutivos de una *defraudación a la hacienda*, en el sentido del art. 349 del Código penal de 1973; es decir si la interpretación de la norma aplicada y la subsunción de los hechos en la misma, es la adecuada, cuestión que analizará el TC desde la perspectiva del art. 25.1 CE. Recordará el TC que el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de tales conductas; se quebrará así el derecho cuando la conducta enjuiciada sea subsumida de un modo irrazonable en el tipo pe-

nal que resulta aplicado, bien por la interpretación que se realiza de la norma, bien por la operación de subsunción en sí; cuando ello ocurra la condena resulta sorpresiva para su destinatario y la intervención penal es contraria al valor de la seguridad jurídica, fruto de una decisión judicial que rompe el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6). Sostendrá el Tc que en el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios está constituido por el respeto al tenor literal de la norma, *pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios. Este respeto no garantiza siempre una decisión sancionadora acorde con las garantías esenciales de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad, pues, entre otros factores, el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas, STC 111/1993), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad (ya en la STC 62/1982; STC 53/1994). Debe perseguirse, en consecuencia, algún criterio añadido que, a la vista de los valores de seguridad y de legitimidad en juego, pero también de la libertad y la competencia del Juez en la aplicación de la legalidad (SSTC 89/1983; 75/1984; 111/1993), distinga entre las decisiones que forman parte del campo de decisión legítima de éste y las que suponen una ruptura de su sujeción a la ley ... La seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como en su razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica... Dicho de otro modo, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustentan en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios” (STC 137/1997, FJ 7; también, entre otras, SSTC 189/1998, FJ 7; 13/2003, FJ 3; 138/2004, FJ 3; 242/2005, FJ 4; 9/2006, FJ 4; 262/2006, FJ 4). Considerará el Tc que no le compete la determinación de la interpretación última, en cuanto más correcta, de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principios constitucionales; así como tampoco la demarcación de las interpretaciones posibles de tal enunciado; será constreñida su función a evaluar la sostenibilidad constitucional de la concreta interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales; sostenibilidad que no puede referirse sino al respeto a los valores de la seguridad jurídica y de la autoría parlamentaria de la definición de los*

delitos y las penas, traducido en la razonabilidad semántica, metodológica y axiológica de la interpretación judicial de la norma y de la subsunción legal de los hechos en la misma; podrá ser objeto del análisis del Alto Tribunal la motivación judicial de tales interpretación y subsunción, pero no la argumentación del recurrente en favor de una interpretación alternativa, que sólo podrá ser tomada en cuenta en la medida en que incida en la irrazonabilidad de la interpretación judicial impugnada. El TC no constata la objeción constitucional que ex art. 25.1 CE opone la demanda a la interpretación judicial realizada y a la subsunción consecuente a la misma; el entendimiento de que concurre una defraudación típica — una conducta con *un cierto componente de engaño*, según la Sentencia de instancia,— lo sustentan las resoluciones impugnadas en que el negocio de compraventa realizado tiene componentes de simulación, detectadas a partir de la falta de lógica económica de la operación más allá de lo que pueda suponer el impago de tributos, de una parte; de otra, a partir del concurso de una sociedad con importantes y pretéritas bases impositivas negativas; inisistirá, por eso, la Sentencia de casación en que el artificio, y con él el engaño, y con él la defraudación, consiste en la utilización de un tipo de negocio jurídico sin su causa propia, y sin causa alguna que no sea la elusión de impuestos. Esta comprensión de que concurre una defraudación penalmente típica por las características del negocio practicado, carente del equilibrio de contraprestaciones propio de la compraventa, por la índole peculiar del adquirente, y por el resultado final de impago de tributos, podrá resultar expansiva a los ojos del recurrente pero no puede tildarse de irrazonable y por ello imprevisible para los destinatarios de la norma penal o constitutivo de una creación judicial del delito; según el TC ni cae fuera del campo semántico del verbo *defraudar*, que puede llegar a comprender la utilización de figuras jurídicas al margen de su finalidad propia y con causa en la elusión del pago de impuestos, ni es tampoco el fruto de un razonamiento ilógico o ajeno a las pautas interpretativas asentadas en la comunidad jurídica, sin que en ningún caso lo sea el que se condicione de este modo la juridicidad de ciertas operaciones mercantiles y no revela desde luego la utilización de valores o principios contrarios a la Constitución. Acudirá ahora el TC a analizar el sustento argumental del recurrente en atención a la STC 120/2005, recordará el TC que en aquella Sentencia se afirmaba que la figura del fraude de ley no puede utilizarse legítimamente para afirmar la tipicidad de una conducta que formalmente se situaba fuera de las fronteras del tipo aplicado; siendo así constitucionalmente reprochable que se sancione con la pena propia de una conducta típica lesiva de un bien jurídico la lesión del mismo bien jurídico a través de una conducta atípica; trayendo en su apoyo la STC 75/1984, la exigencia de tipicidad *se vería soslayada ... si, a través de la figura del fraude de Ley, se extendiese a supuestos no explícitamente contenidos en ellas la aplicación de normas que determinan el tipo*” (FJ 5). Y en frase conclusiva de la STC 120/2005, también para la utilización de la figura del fraude de ley respecto de las normas no penales que se integran en la norma penal, *“la utilización de la figura del*

