

*JURISPRUDENCIA
TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
2008*



Servicio de Estudios Autonómicos

ÍNDICE DE SENTENCIAS

Página

A) En relación con la igualdad de hombres y mujeres en la participación de asuntos públicos

- STC 12/2008, de 29 de enero..... **3**
(Desestima el Recurso y la cuestión de inconstitucionalidad acumulados promovidos por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife y por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso frente al artículo 44 bis y concordantes de la LOREG, redactados por la D.A.2ª de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.)

B) Relativas a la participación de las CCAA en la elección de Magistrados del TC

1. STC 49/2008, de 9 de abril..... **12**
(Desestima el Recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Popular del Congreso de los Diputados respecto al artículo único, apartados 6 y 7 de la Ley Orgánica 6/2007, por la que se modifica la LOTC)
2. STC 101/2008, de 24 de julio. **17**
(Desestima el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Senadores del Grupo Parlamentario Popular respecto al nuevo apartado 7 del artículo 184 del Reglamento del Senado, introducido por el artículo único de la Reforma de dicho Reglamento aprobada el 21 de noviembre de 2007)

C) Frente a la Ley de consulta vasca

- STC 103/2008, de 11 de septiembre **23**
(Estima el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política).

D) Sentencias que resuelven cuestiones de inconstitucionalidad

1. STC 59/2008, de 14 de mayo..... **29**
(Desestima la cuestión planteada en relación al artículo 153.1 Código Penal).
2. STC 140/2008, de 28 de octubre **34**
(Inadmite la cuestión planteada en relación al art. 57.2 Código Penal)
3. STC 141/2008, de 30 de octubre **36**
(Inadmite la cuestión planteada en relación al art. 57.2 Código Penal)
4. STC 162/2008, de 15 de diciembre **38**
(Estima la cuestión planteada en relación al art. 31.3.a) de la Ley 21/1992, de Industria)

SENTENCIA, 12/2008, DE 29 DE ENERO,

en relación con el art. 44 bis y concordantes de la LOREG,
redactados por la D.A. 2ª de la Ley Orgánica 3/2007, para la
igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH)

**Cuestión de inconstitucionalidad y Recurso de
Inconstitucionalidad (acumulados)**

A) ANTECEDENTES Y FALLO

- **Promotores:** Cuestión de inconstitucionalidad 4069-2007 y Recurso de inconstitucionalidad 5653-2007 (acumulados). Promovidos por el Juzgado de lo C-A nº 1 de Santa Cruz de Tenerife y por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados.
- **Norma cuestionada/impugnada:** Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, (en su redacción dada por la D.A. 2ª de la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres).
- **Preceptos cuestionados:** art. 44 bis LOREG.
Preceptos recurridos: art. 44 bis, 187.2, 201.3 y la D.T. Séptima.

Artículo 44 bis.

1. Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico.

En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las Elecciones de las citadas Asambleas Legislativas.

2. También se mantendrá la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos. Cuando el último tramo de la lista no alcance los cinco puestos, la referida proporción de mujeres y hombres en ese tramo será lo más cercana posible al equilibrio numérico, aunque deberá mantenerse en cualquier caso la proporción exigible respecto del conjunto de la lista.

3. A las listas de suplentes se aplicarán las reglas contenidas en los anteriores apartados.

4. Cuando las candidaturas para el Senado se agrupen en listas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171 de esta Ley, tales listas deberán tener igualmente una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que la proporción de unas y otros sea lo más cercana posible al equilibrio numérico.

Artículo 187.2

Cada candidatura se presentará mediante lista de candidatos.

Lo previsto en el artículo 44 bis de esta Ley no será exigible en las candidaturas que se presenten en los municipios con un número de residentes igual o inferior a 3.000 habitantes.

Artículo 201.3

La elección de los consejeros insulares se realiza mediante el procedimiento previsto para la elección de concejales, pero cada isla constituye una circunscripción electoral.

Lo previsto en el artículo 44 bis de esta Ley no será exigible en las candidaturas que se presenten en las islas con un número de residentes igual o inferior a 5.000 habitantes.

Disposición Transitoria Séptima

En las convocatorias a elecciones municipales que se produzcan antes de 2011, lo previsto en el artículo 44 bis solo será exigible en los municipios con un número de residentes superior a 5.000 habitantes, aplicándose a partir del 1 de enero de ese año la cifra de habitantes prevista en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 187 de la presente Ley.

- **Motivación del Recurso:** Vulneración de los arts. 14 y 23 CE, del art. 6 en relación con el 22 CE y, en el recurso de inconstitucionalidad también la de los arts. 16.1, 20.1 a) y 68.5, todos de la CE.

- **Fallo:** Desestimación del recurso.

B) COMENTARIO-RESUMEN

1.- El TC señala que **la reforma de la legislación electoral**, incorporada por la D.A. 2ª de la LOIMH, lo que **pretende es la igual participación efectiva de hombres y mujeres** en la integración de las instituciones representativas de una sociedad democrática; no establece una medida de discriminación inversa o compensatoria (esto es, favoreciendo a un sexo sobre otro), sino una fórmula de equilibrio entre sexos, que tampoco es estrictamente paritaria, en cuanto que no impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino la regla de que unos y otras no podrán integrar las candidaturas electorales en una proporción inferior al 40 por 100. Su efecto es, pues, bidireccional, en cuanto que esa proporción se asegura igualmente a uno y otro sexo.

En cuanto al análisis de las alegaciones formuladas por los Diputados recurrentes y por el órgano judicial cuestionante, el TC señala que el punto de partida se sitúa en el hecho de que el requisito del equilibrio electoral entre sexos tiene por únicos destinatarios directos a quienes pueden presentar candidaturas, exclusivamente: partidos, federaciones y coaliciones de partidos y agrupaciones de electores, es decir, entidades jurídicas que no son sujetos de los derechos de sufragio activo y pasivo, cuya vulneración se denuncia. **(FJ 3)**

2.- La principal cuestión a resolver, sigue diciendo el TC, es la de la **legitimidad constitucional de la imposición** a los partidos políticos de la obligación de presentar candidaturas con “una composición equilibrada de mujeres y hombres”.

Así recuerda el TC que ya se afirmó que la igualdad que el art. 1.1 CE proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, no sólo se traduce en la igualdad de carácter formal (contemplada en el art. 14 CE y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias), sino asimismo en la igualdad de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a

promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos sea real y efectiva (STC 216/1991, FJ 5).

