

Anexo E.4

SOLICITUDES DE RECURSOS ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



SUMARIO

4.1	SOLICITUDES DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD	3
4.1.1	A leyes estatales	3
	Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica	3
	Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado	6
	Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho	9
4.1.2	A leyes y decretos autonómicos.....	11
	Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 11/2015, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2016	11
	Ley de la Comunitat Valenciana 11/2015, de 29 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2016.....	14
	Decreto ley 1/2016, de 12 de enero, de medidas urgentes en materia urbanística de las Illes Balears	20
	Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.....	24
	Decreto Ley 1/2016, de 26 de febrero, del Consell, de modificación del Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de horarios comerciales en la Comunitat Valenciana, y de la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de la Generalitat, de Comercio de la Comunitat Valenciana.....	31
	Ley de la Comunidad Autónoma de La Rioja 1/2016, de 4 de abril, de impulso y consolidación del diálogo social en La Rioja.....	39
	Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 2/2016, de 11 de mayo, por la que se modifica la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, en materia de valoración de la antigüedad a efectos de méritos.....	43

Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia	51
Ley 8/2016, de 30 de mayo, del Gobierno de las Illes Balears, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia.....	59
Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid.....	67
Ley 4/2016, de 22 de julio, de Protección de los Animales de Compañía de la Comunidad de Madrid	80
Ley 12/2016, de 17 de agosto, de evaluación ambiental de las Illes Balears.....	81

4.2 SOLICITUDES DE AMPARO 89

4.1 SOLICITUDES DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

4.1.1 A leyes estatales

Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica

Un ciudadano solicitó la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la ley de referencia al entender que alguno de sus preceptos es contrario a los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

Antecedentes

PRIMERO. Mediante escrito que tuvo su entrada en esta institución el día 16 de noviembre de 2015, un ciudadano solicita de la defensora del pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. En concreto, contra la figura del agente encubierto informático (nuevo apartado 6 del artículo 282 bis), facilitación de muestras de ADN por el detenido (nuevo párrafo segundo del artículo 520.6.c), intervención judicial de comunicaciones telefónicas y telemáticas (588 ter b y c), incorporación al proceso de datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios de telecomunicaciones (588 ter j), utilización de dispositivos o medios técnicos de seguimiento y localización (588 quinquies b y c), registro remoto de equipos informáticos (artículo 588 septies), captación y grabación de comunicaciones orales (588 quater), puesta a disposición judicial telemática de detenidos en buques o aeronaves (520 ter) y utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto (579 bis).

SEGUNDO. El compareciente expone su posición contraria a la ley por el inevitable sacrificio de derechos que conlleva la introducción de nuevos medios de investigación criminal, particularmente la intimidad y el secreto de las comunicaciones. Considera suficientes los medios de investigación criminal existentes antes de esta reforma. Entiende que la delincuencia ha disminuido y no es momento de incluir en la ley estos nuevos medios de investigación. Indica que, en este tipo de reformas, «tendría ventajas aproximarse a la cuestión desde el lado contrario al que se usa siempre, que es el de las necesidades del Estado». Desde estas premisas, critica uno por uno los preceptos enunciados en el antecedente Primero.

En lo que se refiere a los preceptos de la Constitución presuntamente infringidos, y que justificarían la interposición del recurso de inconstitucionalidad solicitado, el compareciente pide la «inconstitucionalidad, por el artículo 103.1 CE», y utiliza

reiteradamente, al referirse a los diferentes artículos que pretende se impugnen, la expresión «no solicito que esa institución plantee recurso de inconstitucionalidad por alguna discrepancia entre la Ley Orgánica 13/2015 y la jurisprudencia del TEDH, sino por ser excesivo (artículo 103.1 CE) que exista este medio de investigación penal».