*fraude de ley —tributaria o de otra naturaleza— para encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne per se los requisitos típicos indispensables para ello constituye analogía in malam partem prohibida por el art. 25.1 CE (FJ 4); negará, sin embargo, el TC que en esta última Sentencia se llegara a la conclusión de que en el caso enjuiciado en ella no podía hablarse de simulación. Sostendrá el TC que en su Sentencia 120/2005 se limitó a constatar que [n]i en una ni en otra Sentencia se consideró ... acreditada la existencia, pretendida en todo momento por las acusaciones, de negocio simulado alguno, ni, por lo tanto, de engaño u ocultación maliciosa de cualquier género por parte de los acusados (FJ 5), y que, además, el Tribunal de apelación consideró que se había producido un fraude de ley tributaria, y que “la utilización de un fraude de ley tributario, como mecanismo para eludir el pago de un tributo, integra la acción definida por el tipo de defraudar” (FJ 5); es criterio ahora del TC que la STC 120/2005 se limitó a afirmar que la argumentación judicial en la interpretación de la norma aplicada y en la subsunción de los hechos probados en la misma no tenía la razonabilidad suficiente como para salvaguardar el valor de la seguridad jurídica que informa el derecho a la legalidad penal, pues la exigencia de previsibilidad de una condena a título de delito fiscal no queda satisfecha en aquellos supuestos en que dicha condena venga fundamentada exclusivamente en un comportamiento calificable como fraude de ley tributaria (FJ 6). Para el TC resulta, a todas luces, diferente el objeto de la presente Sentencia, que no es el enjuiciamiento penal de unos hechos, sino la argumentación de unas resoluciones judiciales a las que se les reprocha la sorpresiva catalogación penal de una conducta como típica del delito de defraudación fiscal; la conclusión penal final de las mismas de que se ha producido una conducta defraudatoria en el sentido del art. 349 del Código penal anterior no se sustenta ya, como en el objeto de la STC 120/2005, en la simple consideración de que se ha realizado un negocio jurídico en fraude de ley, consideración que ahora expresamente se niega, sino en la apreciación de que la compraventa de acciones efectuada tiene componentes de simulación que hacen que la conducta de su promotor reúna todos los caracteres típicos del delito de defraudación tributaria, concluirá así el TC: el objeto de esta Sentencia y de la STC 120/2005 son diferentes porque diferente es el razonamiento interpretativo y subsuntivo de las resoluciones impugnadas; por lo que se refiere a la tercera de las alegaciones sostenidas por el recurrente, relacionada con la decisión judicial de negar la prescripción dos son, para el TC las cuestiones y de índole bien diferente: la primera alegación de la queja invoca sólo el derecho a la tutela judicial efectiva y se refiere al hecho de que el *dies a quo* del plazo de prescripción haya sido fijado en casación por el Tribunal Supremo y no en instancia por la Audiencia Provincial; la segunda, añade como vulnerado el derecho a la legalidad penal (STC 63/2005) pretendiendo que es irrazonable negar que el acto de interrupción judicial de la prescripción acaeció con aquel plazo ya vencido. Recordará el TC, al respecto que, en casos de anulación de sentencias absolutorias con retroacción de actuaciones se puede o bien impugnar en amparo directamente dicha decisión, sin in-*

*currir en falta de agotamiento, o bien esperar a que se dicte la nueva decisión por si la misma fuera absolutoria, sin incurrir en extemporaneidad (STC 149/2001)” y que en tales casos “este Tribunal no ha objetado la tempestividad de la interposición del recurso de amparo tras la celebración de la nueva vista y el dictado de las posteriores resoluciones que ponían fin definitivamente al procedimiento judicial (así, STC 249/2005) (STC 23/2008, FJ 2).* Entrando de lleno en la cuestión sustantiva el TC considera que en torno a la decisión de prescripción centra su argumentación el recurrente en la falta *de toda mención explícita y motivación* en la Sentencia de instancia acerca de la determinación de la fecha de comisión de delito, y en la imposibilidad procesal de que sea el Tribunal Supremo el que proceda a tal determinación *usurpando las competencias en materia de valoración de la prueba*; el TC no acoge dichos argumentos; considerará que tacha constitucional se alega para avalar que el Tribunal Supremo no pueda fijar el momento de comienzo del cómputo del plazo de prescripción: qué vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra en ello o qué garantía esencial del proceso se echa en falta, se preguntará el TC. Afrontará ahora el TC la principal objeción al modo en el que los órganos judiciales negaron la prescripción del delito, es decir, a la afirmación de que la misma interrumpió su plazo con el Auto de incoación de diligencias previas; esta consideración, a juicio del recurrente, supone extender el art. 114 del Código penal anterior *más allá de su tenor literal y, sobre todo, de sus bases axiológicas*, porque no puede entenderse que dicho Auto *dirija el procedimiento contra el culpable* por su falta de contenido material y de fundamentación jurídica. Recordará el TC su doctrina de el análisis constitucional de las decisiones que niegan la prescripción de un delito se rige por los parámetros propios del derecho a una tutela judicial efectiva, reforzada, en su caso, cuando lo que esté en juego sea una pena privativa de libertad, por la implicación del derecho a la libertad (STC 29/2008, FJ 7); este análisis se concreta en cuanto análisis de que se ha dispensado una tutela efectiva, en comprobar que la resolución impugnada esté motivada y sustentada *en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurra en error patente* (por todas, SSTC 63/2001, FJ 7; 63/2005, FJ 3); exigirá, además, el TC la comprobación, en segundo lugar, que la decisión judicial sea *conforme* con el derecho a la libertad (STC 24/2005, FJ 3), *compatible* con él (STC 196/2005, FJ 4): que exprese o trasluzca *una argumentación axiológica que sea respetuosa* con su contenido (SSTC 63/2005, FJ 3; 34/2008, FJ 3), lo que en materia de prescripción del delito comporta que *sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución* (SSTC 63/2001, FJ 7; 11/2004, FJ 2; 63/2005, FJ 4), con la finalidad de la evitación de la inseguridad que para los ciudadanos supone la latencia de la amenaza penal y con la provisión de una actuación penal *seria, rápida y eficaz, a fin de lograr satisfacer las finalidades de prevención especial que se le atribuyen* (STC 63/2005, FJ 4). Será criterio del TC que la aplicación de este canon a las Sentencias recurridas comporta la desestimación de la queja; la STS explica que *según la interpretación del artículo*

132.2 del Código penal que viene realizando la última línea jurisprudencial de esta Sala, “la resolución judicial que acuerda incoar diligencias previas interrumpe la prescripción ... ya que lo relevante es la existencia de una resolución judicial que reviste la forma de Auto, en cuanto que tiene antecedentes de hecho, fundamentos jurídicos y parte dispositiva y contra el mismo cabe el recurso de reforma. Este Auto contiene la decisión judicial de investigar el hecho y perfilar la participación del denunciado o querellado, sin que se pueda mantener, en estos tiempos, que la única forma de dirigir el procedimiento contra el culpable pase necesariamente por un procesamiento o por su imputación formal en el momento de la calificación de los hechos (FD 10.8). Será criterio del Tc que no concurre falta de motivación, error fáctico o ausencia de norma, sino tampoco irrazonabilidad manifiesta en la catalogación de un Auto de incoación de diligencias previas consecuente con una querrela como acto de dirección del procedimiento contra el querellado, máxime si se tiene en cuenta (ex STC 63/2001) que la norma aplicada no especifica la calidad ni la intensidad de la conexión requerida entre las actuaciones procesales y quien finalmente resulta condenado para dar por interrumpida la prescripción (FJ 9), constatándose, al tiempo que, que esta interpretación del inciso desde que el procedimiento se dirija contra el culpable (art. 114 del Código penal anterior) y la subsunción del citado Auto en el mismo no desconocen las finalidades de la institución de la prescripción de preservación de la seguridad y de las funciones de la sanción penal Se deniega el amparo solicitado.

#### IV. INSTITUCIONES DEL ESTADO

##### B. Las Cortes Generales.

##### 1. Sentencia 101/2008, de 24 de julio (BOE de 19 de agosto). Ponente: Rodríguez Arribas (Recurso de inconstitucionalidad).

*Preceptos constitucionales:* 23.2; 66.1; 67.2; 159.1 y 165.

*otros:*

*Objeto:* nuevo apartado 7 del art. 184 del Reglamento del Senado, introducido por el artículo único de la Reforma de dicho Reglamento aprobada el 21 de noviembre de 2007.