Dicho de otro modo, el **art. 9.2 CE** expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la **igualdad sustantiva**, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de prescripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material. Siendo la incorporación de esta perspectiva propia de la caracterización del Eº como social y democrático de Derecho. **(FJ 4)**

Por ello, se afirma la legitimidad constitucional del principio de composición equilibrada de mujeres y hombres como condicionante de la formación de las listas electorales, ya que lo que el art. 44 bis de la LOREG persigue es la efectividad del art. 14 CE en el ámbito de la representación política, donde si bien hombres y mujeres son formalmente iguales, es evidente que las segundas han estado siempre materialmente preteridas. Exigir de los partidos políticos que cumplan con su condición constitucional de instrumento para la participación política (art. 6 CE), mediante una integración de sus candidaturas que permita la participación equilibrada de ambos sexos, supone servirse de los partidos para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE.

Sigue señalando el TC que la libertad de presentación de candidaturas por los partidos (que en ésta como en sus demás actividades están sometidos a la CE y a la Ley, como expresa el art. 6 CE) no es, ni puede ser absoluta. Ya el legislador, en atención a otros valores y bienes constitucionales protegidos, ha limitado esa libertad imponiéndoles determinadas condiciones para la confección de las candidaturas (referidas a la elegibilidad de los candidatos, a la residencia en algunos supuestos, o incluso a que tales candidaturas hayan de serlo mediante listas cerradas y bloqueadas). Por tanto, esta nueva limitación del equilibrio por razón de sexo ni es la única, ni carece, por lo que acaba de verse, de fundamento constitucional.

La validez constitucional de estas medidas, resulta pues clara. En primer lugar, porque es legítimo el fin de la consecución de una igualdad efectiva en el terreno de la participación política. En segundo término, porque resulta razonable el régimen instrumentado por el legislador que se limita a exigir una composición equilibrada con un mínimo del 40 por 100 y sin imposición de orden alguno, contemplándose excepciones para las poblaciones de menos de 3.000 habitantes y una dilación en la efectividad de la Ley hasta 2011 para las inferiores a 5.000, y que, por tanto, sólo excluye de los procesos electorales a aquellas formaciones políticas que ni tan siquiera aceptan integrar en sus candidaturas a ciudadanos de uno y otro sexo. **(FJ 5)**

3.- Al igual que ocurre con los partidos políticos, cabe señalar en relación a las **agrupaciones de electores**, que con esta medida no se condiciona la composición de las candidaturas promovidas por estas agrupaciones con arreglo a criterios diferenciadores determinantes de una dialéctica mayoría/minoría, como sucedería si se exigiera la presencia de un número o porcentaje de personas de determinada raza o de un cierto arco de edad, sino que el criterio atendido es aquel que en todo caso, de manera universal, divide a la sociedad en dos grupos cuantitativamente equilibrados. Y en virtud del art. 9.2 CE se persigue que ese equilibrio material se traslade desde la sociedad a los órganos políticos de representación ciudadana; lo que resulta, de nuevo, coherente con el principio democrático.

Lo que se pretende, en suma, es que la igualdad efectivamente existente en cuanto a la división de la sociedad con arreglo al sexo no se desvirtúe en los órganos de representación política con la presencia abrumadoramente mayoritaria de uno de ellos. **(FJ 7)**

4.- El TC también establece que, frente a lo afirmado en el recurso y en la cuestión de inconstitucionalidad, la normativa impugnada **tampoco vulnera la libertad ideológica ni la libertad de expresión de los partidos políticos (arts. 16.1 y 20.1.a) CE**. La D.A. 2ª de la LOIMH no impide la existencia de partidos con una ideología contraria a la igualdad efectiva entre los ciudadanos.

Por ello, el requisito de que las formaciones políticas que pretendan participar en los procesos electorales hayan de incluir necesariamente a candidatos de uno y otro sexo en las proporciones recogidas en esta Ley no implica la exigencia de que esas mismas formaciones políticas participen de los valores sobre los que se sustenta la llamada democracia paritaria.

En particular, no se está impidiendo la existencia de formaciones políticas que defiendan activamente la primacía de las personas de un determinado sexo, o que propugne postulados que pudiéramos denominar *machistas* o *feministas*. Lo que exige la D.A. que nos ocupa es que cuando se pretenda defender esas tesis accediendo a los cargos públicos electivos se haga partiendo de candidaturas en las que se integran personas de uno y otro sexo.

En consecuencia, dada la legitimidad constitucional de la nueva exigencia del equilibrio entre sexos impuesta para la presentación de candidaturas, ha de rechazarse que tal medida vulnere las libertades garantizadas en los arts. 16.1 y 20.1.a) CE. **(FJ 6)**

5.- Sostienen, también, los Diputados recurrentes que las **excepciones a la aplicación general del nuevo art. 44 bis LOREG** introducidos por los nuevos arts. 187.2 y 201.3 ponen de manifiesto la falta de fundamento objetivo y razonable de las reformas legislativas controvertidas pues operan sobre los supuestos en los que resulta más manifiesta la tradicionalmente escasa participación de la mujer en la vida política. Dichas excepciones se refieren a los municipios con un número de residentes igual o inferior a 3.000 habitantes (5.000 hasta 2011, según la D.T. 7ª LOREG, añadida por la LOIMH) y a las islas con número de residentes igual o inferior a 5.000 habitantes, respectivamente.

Al respecto, sentencia el TC que dicho reproche no tiene acogida posible, pues si bien la legitimación constitucional a la nueva regulación contenida en la LOREG es ofrecida por el art. 9.2 CE, éste no impone una

regulación como la cuestionada. Es decir, el art. 9.2 CE no obliga a que esa regulación se exija en todos los casos, correspondiendo a la libertad de configuración del legislador democrático el diseño del régimen electoral en los términos vigentes hasta la entrada en vigor de la reforma del art. 44 bis LOREG o en los del nuevo precepto legal, que sin duda, contribuye a la realización del mandato que inequívocamente dirige el art. 9.2 CE a los poderes públicos, con las excepciones que los Diputados recurrentes cuestionan; excepciones que, por lo demás, persiguen facilitar o flexibilizar su aplicación, constituyendo instrumentos particularmente apropiados para satisfacer las exigencias de la proporcionalidad de la nueva regulación legal.