Fundamentos de la resolución

PRIMERO. El Preámbulo de la Ley 13/2015, en su apartado IV, párrafo primero, dice: «La Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha podido sustraerse al paso del tiempo. Renovadas formas de delincuencia ligadas al uso de las nuevas tecnologías han puesto de manifiesto la insuficiencia de un cuadro normativo concebido para tiempos bien distintos. Los flujos de información generados por los sistemas de comunicación telemática advierten de las posibilidades que se hallan al alcance del delincuente, pero también proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos. Surge así la necesidad de encontrar un delicado equilibrio entre la capacidad del Estado para hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión que nuestro sistema constitucional garantiza a cada ciudadano frente a terceros. Por muy meritorio que haya sido el esfuerzo de jueces y tribunales para definir los límites del Estado en la investigación del delito, el abandono a la creación jurisprudencial de lo que ha de ser objeto de regulación legislativa ha propiciado un déficit en la calidad democrática de nuestro sistema procesal, carencia que tanto la dogmática como instancias supranacionales han recordado. Recientemente, el Tribunal Constitucional ha apuntado el carácter inaplazable de una regulación que aborde las intromisiones en la privacidad del investigado en un proceso penal. Hoy por hoy, carecen de cobertura y su subsanación no puede obtenerse acudiendo a un voluntarista expediente de integración analógica que desborda los límites de lo constitucionalmente aceptable. Solo así se podrá evitar la incidencia negativa que el actual estado de cosas está proyectando en relación con algunos de los derechos constitucionales que pueden ser objeto de limitación en el proceso penal».

Es evidente que el uso de las nuevas tecnologías para la comisión de delitos constituye un reto para el Estado de Derecho. Es necesario, por una parte, establecer instrumentos de investigación criminal que contemplen esta realidad y utilicen esas mismas tecnologías para dar satisfacción a derechos fundamentales de los ciudadanos tan importantes como el derecho a la justicia (artículo 24 de la Constitución) o a la seguridad (artículo 17). Por otra, la inevitable injerencia en otros derechos fundamentales en juego no menos importantes (intimidad, secreto de las comunicaciones) ha de ser mínima, proporcionada y dotada de suficientes garantías, particularmente el control judicial previo y sólidamente razonado. A este respecto, el Preámbulo de la ley, apartado IV, párrafos cuarto y quinto, añade: «Se ha estimado oportuna la proclamación normativa de los principios que el Tribunal Constitucional ha definido como determinantes de la

validez del acto de injerencia. Toda medida deberá responder al principio de especialidad. Ello exige que la actuación de que se trate tenga por objeto el esclarecimiento de un hecho punible concreto, prohibiéndose pues las medidas de investigación tecnológica de naturaleza prospectiva, de acuerdo con el concepto que informa la doctrina emanada del máximo intérprete de la Constitución, por toda la sentencia 253/2006, de 11 de septiembre. Las medidas de investigación tecnológica deben además satisfacer los principios de idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, cuya concurrencia debe encontrarse suficientemente justificada en la resolución judicial habilitadora, donde el juez determinará la naturaleza y extensión de la medida en relación con la investigación concreta y con los resultados esperados.

La reforma ha considerado adecuado no abandonar los aspectos formales de la solicitud y del contenido de la resolución judicial habilitante. La práctica forense no es ajena a casos de solicitudes policiales y de ulteriores resoluciones judiciales que adolecen de un laconismo argumental susceptible de vulnerar el deber constitucional de motivación. A evitar ese efecto se orienta la minuciosa regulación del contenido de esa solicitud, así como de la resolución judicial que, en su caso, habilite la medida de injerencia. Las disposiciones comunes se extienden igualmente a las demás cuestiones de forma, tales como la solicitud de prórroga, las reglas generales de duración, el secreto, el control de la medida, la afectación a terceras personas, la utilización de información en procedimiento distinto, el cese de la medida o la destrucción de registros. Cada diligencia modulará algunos de estos aspectos y se regirá por reglas específicas propias de su propia particularidad».

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya impugnación se pretende, mejora las posibilidades de investigación criminal; incorpora la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia; y establece garantías suficientes, en especial el control judicial previo o habilitante y el establecimiento de detallados requisitos para la adopción de cada una de las medidas.

SEGUNDO. El ciudadano compareciente considera que la norma debe ser impugnada por contraria al artículo 103.1 de la Constitución. Indica que los nuevos medios de investigación son «excesivos» conforme a dicho artículo.

Ha de hacerse notar que el artículo 103.1 («La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho») nada tiene que ver con la instrucción penal, ni con los medios de investigación que, previa orden judicial, adoptan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en funciones de policía judicial. Tampoco se aprecia la relación que pueda existir entre los principios enunciados en dicho artículo y el carácter, a juicio del compareciente, «excesivo» de los nuevos medios de investigación. Si por «excesivo» ha de entenderse

que no se respeta el principio de proporcionalidad, no puede compartirse esta tesis, teniendo en cuenta las garantías y límites establecidos, particularmente la autorización judicial previa y detallada caso por caso y el sólido fundamento de cada uno de los nuevos medios de investigación criminal.