*Materias:* Competencias del Senado en la elección de los magistrados del TC.

Se considera inconstitucional el precepto reformado por una serie de motivos, el primero de ellos se encuentra directamente vinculado con los repro-

ches de inconstitucionalidad formulados en el recurso núm. 6729-2007, resuelto por la STC 49/2008 (*véase nuestro comentario en el número anterior de la Revista*), al art. 16.1 LOTC en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, al segundo párrafo de aquél: la vulneración del art. 159.1 CE y de la específica reserva de Ley Orgánica, contenida en el art. 165 CE, así como de otros preceptos constitucionales como los arts. 66.1, 67.2 y 23.2 CE.. Frente a sus argumentos se estima que la citada STC 49/2008 ya los ha examinado y rechazado especialmente en sus fundamentos jurídicos 6 a 17 lo que conduciría directamente a la desestimación de los mismos. Considerará el TC que el Reglamento del Senado es susceptible de un juicio de constitucionalidad, así como que la cuestión debatida no es otra sino la relativa a las facultades que al Senado corresponden en orden a la elección de cuatro de los miembros del Tribunal Constitucional; se entiende que tales límites se encuentran en el art. 72.1 CE, en cuanto expresión de la autonomía reglamentaria de la Cámara; en el art. 159 CE; considerando el Tc que habrá de atenderse a los requisitos de elegibilidad, capacidad e independencia exigidos a los Magistrados que se derivan de los restantes apartados del citado precepto constitucional y, por último, en el art. 165 CE, en cuanto contiene una remisión expresa al legislador orgánico para la regulación del Tribunal Constitucional. En atención a su doctrina de la STC 49/2008 y, en concreto a los FFJJ 15 y 16 considerará el TC que procede desechar la vulneración de los arts. 72.1 y 165 CE; así como en lo relativo a las diversas infracciones constitucionales relacionadas con la posición institucional del Senado (FJ 17 STC 49/2008) al cual se remite; se descartará, asimismo, por remisión a la STC 49/2008, las tachas de inconstitucionalidad relacionadas con las facultades y el estatuto de los Senadores (arts. 67.2, 23.2 y, por extensión, art. 23.1 CE), dado que las mismas han de entenderse resueltas por la doctrina mencionada (FJ 19 STC 49/2008). Por lo que se refiere a las alegaciones de los Senadores recurrentes específicamente dirigidas contra el nuevo apartado 7 del art. 184 RS, considerará el Tc que el citado precepto supone la concreción del régimen jurídico de la participación de las Asambleas autonómicas en el procedimiento de elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional que han de ser elegidos por el Senado, es decir, lo que en la STC 49/2008 ya se denominó (fundamento jurídico 9) la segunda fase o momento en la elección de los miembros del Tribunal Constitucional que corresponden al Senado. Considerad el Tc que el contenido de este debatido precepto ha de ponerse en conexión con el art. 159 CE en cuanto constituye su parámetro de constitucionalidad a fin de comprobar si efectivamente se produce el desapoderamiento del Senado de una de sus funciones constitucionales o, si por el contrario, la regulación cuestionada ha de entenderse ajustada a lo que dispone el art. 159 CE. El TC rechaza la primera tacha de inconstitucionalidad de los recurrentes referida a que el precepto impugnado impide al Senado descartar candidatos presentados por los Parlamentos autonómicos que no reúnan los requisitos constitucional y legalmente establecidos para ser nombrados Magistrados del Tribunal

Constitucional; el propio precepto impugnado claramente deja en manos de la Cámara Alta la facultad de controlar que los candidatos presentados por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas cumplen los requisitos exigidos. Las cuestiones que considera el TC deben ser analizadas serán: la apertura del plazo para la presentación de candidaturas por los Parlamentos autonómicos; la elaboración, a partir de tales candidaturas, por la Comisión de Nombramientos del Senado de una propuesta que incluya tantos candidatos como puestos a cubrir a fin de que la misma sea sometida a la aprobación del Pleno y, en tercer lugar, la facultad conferida a dicha Comisión a fin de que pueda proponer candidatos distintos de los propuestos en sede autonómica, en el caso de que no se hubieran presentado en plazo candidaturas suficientes. El precepto reglamentario impone, en primer lugar, al Presidente del Senado la obligación de comunicar a los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas la apertura del plazo para la presentación de candidaturas; la presentación de candidatos a Magistrados se formula como una posibilidad o facultad de las Cámaras autonómicas; nada ha de reprocharse a esta previsión procedimental, la cual tiene como finalidad hacer posible, en el sentido derivado de lo dispuesto en el art. 16.1 LOTC, la intervención de los Parlamentos autonómicos en la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional que corresponden al Senado, la primera fase o momento de dicha elección (STC 49/2008, FJ 9 in fine). no obviará el Tc que el Senado está compelido a cumplir, en todo caso, con la función y deber constitucional que tiene encomendado en exclusiva, de conformidad con el art. 159.1 CE, en relación con el art. 66.2 CE; considera de capital importancia lo previsto en el art. 159.2 CE, pues de dicho precepto constitucional inferiere la exigencia de que los candidatos a Magistrado respondan a un perfil específico: necesidad de pertenecer a determinadas categorías profesionales (Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, Funcionarios públicos y Abogados); obligatoriedad del ejercicio profesional durante un determinado período de tiempo (más de quince años) y la exigencia de ser jurista de reconocida competencia en la función o profesión respectiva; en la primera fase o momento de la elección, los órganos legitimados para efectuar propuestas han de acreditar que los candidatos cumplen los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes para desempeñar el cargo así como su idoneidad para ocupar el puesto (art. 184.3 RS) la carga de acreditar de forma indubitada que los candidatos cumplen los requisitos exigidos para desempeñar el cargo ha de pesar sobre aquéllos que los proponen; considera el TC que de esta interpretación del art. 184.7 RS, resulta que a la presentación de candidatos realizada por los Parlamentos autonómicos les resulta aplicable, por remisión expresa, lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del mismo art. 184 RS; expresa remisión que implica que sobre los Parlamentos autonómicos pesa una primera obligación, consistente en la carga de acreditar que los candidatos presentados cumplen los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes; de acuerdo con el ya citado art. 184.4 RS, conlleva también la posibi-