Por otra parte, se reprocha al segundo párrafo del nuevo art. 44 bis.1 LOREG que dé cobertura al establecimiento de **normas que eleven la cuota** de representación de la mujer **hasta acercarla al 50 por 100** en la composición de las listas de candidatos a las **Asambleas Legislativas de las CCAA.**

En todo caso, esta habilitación en sí misma, y así entendida también encuentra cobertura constitucional en el art. 9.2 CE. Por otra parte, señala el TC que no le corresponde efectuar pronunciamientos preventivos sobre legislaciones hipotéticas o sobre legislaciones que, aunque existieran, no son objeto del presente proceso. **(FJ 8)**

6.- Por otra parte, los recurrentes y el órgano judicial cuestionante plantean una **posible vulneración** por la normativa recurrida **de los arts. 14 y 23 CE.** Al margen de que, como se ha señalado en el FJ 3, tales vulneraciones se predicarían de los ciudadanos y no de los destinatarios de la norma, el propio contenido de los preceptos en cuestión permite rechazar este tipo reflejo de vulneración.

Por lo que respecta a la **igualdad (14 CE),** no cabe apreciar que una medida legal como la impugnada pueda suponer su infracción, ya que, por el contrario como se ha señalado más atrás, es justamente esa igualdad la que la propia medida asegura. En efecto las modificaciones de la LOREG no incorporan fórmulas compensatorias a favor de las mujeres, en su calidad de

grupo históricamente desfavorecido, sino que plasman un criterio que se refiere indistintamente a los candidatos de uno y otro sexo.

En cuanto al **derecho de sufragio pasivo**, dispone el TC que **no puede entenderse quebrantado su contenido esencial**, identificado como la garantía de *que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores hayan elegido como sus representantes, satisfaciéndose, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de candidatos* (SSTC 154/2003, FJ 3; 185/1999, FJ 2 c). Por tanto, nada hay en la D.A. 2ª de la LOIMH que altere dicha correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y los candidatos que deban ser proclamados electos y acceder a los cargos públicos electivos.

El principio de composición equilibrada es un instrumento al servicio de la igualdad de oportunidades en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo pues informa la elaboración de las candidaturas; siendo ello así sólo cabría plantearse una eventual vulneración del contenido esencial del derecho fundamental proclamado en el art. 23.2 CE si su aplicación se efectuara en la fase de proclamación de candidatos electos, operando a partir de los resultados electorales.

Tampoco se observa vulneración del derecho de sufragio activo (23.1 CE). Este derecho se ejerce por los ciudadanos mediante la elección, a través del sufragio libre, igual, directo y secreto, entre las opciones presentadas para su consideración por las formaciones políticas habilitadas al efecto por la legislación electoral, sin que forme parte de ese derecho la facultad de otorgar la condición de candidato a quien no fue propuesto como tal por los partidos políticos, agrupaciones de electores o federaciones de partidos. No cabe, por consiguiente, apreciar contradicción alguna entre la disposición adicional segunda LOIMH y los arts. 14 y 23.1 CE. **(FJ 9)**

7.- Finalmente, y en cuanto a la **queja sobre la fragmentación del cuerpo electoral**, dispone el TC que no se aprecia que las medidas controvertidas quiebren la unidad de la categoría de ciudadano o entrañen un riesgo cierto de disolución del interés general en un conjunto de intereses

parciales o por categorías. Como ya se había apuntado, el principio de composición equilibrada de las candidaturas se asienta sobre un criterio natural y universal, como es el sexo.

Añade el TC que las previsiones de la D.A. 2ª LOIMH no suponen la creación de vínculos especiales entre electores y elegibles, ni la compartimentación del cuerpo electoral en función del sexo. Los candidatos defienden opciones políticas diversas ante el conjunto del electorado y, caso de recibir el respaldo de éste, lo representarán también en su conjunto y no sólo a los electores de su mismo sexo. **(FJ 10)**

SENTENCIA 49/2008, DE 9 DE ABRIL,

en relación con el art. único, apartados 6 y 7, de la Ley Orgánica
6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la LOTC
Recurso de Inconstitucionalidad

A) ANTECEDENTES Y FALLO

- **Promotor del Recurso:** más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados (nº 6729-2007).
- **Norma impugnada:** Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.
- **Extensión de la impugnación:** artículo único, apartados 6 y 7.

Seis. Se introduce un segundo párrafo en el apartado 1 del artículo 16 del siguiente tenor:

Los Magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara.

Siete. El artículo 16.2, 3 y 4 quedará redactado como sigue:

2. Los candidatos propuestos por el Congreso y por el Senado deberán comparecer previamente ante las correspondientes Comisiones en los términos que dispongan los respectivos Reglamentos.

3. La designación para el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional se hará por nueve años, renovándose el Tribunal por terceras partes cada tres. A partir de ese momento se producirá la elección del Presidente y Vicepresidente de acuerdo con lo previsto en el artículo 9. **Si el mandato de tres años para el que fueron designados como Presidente y Vicepresidente no coincidiera con la renovación del Tribunal Constitucional, tal mandato quedará prorrogado para que finalice en el momento en que dicha renovación se produzca y tomen posesión los nuevos Magistrados.**

4. Ningún Magistrado podrá ser propuesto al Rey para otro período inmediato, salvo que hubiera ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años.

- **Motivación del Recurso:** Principalmente, los recurrentes alegan la vulneración de los artículos 159.1 y 160 de la Constitución.

- **Fallo:** Desestimación del recurso.

B) COMENTARIO-RESUMEN

1.- Con carácter preliminar a abordar el fondo del asunto, la Sentencia se plantea la **posibilidad de que el TC pueda controlar la constitucionalidad de la LOTC**, dada la vinculación de este Tribunal a su propia Ley Orgánica (art. 1.1 LOTC). Al respecto, se afirma que el control de la LOTC debe limitarse a los supuestos en que existe un conflicto evidente e insalvable entre la misma y el texto constitucional. Sin embargo, ésta y otras cautelas, en ningún caso pueden suponer una renuncia a ejercer el control de constitucionalidad que el TC tiene encomendada en exclusiva, puesto que ello nos llevaría a dejar sin garantía jurisdiccional algunos de los preceptos constitucionales que más contribuyen a la realización del principio de supremacía constitucional. **(FFJJ 2-4)**

2.- A continuación, el TC analiza la primera de las tachas de inconstitucionalidad alegadas por los recurrentes: la **pretendida arbitrariedad de los preceptos impugnados**. Este argumento es desestimado por el TC, por cuanto los recurrentes se han limitado a calificar las reformas introducidas por la Ley Orgánica 6/2007 de puramente arbitrarias y carentes de cualquier justificación jurídica sin aportar ningún otro indicio que la ausencia de justificación en la Exposición de Motivos.