Cabe concluir que no existe motivo fundado para la interposición del recurso solicitado, constatándose más bien un legítimo desacuerdo del compareciente con el contenido de la ley. Por tanto y en virtud de cuanto antecede se resolvió no interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 13/2015.

Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado

Un ciudadano planteó la interposición de un recurso de inconstitucionalidad al estimar que el legislador había sobrepasado las competencias que le reconoce la Constitución que no le permitirían entrar a regular el voluntariado.

Antecedentes

PRIMERO. El Boletín Oficial del Estado, número 247, de 15 de octubre de 2015, publicó el texto de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado.

SEGUNDO. El 2 de noviembre de 2015 un ciudadano solicitó a esta institución la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra dicha norma, por estimar que el legislador había violentado la Constitución al actuar fuera de los ámbitos de competencia expresamente reconocidos en el texto constitucional.

En el criterio del solicitante de recurso, al no referirse la Constitución al voluntariado como una materia de la competencia de los poderes públicos «no existiría legitimidad para que ningún poder en España, intervenga sobre el voluntariado».

El solicitante del recurso manifiesta asumir que en 1996 se publicó ya una ley sobre esta materia que no recibió reproches de inconstitucionalidad, aunque considera que en esta ocasión se produce «una oportunidad para que este asunto se reciba en nuestro Derecho constitucional».

A la vista de las alegaciones formuladas, se ha adoptado la resolución que luego se dirá, atendiendo a los siguientes

Fundamentos de la resolución

PRIMERO. Para examinar la solicitud de recurso recibida resulta necesario aclarar cuál es la configuración constitucional de la ley como producto normativo.

Nuestra Constitución no contiene una limitación material de la competencia legislativa de las Cortes Generales. De hecho en el texto fundamental no se formula un concepto de ley, aunque se apuntan varios de sus elementos de manera implícita.

La Constitución ha optado por lo que se conoce como concepto formal de ley, en lo que lo relevante es que la norma sea aprobada por un órgano legislativo —en el caso que aquí se trata las Cortes Generales—, con arreglo al procedimiento constitucionalmente determinado y previsto en los Reglamentos de las Cámaras, sin que quepa prejuzgar cuál sea su estructura y contenido. Solo en el caso de las Asambleas autonómicas procederá establecer matizaciones materiales a esta definición por razones competenciales, pero tales limitaciones no se contemplan respecto de quien está directamente vinculado al poder soberano, el pueblo español, y ejerce sus atribuciones en representación de este.

Lo que sí contiene la Constitución respecto a materias determinadas es una reserva legal; esto es, la previsión de que las decisiones que sobre tales materias se adopten deberán revestir tal forma normativa. Incluso, para determinadas cuestiones, se concreta el tipo de ley al que habrá de recurrirse, como ocurre, por ejemplo, en lo referente a la regulación de los derechos fundamentales que precisan de ley orgánica.

El hecho de que la Carta Magna difiera determinados asuntos a la ley no puede conducir a concluir que solo respecto de esos asuntos cabrá la actuación del legislador. De hecho, ha de repararse en que cuando se regula, en los artículos 81 a 92, el proceso de elaboración de las leyes las únicas limitaciones materiales previstas lo están respecto de la llamada iniciativa legislativa popular. De acuerdo con el párrafo tercero del artículo 87, estas iniciativas no procederán «en materias propias de ley orgánica, tributarias, o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia». Sin embargo, respecto de los restantes órganos a los que se atribuye iniciativa legislativa no se contempla limitación alguna.

En la lógica constitucional, sentadas a través de ella las bases de la organización jurídico-política, es al legislador al que le corresponde regular lo concreto y en esa tarea se le reconoce una amplísima libertad de configuración que el Tribunal Constitucional ha reafirmado en muy numerosas sentencias. Por todas, procede traer aquí lo señalado en la Sentencia 194/1989 (FJ 2):

«La Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquel puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad. Como ya dijimos en una de nuestras primeras Sentencias (STC 11/1981, Fundamento Jurídico 7º) “la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo”. El legislador es libre dentro de

los límites que la Constitución establece para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus propias preferencias políticas. Quien no puede dejarse llevar a este terreno es el Tribunal Constitucional».

SEGUNDO. Alude el solicitante de recurso al artículo 149 y los preceptos de los Títulos I y VII de la Constitución como previsiones en que la Constitución recoge las competencias del Estado que en su criterio serían susceptibles de desarrollo legislativo, entre las que no se enuncia la del voluntariado.