lidad de que la Mesa de la Cámara, previa, en su caso, solicitud a la Comisión de Nombramientos de su criterio al respecto, pueda decidir sobre la inadmisión de las candidaturas presentadas si aprecia, en alguno de los candidatos propuestos, el incumplimiento de los requisitos constitucional y legalmente exigibles; el cumplimiento de los requisitos para poder ser candidato a Magistrado del Tribunal Constitucional, en esta primera fase, relativa a la propuesta de los mismos, no garantiza la elección en la segunda fase, correspondiente en exclusiva al Senado (art. 186 RS). Por lo que se refiere a la propuesta que la Comisión de Nombramientos ha de realizar al Pleno de la Cámara, comenzará señalando el TC que corresponde a la propia Mesa de la Cámara, de acuerdo con el procedimiento diseñado reglamentariamente [art. 184.4 RS, al que remite el art. 187.4 a)] el control inicial acerca del cumplimiento de los requisitos exigidos para desempeñar el cargo y a la Comisión de Nombramientos del Senado, previa remisión por la Mesa de la Cámara de las candidaturas admitidas (art. 184.5 RS), examinar especialmente la idoneidad de los candidatos propuestos a fin de elevar al Pleno la correspondiente propuesta; se recordará la competencia de esta Comisión para inquirir sobre la idoneidad de los candidatos colegirá el TC de lo expuesto que nada pueda oponerse al hecho de que la Comisión de Nombramientos del Senado, una vez formado su criterio acerca de la concurrencia en los candidatos de los requisitos necesarios para su designación como Magistrados, eleve, en su caso, al Pleno de la Cámara una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir; se considerará que se trata de una previsión procedimental interna en orden al cumplimiento de la función asignada por el art. 159.1 CE. Por lo que se refiere a la facultad atribuida a la Comisión de Nombramientos del Senado para incluir candidatos distintos de los inicialmente propuestos los Senadores recurrentes consideran dicha previsión inconstitucional, con fundamento en el bloqueo al que se puede ver abocado el Senado si el Pleno rechaza la propuesta de candidatos que le haya elevado la Comisión de Nombramientos, partirá el TC de lo que, en un fundamento jurídico anterior, ya señaló respecto a lo dispuesto en el art. 159.2 CE: parece claro que el Senado ha de establecer su propia previsión procedimental, por imperativo del propio art. 159.1 CE y del carácter del Reglamento del Senado como norma directamente ordenada a la Constitución, para optar, de entre los diversos candidatos que responden al perfil determinado en las normas aplicables, por aquéllos que sean avalados por la votación cualificada en el seno de la Cámara; partiendo de que la elección de los Magistrados corresponde al Senado el que los finalmente propuestos al Rey para su nombramiento hayan de proceder de los previamente presentados por las Asambleas autonómicas, como dispone el segundo párrafo del art. 16.1 LOTC, dependerá, en primer lugar, del cumplimiento por los mismos de los requisitos exigidos para los Magistrados del Tribunal Constitucional en el art. 159 CE, cumplimiento que deberá ser justificado por los proponentes de los candidatos presentados y oportunamente valorado con

carácter previo a la decisión final de ésta última. Igualmente, en segundo lugar, resultará precisa la inclusión del candidato o candidatos en la propuesta que la Comisión de Nombramientos formule al efecto y, finalmente, la obtención de la mayoría constitucionalmente requerida en la votación plenaria, votación en la cual, en coherencia con la prohibición constitucional de mandato imperativo derivada del art. 23 CE, se expresa la libre facultad de la que han de gozar los Senadores para elegir a los Magistrados del Tribunal Constitucional. El TC recordará lo que ya manifestó en la STC 49/2008 “*los candidatos a Magistrado deben cumplir los requisitos exigidos constitucionalmente para poder desempeñar su función y que la elección de los Magistrados por parte del Senado no puede ser obstaculizada por la actuación de los Parlamentos autonómicos*” (FJ 9), circunstancia que se evita con la dicción literal del precepto impugnado, que permitiría permitiría a la Cámara reaccionar ante el supuesto de que hubieran sido presentados menos candidatos que puestos a cubrir; en este caso sería de aplicación la regla contemplada en el inciso final del art. 184.7 b) RS, de modo que la Comisión de Nombramientos elevaría al Pleno del Senado una propuesta que incluiría candidatos surgidos de las propuestas formuladas en el seno de la propia Cámara; frente al supuesto de que las no se hubieren presentados candidatos suficientes, considera el TC que la cuestión se reduce a determinar si el procedimiento de designación permite que el Senado pueda en todo caso cumplir con su obligación constitucional de proveer a la designación de cuatro Magistrados; considera el Tc que no se está ante un problema referido a la falta de libertad radical de la Cámara, sino al alcance de esa libertad; debiéndose dilucidar si la Cámara es efectivamente libre para no aceptar a los candidatos propuestos por los Parlamentos autonómicos; si sólo se le reconociera a la Cámara una capacidad de rechazo su libertad de elección sólo habría quedado asegurada con el sacrificio de su obligación de designar cuatro Magistrados. Se traerá ahora por el TC su doctrina de la interpretación conforme o principio de conservación de la norma (por todas, STC 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 3), es decir, atendiendo a la presunción de constitucionalidad de la que goza por resultar emanada de un legislador democrático, lo que aquí es apreciable en la medida en que no resulta evidente un conflicto insalvable entre el precepto reglamentario impugnado y las normas o principios constitucionales que integran su parámetro de control (art. 159.2 CE); concluirá el Tc que que la Cámara es plenamente libre en relación con el juicio de idoneidad que le merezcan las distintas candidaturas ante ella presentadas; el nuevo procedimiento de selección de candidatos a Magistrados del Tribunal Constitucional no puede abocar indefectiblemente a aceptar en todo caso a los propuestos por los Parlamentos autonómicos; es criterio del Tc que la interpretación del concreto inciso controvertido guarda así directa relación con la concurrencia de una situación excepcional como sería aquella en la que, los candidatos inicialmente presentados no recibieran el apoyo necesario en el seno de la propia Comisión de Nombramientos, a fin de figurar en la propuesta que a la misma cumple formular o