Al respecto, recuerda el TC que el legislador no está constitucionalmente obligado a justificar sus opciones legislativas en las exposiciones de motivos o preámbulos de las leyes.

Por otra parte, se afirma que la jurisprudencia constitucional viene exigiendo generalmente dos requisitos respecto a las leyes pretendidamente arbitrarias, requisitos que no concurren en el caso concreto: por un lado, que quien la invoca lo razone detalladamente; y por otro, que la arbitrariedad sea el resultado bien de una discriminación normativa, bien de la carencia absoluta de explicación racional de la medida adoptada, pero en ningún caso de una discrepancia política respecto de su contenido. **(FJ 5)**

3.- Descartada la tacha de vulneración de la interdicción de la arbitrariedad dirigida contra los dos preceptos recurridos, se analiza en la Sentencia la concreta impugnación del art. 16.1, párrafo segundo, de la LOTC, relativo a la participación de las CCAA en la elección de Magistrados del TC por el Senado. Los recurrentes aducen que dicho precepto vulnera distintos artículos de la Constitución, siendo el primero de ellos el art. 159.1 CE, al considerar que esta norma atribuye directamente al Senado la facultad exclusiva y absoluta de proponer a cuatro Magistrados del TC, por lo que entienden que la norma impugnada altera la CE para desapoderar al Senado de una de sus competencias constitucionales. **(FFJJ 6 y 7)**

Al respecto, señala el TC que el precepto impugnado, tal y como está redactado no puede dejar totalmente en manos de los Parlamentos autonómicos la libre determinación de los candidatos elegibles por el Senado, sino que remite a su Reglamento y, por lo tanto, a la propia voluntad de la Cámara, la concreción del grado de participación de los Parlamentos autonómicos en dicha facultad, así como el margen de intervención del Senado en el proceso de elección de los Magistrados del TC. **(FJ 9)**

Se establece, asimismo, que no existe ningún precepto constitucional que impida a las CCAA intervenir en la elección de Magistrados del TC presentando candidatos al Senado, destacando la Sentencia que esta participación de las CCAA en dicha elección “constituye una finalidad que puede perseguirse legítimamente en nuestro sistema constitucional”. **(FFJJ 12 y 13)**

En contra de lo expuesto por los recurrentes, el TC señala que no existe un desapoderamiento de la Cámara Alta respecto de su facultad constitucional de elegir a 4 Magistrados del TC, ya que la participación autonómica se limita a la fase de presentación de candidatos y no implica, por tanto, que el Senado deje de ser el titular de dicha facultad. Además, cabe deducir del tenor literal del art. 16.1 LOTC que el Reglamento del Senado pueda incluso prever

mecanismos que hagan posible que sea esta Cámara la que proponga candidatos a Magistrados del TC en el supuesto excepcional de que el sistema de elección previsto con carácter general no culmine con esta elección. **(FJ 14)**

4.- La segunda tacha de inconstitucionalidad planteada en el recurso en relación con el art. 16.1 LOTC se refiere a una **pretendida vulneración del sistema de fuentes al ser contrario a los arts. 72.1 y 165 CE** (por quebrantar la reserva de Reglamento parlamentario y por exceder las materias que la CE reserva a la LOTC, respectivamente).

El TC rechaza, en primer lugar, que el art. 16.1 de la LOTC vulnere el art. 72.1 CE por dos motivos básicamente: por un lado, porque no sería posible que el Reglamento del Senado introdujese unilateralmente una participación de los Parlamentos autonómicos de este tipo al exceder claramente la vida interna del Senado; y por otro lado, porque la amplia remisión que realiza la LOTC al propio Reglamento de la Cámara garantiza que sea ésta la que, en ejercicio de su autonomía, pueda concretar el régimen jurídico de dicha participación, así como el procedimiento de elección definitiva de los Magistrados. **(FJ 15)**

A la misma conclusión llega la Sentencia en relación con el art. 165 CE, rechazando una interpretación restrictiva de las materias que el citado artículo reserva a la LOTC (funcionamiento, estatuto de sus miembros, procedimiento y condiciones para el ejercicio de las acciones). Señalándose, incluso, que es precisamente la LOTC, que no está vinculada positiva sino negativamente a la CE, la única fuente del Derecho que puede introducirla, a excepción de la propia CE. **(FJ 16)**

Por otra parte, desestimados los motivos de inconstitucionalidad principales, se deben desestimar también las tachas derivadas o consecuenciales que afectan a la posición constitucional del Senado. Así, descartada que la regulación impugnada pueda suponer un desapoderamiento del Senado resulta evidente que no se ha vulnerado la posición constitucional de esta Cámara, tal y como se expresaba en la demanda. **(FJ 17)**

5.- Como se ha señalado anteriormente, el recurso también se dirige contra la **tercera frase del art. 16.3 LOTC**, si bien referido únicamente a la Presidencia y no a la Vicepresidencia (al no preverse esta última figura constitucionalmente). El precepto recurrido prevé la **prórroga automática del mandato del Presidente del TC** en caso de que el mandato de tres años para el que fue designado no coincidiera con la renovación del TC, siendo prorrogado tal mandato para que finalice en el momento en que dicha renovación se produzca y tomen posesión los nuevos Magistrados. Los recurrentes alegan que esta previsión vulnera el **art. 160 CE** por no respetar la duración del mandato de la Presidencia, que de forma taxativa se establece en tres años, y por sustraer al Pleno la competencia de elegirla.

El TC dispone que el propósito de la reforma en este punto es claro y radica en hacer coincidir la elección de la presidencia con la renovación parcial del TC, con la participación de los nuevos Magistrados; no pudiendo calificarse esta finalidad de arbitraria, ni tampoco de vulneradora de ningún precepto constitucional.

Además, destaca que dicha previsión consiste en una prórroga, no en un nuevo mandato, por lo que resulta evidente que su duración no es de tres años, sino que se limita al tiempo que transcurra hasta que la renovación parcial del TC sea una realidad; de tal forma que esta prórroga automática del mandato presidencial está vigente única y exclusivamente hasta que el Tribunal renovado esté en condiciones de proceder a la elección de la nueva presidencia.

Por último, la Sentencia expresa que esta previsión legal no sustrae, tal y como sostienen los recurrentes, una competencia constitucional del Pleno; y ello es así porque lo que la CE otorga al Pleno es la competencia para elegir, no para prorrogar. Por otra parte, explica que el criterio adoptado por la norma impugnada ha sido el mismo que el empleado por el Tribunal en los supuestos más recientes.