si todos o algunos de los propuestos por dicha Comisión no alcanzaren en el Pleno de la Cámara la mayoría mínima de tres quintos que la Constitución establece para su designación; como se señaló en la STC 49/2008, FJ 14: *“el tenor literal del art. 16.1 LOTC permite que el Reglamento del Senado pueda, entre otras fórmulas, prever, incluso, mecanismos que hagan posible que sea la propia Cámara la que proponga candidatos a Magistrados del Tribunal Constitucional en el supuesto excepcional de que el sistema de elección de dichos Magistrados previsto con carácter general no culmine con esta elección, garantizando así que la Cámara Alta cumpla con su obligación constitucional”*; la referencia a la suficiencia de candidaturas [art. 184.7 b) RS] se hace en un momento del procedimiento posterior a la admisión de las presentadas por las Asambleas Legislativas (art. 184.4 RS) y tras la comparecencia ante la Comisión de Nombramientos de los candidatos admitidos; por ello será criterio del TC que la única insuficiencia de candidaturas que puede darse es la causada por el resultado de las comparecencias; la *“suficiencia”* es en ese caso también cuantitativa, aunque su causa no será la de no haberse presentado a la Mesa del Senado candidaturas autonómicas en número bastante para los puestos a cubrir, sino la no aceptación de las candidaturas por la Comisión de Nombramientos; *“Candidaturas suficientes”* es interpretado como candidaturas de mérito suficiente y en número bastante para proveer a las designaciones que corresponda en cada caso realizar al Senado: El examen del entero procedimiento de designación corrobora esta conclusión. La prevista comparecencia ante la Comisión de Nombramientos habrá de permitir que la Comisión se forme un criterio sobre la idoneidad de los candidatos que necesariamente ha de centrarse en las circunstancias de mérito que permitan a la Comisión establecer qué candidatos resultan susceptibles de merecer la confianza institucional del Senado. Tales candidatos serán, en principio los que hayan presentado las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, pero la libertad institucional e insuprimible del Senado (y de su Comisión de Nombramientos), no puede llevar a la Cámara a la imposibilidad de cumplir con su obligación constitucional de designar Magistrados del Tribunal Constitucional; la insuficiencia de candidatos, por las diversas razones mencionadas, permitiría la presentación de otros por los Grupos Parlamentarios del Senado con arreglo al procedimiento que se inicia con la fase de admisión regulada en los apartados 3 y 4 del art. 187 RS. De otra parte tampoco repugna al esquema constitucional que incluso los nombrados por la Comisión fueren rechazados por el Pleno, entendiéndose entonces que la insuficiencia discutida se referiría también a la eventual inidoneidad de los candidatos presentados; en suma, se rechazará por el TC un rígido entendimiento del precepto controvertido que pudiera fundarse en el presunto tenor literal de la expresión *“candidaturas suficientes”*, que lo limitara a su acepción cuantitativa, sino, al tiempo, cualitativa (aptitud e idoneidad del candidato); en suma, la insuficiencia podría producirse por una multiplicidad de motivos; rechaza al TC que el sentido de los debates parlamentarios de la norma pudiera erigirse en supremo criterio interpretativo en especial

en casos en el que la misma se contrapondría con un entendimiento del precepto conforme con las previsiones constitucionales, entendimiento que, por esa razón, ha de prevalecer, que es la que, asimismo es posible derivar de lo expuesto en el STC 49/2008; a su tenor, el órgano decisor dispone de márgenes de maniobra para ejercer su indeclinable función constitucional que no es otro el objetivo del procedimiento de designación de Magistrados del Tribunal Constitucional. La interpretación del Tc evita el riesgo de bloqueo, al tiempo que garantiza el mecanismo de la elección entre diversos candidatos susceptibles de generar la confianza institucional necesaria respecto a su persona y méritos. Para el TC ninguna objeción cabe formular a que la Cámara Alta haya de limitarse, en principio, a elegir, como indica el art. 16.1 LOTC, entre los candidatos previamente presentados por las Asambleas Legislativas autonómicas y en esa forma lo establezca en su Reglamento, interpretado el precepto reglamentario en los términos expresados en la presente Sentencia; así interpretado el precepto aprecia el TC que el Reglamento del Senado ha velado adecuadamente por el ejercicio constitucionalmente correcto de esta concreta función de designación atribuida a la Cámara, evitando tanto el riesgo de bloqueo en su ejercicio como que la misma pueda quedar vacía materialmente de contenido. Así interpretado el art. 184.7 RS no vulnera la Constitución. Fallará el TC que el precepto debatido es conforme con la Constitución, interpretado en el sentido expresado en los fundamentos jurídicos 9 y 10 de su Sentencia.

**Voto particular (Conde Martín de Hijas):** Se referirá su discrepancia a la misma manifestada ya en la STC 49/2008 (*Véase n° anterior de esta Revista*), por una razón de coherencia con el ya manifestado entonces. Se seguirá considerando que la norma reglamentaria está en directa relación con el art. 16 de la LOTC y que supone una clara restricción de las facultades del Senado y de la plena libertad del Senado establecida en el art. 159.1 y 2 CE lo que resulta inconciliable con el modo en que la Constitución diseña la posición institucional del Senado en el ejercicio de la potestad que le atribuye, (remitiéndose el disidente a lo ya expuesto en su VP a la STC 49/2008). Se considera extrema la autolimitación que hace de las funciones del Senado su Reglamento; se considera que las potestades de los órganos constitucionales no son disponibles por sus titulares: se aprecia que ello se ha producido en la medida en que el Reglamento del Senado se vincula a lo ordenado por una norma externa a él haciéndolo en términos de llevar esa vinculación hasta el extremo en que lo hace a propuestas hechas por órganos que no están constitucionalmente llamados a participar en el ejercicio de la función atribuida al mismo; por eso, según el disidente, se está abdicando de la plenitud de su potestad. Se salvará de la disidencia el contenido del art. 187.4.b) en su inciso final. Se discrepa de la interpretación conforme que se realiza en la Sentencia y del modo en que técnicamente se ha producido. Se aprecia discrepancia metodológicas entre la STC de la que ahora se disiente y la 49/2008 porque la Sentencia anterior no se respeta en el sentido de

su fallo, sino que se modaliza implícitamente desde ésta, apreciándose incoherencia entre lo fallado entonces y el sentido interpretativo de la que ahora se disiente: Sólo desde la transformación de la posibilidad en necesidad es como puede explicarse que al precepto reglamentario se le dé –ahora– la interpretación que se propone. Se aprecia por el disidente que la “*libertad institucional insuprimible*” de que goza constitucionalmente el Senado se pone en cuestión con el precepto debatido. En suma se parte de la idea de la imposibilidad de una Sentencia interpretativa atendido el conjunto de normas en que se funda la cuestión debatida (porque) el único sentido lógico del conjunto normativo referido no puede ser otro que el de que el art. 16.1 LOTC establece el círculo cerrado de candidatos entre los que el Senado puede elegir, y al Reglamento de la Cámara se le defiere la regulación del procedimiento de la elección, pero no la posibilidad de que pueda alterar el círculo de elegibles definido en la LOTC. En suma se disiente que el art. 16.1 LOTC no vincule indefectiblemente al Senado a elegir entre los propuestos por las Asambleas de las CCAA, que es lo que tal artículo hace, y de ahí, a mi juicio, su inconstitucionalidad: se considera que la interpretación del inciso final del párrafo b) del apartado 7 art. 184 RS que se propone en la Sentencia, es distorsionadora de su sentido y artificiosa; se entiende que metodológicamente tal modo de interpretar la doctrina del TC en estos casos es contraria a la doctrina del TC; se cita, por todas la STC 235/2007; amén de las 138/2005; 45/1989; 96/1996; 235/1999; y 184/2003; en suma, lo que como interpretación conforme propone la STC de la que se disiente es una manifestación paradigmática de las prácticas sedicentemente interpretativas que la doctrina transcrita proscribe. Se disiente asimismo del concepto de suficiencia, en la acepción que permite a la mayoría el fallo del que se disiente, porque se entiende que no es posible interpretar que el Senado no queda vinculado por las candidaturas que se le presentan con origen en la selección de candidatos de las CCAA. Se manifiesta asimismo el desacuerdo con el valor que la Sentencia ha atribuido al sentido de los debates parlamentarios sobre la norma debatida, sobre todo en un caso en que la norma tiene un destinatario que es precisamente su propio autor; en este caso la *voluntas legislatoris* debe tener un peso mucho mayor. Se justifica tal disidencia con un análisis del debate del que parece extraerse una idea diversa de la interpretación que funda la propia Sentencia. En una hermenéutica compartible no creo que quepa la interpretación del concepto de “candidaturas suficientes” en el sentido que lo hace la Sentencia, y por la vía argumental que en ella se sigue. Se estima que la interpretación conforme que se propone no es tal, pues en el sentido normativo del precepto interpretado, no cabe encontrar el que la Sentencia le da, sino una recreación manipulativa del precepto, vedada a este Tribunal Constitucional.