SENTENCIA, 101/2008, DE 24 DE JULIO,
en relación con el artículo 184.7 del Reglamento del Senado
Recurso de Inconstitucionalidad

A) ANTECEDENTES Y FALLO

- **Promotor del Recurso:** cincuenta y dos Senadores del Grupo Parlamentario Popular del Senado. (nº 269-2008).
- **Norma impugnada:** Reglamento del Senado
- **Extensión de la impugnación:** artículo 184, apartado 7.

“La elección por el Senado de los cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional, cuyo nombramiento ha de proponerse al Rey, según lo previsto en el artículo 159 de la Constitución, seguirá el procedimiento previsto en este Capítulo con las siguientes especialidades:

a) El Presidente del Senado comunicará a los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas la apertura del plazo para la presentación de las candidaturas. Cada Asamblea Legislativa podrá, en ese plazo, presentar hasta dos candidatos, resultando aplicable lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de este artículo.

b) La Comisión de Nombramientos elevará al Pleno de la Cámara una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir, que deberán haber comparecido previamente en la Comisión. Si no se hubieran presentado en plazo candidaturas suficientes, la propuesta que se eleve al Pleno podrá incluir otros candidatos”.

- **Motivación del Recurso:** los recurrentes alegan la vulneración del artículo 159 de la Constitución.
- **Fallo:** Desestimación del recurso, declarando la constitucionalidad del precepto recurrido en el sentido expresado en los FFJJ 9 y 10.

B) COMENTARIO-RESUMEN

1.- Tras recordar el TC que el Reglamento del Senado sí que puede ser objeto del control abstracto de constitucionalidad, se rechazan determinadas tachas de inconstitucionalidad formuladas por los recurrentes, ya que las mismas guardan relación directa con las ya desechadas en la **STC 49/2008** que resolvía el recurso formulado contra el segundo párrafo del artículo 16.1 LOTC, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 6/2007. **(FFJJ 1-3)**

2.- A continuación, el TC rechaza, como seguidamente se razonará, la tacha alegada por los recurrentes, referida a que el precepto impugnado impide al Senado descartar a los candidatos presentados por los Parlamentos autonómicos que no reúnan los requisitos constitucional y legalmente establecidos para ser nombrados Magistrados del Tribunal Constitucional, pues el propio precepto impugnado deja claramente 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.**

En efecto, conviene reparar que el nuevo apartado 7 del art. 184 RS precisa que la elección por el Senado de los cuatro Magistrados del TC se regirá por el **procedimiento general** aplicable a las propuestas de nombramiento, de designación o de elección de personas para ocupar cargos públicos en órganos constitucionales y otros órganos estatales (previsto en el Capítulo I del Título IX del RS), con las **tres especialidades** introducidas por el propio 184.7 RS:

- a. La apertura del plazo para la presentación de candidaturas por los Parlamentos autonómicos;
- b. 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;
- c. 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. (FJ 4)

3.- Así, 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**, lo que a su vez permitirá que, en dicho plazo, cada Asamblea pueda presentar hasta dos candidatos.

Al respecto, nada ha de reprocharse a esta previsión procedimental, la cual tiene como finalidad hacer posible la intervención de los Parlamentos autonómicos en la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional que corresponden al Senado en lo que podemos considerar, la primera fase o momento de dicha elección (STC 49/2008, FJ 9 in fine).

También se señala en la Sentencia, 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 para desempeñar el cargo. De acuerdo con el art. 184.4 RS, conlleva también la posibilidad de que la Mesa de la Cámara, oída la Comisión, 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, inadmisión que determinaría, llegado el caso, la presentación, por los Parlamentos autonómicos, de nuevos candidatos, en el plazo al efecto establecido por la Mesa del Senado, en aplicación de la previsión del art. 184.4 RS, al que expresamente remite el nuevo apartado 7 a) añadido en la Reforma de dicho Reglamento objeto del presente proceso.

Por último, expresa el TC que, obviamente, 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 y definitiva fase, correspondiente en exclusiva al Senado, pues esto último dependerá, evidentemente, de la decisión que al

respecto adopte el Pleno de la Cámara Alta mediante el voto secreto e individual de sus miembros (art. 186 RS). **(FJ 5)**

4.- En cuanto a la segunda cuestión que cumple examinar, la relativa a la **propuesta que la Comisión de Nombramientos ha de realizar al Pleno de la Cámara**, el TC explica que se trata de una previsión procedimental interna en orden al cumplimiento de la función asignada por el art. 159.1 CE, la cual, evidentemente, no compele al Pleno a aceptar la propuesta formulada, ya que este último órgano expresa, mediante la requerida votación, su propio juicio sobre los candidatos propuestos por la Comisión de Nombramientos. **(FJ 6)**

5.- A continuación, se analiza la tercera cuestión aludida, esto es, la facultad atribuida a la **Comisión de Nombramientos del Senado para incluir candidatos distintos de los inicialmente propuestos en sede autonómica**, en el caso de que no se hubieran presentado en plazo candidaturas suficientes. Sobre esta previsión del precepto reglamentario señala el TC que en principio, tales candidatos serán los que hayan presentado las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, pero la libertad institucional, insuprimible, del Senado y, en este trámite procedimental, 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. Imposibilidad que, como hemos examinado, podría darse tanto si las Asambleas Legislativas no atendieran a la invitación del Senado para presentar candidatos, como si los presentados no reunieran los requisitos necesarios o no resultaran, a juicio de la Comisión de Nombramientos —cuya voluntad, en virtud de su propia composición y funcionamiento, es legítimo trasunto de la del Pleno, al que, en todo caso, compete la última palabra—, merecedores de la confianza institucional del Senado. En esos casos se estaría ante el supuesto de que “no se hubiesen presentado en plazo candidaturas suficientes”, contemplado en el art. 184.7 b) RS y para el que se ha previsto que la Comisión presente otros candidatos, que no serán ya propuestos por las Asambleas, sino 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. (FJ 9)

En definitiva, el TC debía resolver cómo interpretar la expresión **“candidaturas suficientes”**, utilizada en el inciso final del art. 184.7.b) RS: se trataba de dilucidar si hacía referencia a una interpretación cuantitativa o, por el contrario, comprensiva tanto del elemento cuantitativo como del cualitativo.

El TC opta por esta segunda opción, de tal forma que la facultad de la Comisión del Senado para incluir candidatos distintos de los inicialmente propuestos por los Parlamentos autonómicos, se refiere tanto a la inexistencia de candidaturas en número suficiente, como a la eventual inidoneidad de los candidatos presentados, entendido esto último relativo no ya al incumplimiento de los requisitos formales sino al juicio subjetivo que la Cámara ha de formarse sobre los candidatos presentados y que se expresará en términos de aceptación o rechazo de los mismos.

Así, la suficiencia de candidaturas no se vincula exclusivamente con la admisión de las presentadas por las Asambleas autonómicas, único momento en el que puede plantearse la insuficiencia estrictamente numérica, sino también a momentos posteriores del procedimiento, tras la oportuna comparecencia de los candidatos ante la Comisión. *Por ello, la insuficiencia se verificará tras la comparecencia ante la Comisión de Nombramientos de los candidatos, es decir, si la Comisión de Nombramientos no puede elevar una propuesta al Pleno porque no se han presentado candidatos o porque los que lo han sido no han merecido su confianza en el trámite de la comparecencia o bien se producirá como consecuencia de que el Pleno del Senado no acepte alguna o todas las candidaturas propuestas por la Comisión de Nombramientos. (FFJJ 9 y 10)*

6.- Finalmente, señala el TC que, en coherencia con la libertad última de la que goza la Cámara en relación con el juicio de idoneidad que le merezcan las distintas candidaturas, tampoco puede descartarse que sean los Senadores, en el acto final de elección por el Pleno de la Cámara, los que, libremente y con voto secreto decidan, mediante la mayoría reforzada

constitucionalmente exigida, sobre la aceptación o, por el contrario, rechacen constituir dicha mayoría, respecto a todos o alguno de los Candidatos seleccionados por la Comisión de Nombramientos de entre los previamente presentados en plazo por las Asambleas Legislativas de las CCAA, lo que igualmente habría de conducir a una **nueva selección de candidatos por la Comisión de Nombramientos para someterla al Pleno,** esta vez proponiendo **candidaturas surgidas del propio seno de la Cámara.** (FJ 9)

SENTENCIA 103/2008, DE 11 DE SEPTIEMBRE,

en relación con la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política

Recurso de Inconstitucionalidad

A) ANTECEDENTES Y FALLO

- **Promotor del Recurso:** el Presidente del Gobierno (nº 5707-2008).
- **Norma impugnada:** Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio.

Artículo único:

1. En virtud de la presente autorización del Parlamento Vasco, el Lehendakari somete a Consulta de todos los ciudadanos y ciudadanas del País Vasco con derecho de sufragio activo, y con carácter no vinculante, las siguientes preguntas:

a) ¿Está Usted de acuerdo en apoyar un proceso de final dialogado de la violencia, si previamente ETA manifiesta de forma inequívoca su voluntad de poner fin a la misma de una vez y para siempre?

b) ¿Está Usted de acuerdo en que los partidos vascos, sin exclusiones, inicien un proceso de negociación para alcanzar un Acuerdo Democrático sobre el ejercicio del derecho a decidir del Pueblo Vasco, y que dicho Acuerdo sea sometido a referéndum antes de que finalice el año 2010?

2. La Consulta se celebrará el sábado 25 de octubre de 2008 en la Comunidad Autónoma del País Vasco y se tendrá por convocada por el Lehendakari el día 15 de septiembre de 2008.

- **Motivación del Recurso:** infracción de los arts. 149.1.32ª, 1.2, 2, 168 y Disposición Adicional Primera de la Constitución.
- **Fallo:** Estimación del recurso y declaración de inconstitucionalidad de la Ley impugnada.

B) COMENTARIO-RESUMEN

1.- La principal cuestión a resolver para conocer si la Ley recurrida ha invadido o no la competencia reservada con carácter exclusivo al Estado por el art. 149.1.32ª CE en materia de “*autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum*”, es determinar si la consulta es o no un referéndum.

Recuerda al respecto el TC que el referéndum es un instrumento de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, estos es, para el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE; y no una mera manifestación del fenómeno participativo. Se trata, por tanto, de 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 conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías específicas.

Sigue señalando el TC que para calificar una consulta como referéndum o, más precisamente, para determinar si una consulta popular se verifica “por vía de referéndum” (art. 149.1.32ª CE) y su convocatoria requiere entonces de una autorización reservada al Eº, 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. **(FJ 2)**

2.- Tras analizar lo que constitucionalmente debe ser considerado como referéndum, queda por decidir 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 de llegarse a esta conclusión, la Ley impugnada incurriría en inconstitucionalidad.

En este sentido, la Sentencia del TC señala que con la Ley 9/2008 se *llama a consulta sobre un asunto de manifiesta naturaleza política (...) 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;* de acuerdo con el procedimiento disciplinado por la Ley de Elecciones al Parlamento Vasco, tal y como expresa la Disposición Adicional de la Ley recurrida.

Al respecto la Sentencia afirma que: *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** también, por lo dicho, **que la consulta es un referéndum.***

Además se añade que la circunstancia de que no sea jurídicamente vinculante, alegada por el Parlamento Vasco para defender la validez de la consulta *resulta de todo punto irrelevante, pues es obvio que el referéndum no se define frente a otras consultas populares por el carácter vinculante de su resultado.*

A continuación, el TC vuelve a recordar que la Constitución atribuye al Estado como competencia exclusiva la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum (art. 149.1.32ª CE), al mismo tiempo que prevé la existencia de convocatorias de referendos circunscritas a ámbitos territoriales inferiores al nacional (arts. 151 y 152).

Concluyendo que la concreta convocatoria del cuerpo electoral que realiza la Ley recurrida se lleva a cabo sin apoyo en título competencial expreso; no pudiendo ampararse dicha convocatoria en genéricas potestades implícitas vinculadas al principio democrático, al entrar éstas en colisión con competencias expresamente atribuidas a otro ente, como ocurre en el presente

caso con la que al Estado le atribuye el art. 149.1.32ª CE. En definitiva, *no cabe en nuestro ordenamiento constitucional, en materia de referéndum, ninguna competencia implícita, puesto que en un sistema, como el español, cuya regla general es la democracia representativa 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*, por lo que la **Ley recurrida es inconstitucional por razones competenciales: al vulnerar el art. 149.1.32ª CE. (FJ 3)**

3.- Tras afirmarse la inconstitucionalidad de esta Ley por razones competenciales, se examina el motivo de inconstitucionalidad material alegado por el Presidente del Gobierno: la infracción de los arts. 1.2 y 2 CE, en relación con el art. 168 CE y la Disposición Adicional Primera.