**Voto particular (Delgado Barrio):** Asimismo se funda el VP en el que ya se pronunció por su autor a la STC 49/2008: la restricción de los elegibles llevada a cabo por el art. 16.1, párrafo segundo, LOTC, recortando la ampli-

tud trazada por la Constitución, con grave detrimento de la posición institucional del Senado, contradice lo dispuesto en el art. 159.2 CE, siendo así que el art. 184.7 RS, aquí impugnado, se dicta “para adaptar el Reglamento del Senado” —“para ajustarlo”— a la nueva redacción del art. 16 LOTC derivada de la Ley Orgánica 6/2007, aquél queda afectado por la misma inconstitucionalidad que vicia éste. Es claro, pues, que la Sentencia hubiera debido pronunciar un fallo estimatorio del recurso de inconstitucionalidad. Se disiente de la posibilidad de encontrar una interpretación conforme, dada la claridad y rotundidad de la norma debatida. Tal interpretación choca frontalmente de lo que se deriva del debate que produce la norma. El adverbio *únicamente* configura muy precisamente el ámbito de la excepción a lo que es la regla general —elección *entre*. Y de los tres itinerarios hermenéuticos seguidos hasta ahora deriva terminantemente la conclusión de que “*únicamente*” en el caso de falta de candidaturas suficientes presentadas “*en plazo*” cabe elegir no “*entre*” sino “*fuera*” de las propuestas; extender la *única* excepción prevista, que es la de la inexistencia de *candidaturas suficientes, presentadas en plazo*, como hace la Sentencia, a los casos en los que no resulte posible cubrir todos o algunos de los puestos de Magistrado del Tribunal Constitucional por no obtener la mayoría de tres quintos los presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, es, sencillamente, una manifiesta interpretación *contra legem*. Se recuerda una reiterada doctrina del TC que viene poniendo de relieve que “*no podemos, en cambio, tratar de reconstruir una norma contra su sentido evidente para concluir que esa reconstrucción es la norma constitucional (STC 11/1981, FJ 4). Y ello porque la efectividad del principio de conservación de las normas no alcanza ‘a ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos’ (SSTC 22/1985, FJ 5; 222/1992, FJ 2; y 341/1993). o, como ya se dijo en la STC 138/2005, ‘la interpretación conforme no puede ser una interpretación contra legem, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, ni compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4; y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7)’.*—STC 24/2004, FJ 6; 138/2005, FJ 5, y 235/2007, FJ 7. Se disiente porque se considera, en definitiva, que la interpretación conforme que se falla en la Sentencia, sencillamente ahora no era posible.

**Voto particular (Rodríguez-Zapata Pérez):** Se considera por el disidente que la reforma en que se concreta la norma debatida es inconstitucional y nula desde varias perspectivas. La Sentencia de la que disiento se remite en forma constante (FFJJ 3, 5 y 8) a la doctrina de la citada STC 49/2008; por el contrario, en su opinión, la aplicación de la doctrina de dicha Sentencia es la que sirve para rechazar las impugnaciones de mayor calado planteadas en este recurso. En la elección de los cuatro miembros de este Tribunal que co-

rresponde al Senado la regulación constitucional es completa en lo sustantivo (art. 159.1 CE). No admite la posibilidad de concurso válido de ninguna otra norma de nuestro Derecho, que no sea el propio Reglamento, en lo procedimental. La cualidad de órgano constitucional, que reconoce Al TC el art. 1.1 LOTC desde 1979, se pierde y su posición de *órgano inmediato*, con relación a la Constitución se degrada si pueden disponer de la estructura esencial del mismo fuentes del Derecho de rango inferior a la Constitución. Es criterio del disidente que la única cuestión a resolver era si la composición de este Tribunal Constitucional entra dentro de la *reserva de reglamento parlamentario* y si, por ello, el nuevo artículo 16.1 LOTC puede entrar en *concurso válido* con el Reglamento del Senado en el nombramiento de los cuatro miembros del Tribunal que compete a dicha Cámara (ex art. 159.1 CE); considerará el disidente que la composición sustantiva de un órgano constitucional no puede determinarse nunca por una norma de rango inferior a la Constitución, ni en contradicción con lo que nuestra Constitución rígida dispone, el art. 184.7 RS es, ya por esta sola razón, inconstitucional y nulo: el Reglamento de la Cámara se ha de limitar única y exclusivamente al desarrollo procesal de la regulación sustantiva del art. 159.1 CE, lo que, como es evidente, no ha sido respetado por el art. 184.7 RS; la reforma ha modificado también las competencias constitucionales del Senado para los nombramientos del art. 159.1 CE y ha degradado la cualidad de órgano constitucional de la Cámara Alta. Sólo la Constitución puede atribuir o mermar competencias a las Cortes Generales o a cualquiera de sus Cámaras (como resulta claramente del tenor literal del art. 66.2 *in fine* CE). Sin embargo sería obligado aceptar hoy—con la doctrina de la STC 49/2008— que el segundo párrafo del artículo 16.1 LOTC está situado en una posición de *jerarquía superior* respecto al propio Reglamento de la Cámara; jerarquía que explica, aunque no justifica, que dicho Reglamento se haya separado de la letra completa y clara del artículo 159.1 CE en aspectos sustantivos, para acomodarse a la LOTC y al Estatuto de Cataluña; sostendrá el disidente que es precisamente esto lo que dificulta los esfuerzos interpretativos de la Sentencia de la que disiento para sostener la regularidad constitucional de la reforma. El procedimiento de nombramiento de cuatro miembros del TC no es un *prius*, sino un *posterius* en el caso que nos ocupa; el *prius* auténtico lo constituye el poder, o la competencia constitucional, de nombrar a dichos miembros, que es lo que está reservado a la Constitución (art. 66.2 *in fine* CE); cuando la facultad de ejercicio de ese poder se condiciona en su ejercicio legítimo la conclusión es inequívoca: el poder de elegir ya no corresponde a la voluntad del Senado, o no sólo a la voluntad del Senado, sino a una “voluntad compartida” entre el Senado y las Asambleas de las Comunidades Autónomas. Nos encontramos ante una figura de acto compuesto (STC 6/1984, FJ 4) en la que la voluntad libre es la de cada Asamblea de Comunidad Autónoma y la voluntad vinculada la del Senado, ya que debe elegir *entre los candidatos*. El peso de cada una de estas *voluntades compartidas* depende, como es obvio, de la admisibilidad o inadmisibilidad de lo que la Sentencia califica como *libertad de rechazo* (sic) por el Senado de las candida-