Por ello, analizando el contenido de la consulta, señala el Alto Tribunal que el objeto de ésta no es sino la **apertura de un procedimiento de reconsideración del orden constituido** que habría de concluir, eventualmente, en una nueva relación entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco: es decir, entre quien es hoy la expresión formalizada de un ordenamiento constituido por voluntad soberana de la Nación española, y un sujeto creado, en el marco de la CE, por los poderes constituidos en virtud del ejercicio de un derecho a la autonomía reconocido por la Norma fundamental.

Este procedimiento que se quiere abrir *no puede dejar de afectar al conjunto de los ciudadanos españoles, pues en el mismo se abordaría la redefinición del orden constituido por la voluntad soberana de la Nación, cuyo cauce constitucionalmente no es otro que el de la revisión formal de la Constitución por la vía del art. 168 CE, es decir, con la doble participación de las Cortes Generales, en cuanto representan al Pueblo Español (art. 66.1 CE), y del propio titular de la soberanía, directamente, a través del preceptivo referéndum de ratificación (art. 168.3 CE).*

Por todo ello, el Tribunal Constitucional afirma que la cuestión no puede ser planteada como materia sobre la que simplemente interesa el parecer no vinculante del cuerpo electoral del País Vasco, puesto que con ella se incide sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos.

Por último, se concluye señalando sobre esta cuestión, que 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: el artículo 168; no siendo posible actuaciones por otros cauces ni de las Comunidades Autónomas ni de cualquier órgano del Estado. **(FJ 4)**

4.- Por último, resta por examinar la denuncia de la supuesta **inadecuación del procedimiento parlamentario observado en la elaboración de la Ley recurrida**, siendo necesario recordar que el proyecto de ley en cuestión fue tramitado en lectura única de acuerdo con la especialidad del procedimiento legislativo prevista en el artículo 119 del Reglamento del Parlamento Vasco, reservada para aquellas iniciativas gubernamentales que por su “naturaleza” o su “simplicidad de formulación” consientan ser tramitadas directamente ante el Pleno o ante una Comisión, bien por acuerdo del propio Pleno, bien a instancia del Gobierno, sin necesidad de autorización de la Cámara “cuando circunstancias de carácter extraordinario y razones de urgente necesidad lo exijan” y siempre que no se vean afectadas determinadas materias enumeradas en el art. 119.3 RPV: Régimen Jurídico de las Instituciones Forales, Régimen Electoral, derechos, deberes, o libertades de los ciudadanos.

Pues bien, atendiendo al contenido de la Ley recurrida, resulta indiscutible que se ven afectadas por ella materias expresamente excluidas por el art. 119.3 RPV, siendo evidente la incidencia de la Ley sobre el derecho fundamental a participar en los asuntos públicos, por un lado, y sobre el régimen electoral, por otro.

Ello vicia de inconstitucionalidad a la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, pues es doctrina constitucional pacífica y reiterada que *las 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, de 25 de abril, FJ 2).*

Y tal alteración sustancial se ha producido en el presente caso, en tanto que, 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, sino en virtud de una decisión del Gobierno Vasco. **(FJ 5)**

SENTENCIA, 59/2008, DE 14 DE MAYO,
en relación con el art. 153.1 del Código Penal

Cuestión de Inconstitucionalidad

A) ANTECEDENTES Y FALLO

- **Promotor de la cuestión:** el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia (nº de cuestión 5939-2005).
- **Precepto cuestionado:** 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.

Art. 153.1 CP El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare 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, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

- **Duda de constitucionalidad:** Posible vulneración de los artículos 10, 14 y 24.2 CE; porque en el art. 153.1 CP el delito de maltrato ocasional se castiga con la pena de prisión de seis meses a un año cuando el sujeto activo fuera un varón y el sujeto pasivo una mujer, mientras que la misma conducta es castigada con la pena de prisión de tres meses a un año si el sujeto activo fuera una mujer y el sujeto pasivo un hombre (art. 153.2 CP).
- **Fallo:** Desestimación de la cuestión.

Los Fundamentos Jurídicos de esta Sentencia se repiten en otras que resuelven distintas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación al mismo artículo:

- Sentencia 76/2008, de 3 de julio de 2008
- Sentencia 80/2008, de 17 de julio de 2008
- Sentencia 81/2008, de 17 de julio de 2008
- Sentencia 82/2008, de 17 de julio de 2008
- Sentencia 83/2008, de 17 de julio de 2008
- Sentencia 95/2008, de 24 de julio de 2008
- Sentencia 96/2008, de 24 de julio de 2008
- Sentencia 97/2008, de 24 de julio de 2008
- Sentencia 98/2008, de 24 de julio de 2008
- Sentencia 99/2008, de 24 de julio de 2008
- Sentencia 100/2008, de 24 de julio de 2008

B) COMENTARIO-RESUMEN

1.- Una vez constatada la aplicabilidad y relevancia del precepto cuestionado, la Sentencia recuerda que el **artículo 14 CE**, exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, ha de existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. (FJ 5)

2.- Descartada en este caso la falta de objetividad de la norma, pues resulta indudable de su carácter general y abstracto **(FJ 7)**, se analizan a continuación la razonabilidad de la diferenciación y la falta de desproporción de sus consecuencias.

En primer lugar, entiende el TC que el **art. 153.1 CP tiene una justificación objetiva y razonable.** Así, se recuerda que la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género tiene 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.

Destaca el TC que la finalidad perseguida por el legislador no puede calificarse de irrazonable, por cuanto las agresiones del varón hacia la mujer que es o ha sido su pareja tienen una gravedad mayor que 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. Y esa mayor gravedad exige una mayor sanción, que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas.

Esta necesidad de protección la muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja; constituyendo esta frecuencia un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador que trata de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena.

La Sentencia resalta que no es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino —una vez más se resalta— 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. **(FFJJ 8-9)**

3.- Tras justificar que la diferencia encuentra una justificación objetiva y razonable, la Sentencia explica que **las consecuencias tampoco son desproporcionadas**. Así, desde un punto de vista punitivo, la diferencia entre la pena impuesta al hombre y a la mujer se reduce a la de tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena (así, un mínimo de 3 meses para la mujer, y de 6 para el hombre). Se subraya también que esta pena diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual para el hombre y para la mujer; y que, además, la pena impuesta al hombre puede rebajarse en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en el hecho en cuestión. Por todo ello, se afirma que en ningún caso la diferencia punitiva conlleva consecuencias desproporcionadas. **(FJ 10)**

4.- Por otra parte, el Juzgado se cuestionaba la posible 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, y por otro lado, si no se está atribuyendo al

varón “una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor”.

La Sentencia responde en sentido negativo a ambas cuestiones.

Respecto a la primera señala que lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas de los varones. No se trata 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.

En cuanto a la segunda indica que el hecho de que el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido en la conducta tipificada por el art. 153.1 CP, no comporta que se esté sancionado 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. **(FJ 11)**

SENTENCIA 140/2008, DE 28 DE OCTUBRE,

en relación con el art. 57.2 del Código penal

Cuestión de Inconstitucionalidad

A) ANTECEDENTES Y FALLO

- **Promotor de la cuestión:** la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona (594-2006).
- **Precepto cuestionado:** art. 57.2 del Código penal, redactado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

Art. 57.2 CP. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo [delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico] cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 [prohibición de aproximarse a la víctima] por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

- **Duda de constitucionalidad:** Posible vulneración de los arts. 1.1, 10, 15, 17, 18, 19, 24, 25, 32 y 39.1 de la Constitución en los casos en que la víctima rechace la imposición de la pena de alejamiento y no quiera cesar la relación de convivencia con el condenado.
- **Fallo:** Inadmisión de la cuestión al haber sido incumplidas las exigencias establecidas por el art. 35.2 LOTC en cuanto al trámite de audiencia a las partes.

B) COMENTARIO-RESUMEN

La Sentencia inadmite la cuestión de inconstitucional porque el órgano judicial **no ha satisfecho las exigencias** que impone el art. 35.2 LOTC en orden al **trámite de audiencia** a las partes y al Ministerio público sobre la pertinencia de plantear la cuestión de constitucionalidad (AATC 65/2001, de 27 de marzo; 299/2005, de 5 de julio; 263/2006, de 4 de julio; 50/2007, de 13 de febrero; 202/2007, de 27 de marzo; 370/2007, de 12 de septiembre; y 127/2008, de 22 de mayo).

En relación con el mencionado requisito es reiterada doctrina de este Tribunal que, con él, “se persigue el doble objetivo de garantizar la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión judicial de tanta entidad como es la apertura de un proceso constitucional y de poner a disposición del órgano judicial un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicha proceso”.

En la providencia por la que el órgano judicial ha procedido a la apertura del trámite de audiencia a las partes y al Fiscal no ha identificado ni precisado un sólo precepto constitucional que pudiera vulnerar el precepto legal cuestionado. Esta deficiencia afecta al correcto desarrollo del trámite de audiencia, pues para que su realización pueda cumplir adecuadamente la doble función antes señalada **resulta inexcusable que el órgano judicial identifique con precisión, no sólo los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad alberga dudas, sino también los artículos del texto constitucional que aquéllos puedan haber infringido** (por todos, AATC 263/2006, de 4 de julio; 370/2007, de 12 de septiembre). **(FFJJ 1-3)**

SENTENCIA 141/2008, DE 30 DE OCTUBRE,

en relación con el art. 57.2 del Código penal

Cuestión de Inconstitucionalidad

A) ANTECEDENTES Y FALLO

- **Promotor de la cuestión:** la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida (6563-2006).
- **Precepto cuestionado:** art. 57.2 del Código penal, redactado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

Art. 57.2 CP. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo [delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico] cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 [prohibición de aproximarse a la víctima] por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

- **Duda de constitucionalidad:** Posible vulneración de los arts. 1.1, 10, 18.1, 24.1 y 25.1 de la Constitución en los casos en que la víctima rechace la imposición de la pena de alejamiento y no quiera cesar la relación de convivencia con el condenado.
- **Fallo:** Inadmisión de la cuestión por incumplimiento relativo al denominado juicio de relevancia.

B) COMENTARIO-RESUMEN

La Sentencia inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Lleida porque el **juicio de relevancia resulta notoriamente inconsistente** porque, atendidas las circunstancias concretas del proceso *a quo*, el artículo cuestionado no podría ser aplicado al caso sin mermar el respeto a los principios constitucionales que informan el proceso penal, entre los que figura el principio de la prohibición de la *reformatio in peius*.

Ello es así porque la Sentencia de instancia no impuso al condenado la pena de alejamiento (de obligatoria imposición según el art. 57.2 CP); por tanto la Audiencia Provincial a la hora de resolver el recurso de apelación interpuesto por el recurrente, no puede aplicar dicha pena sin vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de éste, porque supondría un agravamiento de su situación por la interposición de un recurso que, objetivamente, pretende su absolución. **(FFJJ 1-6)**

SENTENCIA 162/2008, DE 15 DE DICIEMBRE,
en relación con el art. 31.3 a) de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de
Industria

Cuestión de Inconstitucionalidad

A) ANTECEDENTES Y FALLO

- **Promotor de la cuestión:** el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Zaragoza (6488-2001).
- **Precepto cuestionado:** art. 31.3 a) de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria.

Art. 31.3.a) Ley de Industria. . Son infracciones leves las siguientes:

- a. *El incumplimiento de cualquier otra prescripción reglamentaria no incluida en los apartados anteriores.* (referidos a las infracciones muy graves y graves)
- **Duda de constitucionalidad:** Posible vulneración del art. 25.1 CE que establece el principio de legalidad en materia sancionadora.
- **Fallo:** Estimación de la cuestión de inconstitucionalidad y declaración de la inconstitucionalidad y nulidad del art. 31.3.a) de la Ley 21/1992, de Industria

B) COMENTARIO-RESUMEN

La Sentencia declara la inconstitucionalidad y nulidad del art. 31.3.a) de la Ley 21/1992, de Industria por su incompatibilidad con el principio de legalidad sancionadora reconocido en el art. 25.1 CE.

El artículo cuestionado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Zaragoza establecía que “Son infracciones leves las siguientes: a) El incumplimiento de cualquier otra prescripción reglamentaria no incluida en los apartados anteriores”, que son los que tipifican las infracciones muy graves y las graves.

La Sentencia recuerda que esta es una de las prácticas normativas vedadas por el principio de legalidad porque, aunque el precepto sancionador ostente rango de ley, no contiene los elementos esenciales de la conducta antijurídica por cuanto se limita a realizar una remisión en blanco al poder reglamentario, habilitándole para regular por entero y “ex novo” las conductas susceptibles de sanción. **(FFJJ 1-3)**