turas presentadas por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, en un párrafo (último del FJ 8) de no fácil comprensión. Los poderes del Senado aumentarían lógicamente, frente a la participación de las Asambleas Legislativas, si la Sentencia hubiera optado por la flexibilidad y elasticidad de las normas que regulan el procedimiento de concurrencia de las voluntades que integran este nuevo acto compuesto, pero disminuyen en la medida en la que el procedimiento se ha formalizado y encorsetado al extremo en la Sentencia de la que disiento.

**2. Sentencia 103/2008, de 11 de septiembre (BOE de 10 de octubre). Ponente: Jiménez Sánchez (Recurso de inconstitucionalidad).**

*Preceptos constitucionales:* 1.2, 2, 9, 25, 27, 48, 92, 105, 125, 149.1.32, 151, 152, 168.

*otros:*

*Objeto:* 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.

*Materias:*

La Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, objeto de este procedimiento, autoriza al Lehendakari a someter dos preguntas a consulta no vinculante de los ciudadanos del País Vasco el 25 de octubre de 2008, teniendo la propia Ley por convocada dicha consulta el 15 de septiembre de 2008. Las preguntas en cuestión se cifran en el apoyo a un *proceso de final dialogado de la violencia* [artículo único, apartado 1 a)] y al inicio de un *proceso de negociación para alcanzar un Acuerdo Democrático sobre el ejercicio del derecho a decidir del pueblo vasco*, acuerdo que habría de someterse a referéndum antes de que finalice el año 2010 [artículo único, apartado 1 b)]. Considera el TC que la primera de las cuestiones planteadas en el recurso es si la Ley recurrida ha invadido o no la competencia reservada con carácter exclusivo al Estado por el art. 149.1.32 CE en materia de autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, siendo determinante para concluir si se ha incurrido o no en la invasión competencial denunciada es si la consulta en ella prevista es o no un referéndum. En la propia exposición de motivos de la Ley se admite que ésta es justamente la línea divisoria pertinente para su enjuiciamiento en Derecho, pues, para el legislador autonómico, no tratándose de una *consulta popular por vía de referéndum*, en cualquiera de sus modalidades, ni ser jurídicamente vinculante, ... no le resulta de

*aplicación 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; es decir, para el TC Es pacífico entre las partes que la Ley sería inconstitucional si su objeto fuera la celebración de una consulta referendaria. Sobre esta base resulta clave en este caso el análisis de lo que constitucionalmente deba ser considerado como referéndum, para decidir, en concreto, si lo que la Ley impugnada califica como consulta, basada en una pretendida competencia implícita de la Comunidad Autónoma del País Vasco, constituye en realidad un auténtico referéndum aunque se eluda tal denominación, pues si se llegara a la conclusión de que en efecto lo es, la Ley impugnada incurriría en inconstitucionalidad. Pare el TC el referéndum es un instrumento de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos en el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE. No es cauce para la instrumentación de cualquier derecho de participación, sino específicamente para el ejercicio del derecho de participación política: de aquella participación que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo (STC 119/1995, FJ 3); es una forma de democracia directa y no una mera manifestación del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente, que lo ha formalizado como un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos” (arts. 9.2 y 48 CE) o como un verdadero derecho subjetivo (arts. 27.5 y 7, 105 y 125 CE). Las formas de participación no reconducibles a las que se conectan con el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE son formas de participación que difieren [de aquéllas] no sólo en cuanto a su justificación u origen, sino también respecto de su eficacia jurídica que, por otra parte, dependerá en la mayoría de los casos de lo que disponga el legislador (aunque en su labor configuradora esté sometido a límites como los derivados de la interdicción de la arbitrariedad —art. 9.3 CE— y del derecho de igualdad —art. 14 CE); no puede aceptarse, que sean manifestaciones del derecho de participación que garantiza el art. 23.1 de la Constitución, pues no sólo se hallan contempladas en preceptos diferentes de la Constitución, sino que tales preceptos obedecen a manifestaciones de una ratio bien distinta: en el art. 23.1 CE se trata de las modalidades —representativa y directa— de lo que en el mundo occidental se conoce por democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general” (STC 119/1995, FJ 4), en la que no tienen cabida otras formas de participación en las que se articulan voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral. Entenderá el Tc que el referéndum es, por tanto, una especie del género *consulta popular* con la que no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos, sino aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral (expresivo de la voluntad del pueblo: STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 10) con-*

formado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral (STC 119/1995); para determinar si una consulta popular se verifica *por vía de referéndum* (art. 149.1.32 CE) su convocatoria requiere de una autorización reservada al Estado, ha de atenderse a la identidad del sujeto consultado, de manera que siempre que éste sea el cuerpo electoral, cuya vía de manifestación propia es la de los distintos procedimientos electorales, con sus correspondientes garantías, estaremos ante una consulta referendaria. Como instrumento de participación directa en los asuntos públicos, el referéndum es uno de los dos cauces de conformación y expresión de la voluntad general; no obstante se trata de un cauce especial o extraordinario, por oposición al ordinario o común de la representación política (art. 1.3 CE); el texto constitucional diseña un sistema de participación política de los ciudadanos en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa; como ya es doctrinadle TC *“el propio Texto constitucional, al regular las características de los instrumentos de participación directa, restringe su alcance y condiciones de ejercicio”, de suerte que, en el caso de otra manifestación típica de la democracia directa, como es la iniciativa legislativa popular, su ejercicio “sobre determinadas materias, por lo delicado de su naturaleza o por las implicaciones que entrañan, qued[a] reservado a la mediación de los representantes políticos”* (STC 76/1994, FJ 3); a ello se añade que *el derecho a participar directamente en los asuntos públicos, como todos los derechos que la Constitución establece, no puede sino ejercerse en la forma jurídicamente prevista en cada caso. Lo contrario, lejos de satisfacer las exigencias de la soberanía popular, supondría la imposibilidad misma de la existencia del ordenamiento, a cuya obediencia todos —ciudadanos y poderes públicos— vienen constitucionalmente obligados (art. 9.1 CE)* (STC 76/1994, FJ 3); en nuestro contexto constitucional los mecanismos de participación directa en los asuntos públicos quedan restringidos a aquellos supuestos en los que la Constitución expresamente los impone (arts. 151.1 y 2 y 152.2 CE) o a aquellos que supedita a la pertinente autorización del representante del pueblo soberano (Cortes Generales) o de una de sus Cámaras.. Más aún, la Constitución incluso asegura que sólo los ciudadanos, actuando necesariamente al final del proceso de reforma, puedan disponer del poder supremo, esto es, del poder de modificar sin límites la propia Constitución (art. 168 CE). Nuestra Constitución garantiza una democracia representativa como regla general, complementada con determinados instrumentos de democracia directa, que han de operar no como minusvaloración o sustitución sino como reforzamiento de esa democracia representativa; la participación directa del cuerpo electoral en el procedimiento legislativo se restringe al ejercicio de una facultad de iniciativa (art. 87.3 CE) sobre cuya suerte deciden con perfecta autonomía, y ajenas a todo mandato imperativo (art. 67.2 CE), las Cortes Generales, del mismo modo que la manifestación de su voluntad respecto de determinados asuntos de trascendencia política a través del referéndum sólo puede verificarse si media la oportuna autorización del Congreso de los Diputados (art. 92.2 CE), Sostendrá el TC que atendida la categorización del referéndum como especie del género consulta popular

antes señalada, ha de examinar si la consulta contemplada en la Ley recurrida se ajusta a la definición de aquella especie; con la Ley 9/2008 se llama a consulta sobre un asunto de manifiesta naturaleza política a los *ciudadanos y ciudadanas del País Vasco con derecho de sufragio activo*, es decir, al cuerpo electoral de la Comunidad Autónoma del País Vasco, pretendiendo conocer la voluntad de una parte del pueblo español a través de la voluntad del cuerpo electoral de esa Comunidad Autónoma, o lo que es lo mismo, del sujeto que de ordinario se manifiesta a través del procedimiento disciplinado por la Ley 5/1990, de elecciones al Parlamento Vasco, llamada por la disposición adicional de la Ley recurrida a regir el desarrollo de la consulta en cuestión. Siendo indiscutibles el objeto de la consulta, la voluntad requerida y que ésta ha de manifestarse mediante un procedimiento electoral dotado de las garantías propias de los procesos electorales, es claro que la consulta es un referéndum; la circunstancia de que no sea jurídicamente vinculante resulta de todo punto irrelevante. La Constitución atribuye al Estado como competencia exclusiva la *autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum* (art. 149.1.32 CE), al tiempo que prevé la existencia de convocatorias de referendos circunscritas a otros ámbitos territoriales (arts. 151 y 152 CE). la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, es la llamada por el art. 92.3 CE para regular las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución; teniendo en cuenta estas precisiones considera el TC que la concreta convocatoria del cuerpo electoral que realiza la Ley del Parlamento Vasco 9/2008 se lleva a cabo sin apoyo en un título competencial expreso; en definitiva considerará el TC que no cabe en nuestro ordenamiento constitucional, en materia de referéndum, ninguna competencia implícita, puesto que en el sistema español sólo pueden convocarse y celebrarse los referendos que expresamente estén previstos en las normas del Estado, incluidos los Estatutos de Autonomía, de conformidad con la Constitución; en conclusión, la Ley recurrida vulnera el art. 149.1.32 CE. Analizará ahora el TC la cuestión, desde la perspectiva de los arts. 1.2, y 2, en relación con el art. 168: La ley impugnada contempla como sujetos de una nueva relación a la Comunidad Autónoma del País Vasco y al Estado español, entendido éste en su acepción de *Estado global* y no, como es obligado cuando de la relación con una Comunidad Autónoma se trata, en su condición de *Estado central*; resulta indudable que la norma una cuestión que afecta al orden constituido y también al fundamento mismo del orden constitucional; no desdeña el TC que una afectación de esa naturaleza sea factible en nuestro Ordenamiento, toda vez que, en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución (STC STC 48/200 FJ 7), ya se sostuvo que *siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales*, no hay límites materiales a la revisión constitucional, habiendo subrayado entonces que “[h]asta ese punto es cierta la afirmación de que *la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan*

*opciones políticas de muy diferente signo' (STC 11/1981, FJ 7)"; será el respeto a esos procedimientos el que se presente como inexcusable, lo contrario significaría aceptar una vía de hecho para reformar la Constitución al margen de ella o conseguir su ineficacia práctica; además, la Ley recurrida presupone la existencia de un sujeto, el *pueblo vasco*, titular de un *derecho a decidir* susceptible de ser *ejercitado* [art. 1 b) de la Ley impugnada], equivalente al titular de la soberanía 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; para el TC la identificación de un sujeto institucional dotado de tales cualidades y competencias resulta, sin embargo, imposible sin una reforma previa de la Constitución vigente; recordará el TC (STC 247/2007, FJ 4 a), con referencia a la STC 4/1981, FJ 3, *la Constitución parte de la unidad de la Nación española, que se constituye en Estado social y democrático de Derecho, cuyos poderes emanan del pueblo español en el que reside la soberanía nacional*. El procedimiento que se enjuicia 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 definitiva, la cuestión que se pretende someter a consulta de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma del País Vasco afecta (art. 2 CE) al fundamento del orden constitucional vigente y por ello sólo puede ser objeto de consulta popular por vía del referéndum de revisión constitucional. Es un asunto reservado en su tratamiento institucional al procedimiento del art. 168 CE. El respeto a la Constitución impone que los proyectos de revisión del orden constituido se sustancien abierta y directamente por la vía que la Constitución ha previsto para esos fines. Afronatrá, finalmente el TC el procedimiento mediante el que se ha alumbrado la Ley recurrida; es doctrina reiterada que *[a]unque el art. 28.1 de nuestra Ley Orgánica no menciona los Reglamentos parlamentarios entre aquellas normas cuya infracción puede acarrear la inconstitucionalidad de la Ley, no es dudoso que, tanto por la invulnerabilidad de tales reglas de procedimiento frente a la acción del legislador como, sobre todo, por el carácter instrumental que esas reglas tienen respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político (art. 1.1 CE), la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento 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, FJ 1 a)]; para el TC resulta indiscutible que, atendido el contenido de la Ley recurrida, se ven afectadas por ella materias expresamente excluidas por el art. 119.3 RPV al tiempo que tales previsiones evidencian una directa afectación de otra de las materias excluidas por el art. 119.3 RPV: el régimen electoral. Ello vicia de inconstitucionalidad a la Ley del Parlamento Vasco 9/2008; es doctrina constitucional pacífica y reiterada que *[l]as normas constitucionales y parlamentarias que regulan la elaboración de las leyes tienen carácter instrumental respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político***

*(art. 1.1 CE), de suerte que la 'inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de la voluntad en el seno de las Cámaras' (STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 1)" (STC 97/2002, FJ 2); tal alteración sustancial se ha producido en el presente caso: con infracción del Reglamento del Parlamento Vasco, 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. Se estima el recurso de inconstitucionalidad.*