Sobre esta cuestión es preciso aclarar que la Constitución, como norma jurídica suprema que es, contiene mandatos al legislador tanto de carácter positivo (p. ej. el desarrollo de un determinado órgano o institución) como negativo (p. ej. la imposibilidad de extender por ley el sufragio activo o pasivo en la elecciones generales), pero en rigor el texto constitucional no contiene un listado de materias que limite la capacidad de actuación de las Cortes Generales.

De hecho, el artículo 149, junto a otros que no se citan en la solicitud de recurso, no tiene por función establecer las materias de las que habrán de ocuparse los poderes públicos, sino de hacer una atribución competencial entre los órganos en que se distribuye territorialmente el poder. No en vano el precepto aludido se ubica en el Título VIII de la CE, cuya rúbrica es precisamente «de la organización territorial del Estado». No puede, por tanto, emplearse el término «competencia» como sinónimo de «materia», ya que aquellas aluden al alcance constitucionalmente previsto de la titularidad de una potestad o función pública sobre alguna materia o ámbito de actuación por parte de un determinado ente.

Es más, una lectura completa del artículo 149 permite advertir que en su párrafo tercero se prevé la existencia de otras materias, distintas a las aludidas en dicho precepto y se establece el sistema de atribución competencial sobre las mismas. Tal previsión resulta, por lo demás, adecuada a las pretensiones de pervivencia de toda constitución, puesto que con el transcurso del tiempo forzosamente habrán de surgir cuestiones novedosas o materias nuevas precisadas de regulación que el constituyente no pudo prever, ni tan siquiera imaginar.

TERCERO. A la luz de lo hasta aquí expuesto no se encuentran razones que pudieran sustentar en Derecho la presentación del recurso solicitado.

Por cuanto antecede se resolvió no interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado.

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

Un ciudadano solicitó la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la ley de referencia al entender que la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional no puede corresponder a este tribunal sino al Poder Judicial.

Antecedentes

PRIMERO. Mediante escrito que tuvo su entrada en esta institución el día 26 de octubre de 2015, un ciudadano solicita de la defensora del pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho. Considera inconstitucional la nueva redacción de los artículos 80, 87, 92 y 95 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al entender que la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional no puede corresponder al propio Tribunal sino al Poder Judicial.

SEGUNDO. Considera el compareciente que la cuestión es «quién» es el encargado de ejecutar las sentencias del Tribunal Constitucional. El artículo 164.1 de la Constitución dice que las sentencias del Tribunal Constitucional «tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos». A la luz de este artículo, considera que al Tribunal Constitucional corresponde «interpretar» pero no «ejecutar». A juicio del compareciente, «hacer ejecutar lo juzgado» corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales ordinarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución.

Fundamentos de la resolución

PRIMERO. Desde el comienzo de sus actividades, y sin perjuicio de su libertad de acción en cada supuesto planteado, el Defensor del Pueblo, de acuerdo con la Junta de Coordinación y Régimen Interior, ha venido manteniendo el criterio general de no ejercitar la legitimación que le confieren el artículo 162.1.a) de la Constitución española, el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, y el artículo 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, cuando la acción sea iniciada por cualquiera de los restantes sujetos legitimados para ello (el presidente del Gobierno, cincuenta diputados o senadores, o los gobiernos y parlamentos de las comunidades autónomas en los casos en que así se dispone).

Este criterio, al margen de evidentes razones de economía procesal, tiene relación directa con la preservación de la neutralidad política que debe caracterizar la actuación del Defensor del Pueblo. El rango constitucional de la institución, su carácter de Comisionado parlamentario y la autoridad de la que gozan sus resoluciones parecen aconsejar la inhibición del Defensor del Pueblo en cualquier pugna procesal en la que su intervención no resulte imprescindible para cumplir adecuadamente su misión de garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos.

No hay duda de que la decisión sobre los aspectos de constitucionalidad de una ley implica una valoración de la norma, que se mueve delicadamente en el ámbito de las apreciaciones propias del poder legislativo y de su margen de opción dentro del marco teórico, no siempre absolutamente preciso, que establece el texto constitucional.

De acuerdo con estos criterios, si como consecuencia de haberse iniciado la acción por cualquier otro sujeto legitimado el Tribunal Constitucional ya va a pronunciarse sobre las cuestiones sometidas a la consideración del Defensor del Pueblo, se estima conveniente reservar su presencia en este tipo de procesos para aquellos supuestos en los que, de no intervenir, no habría pronunciamiento alguno sobre normas de constitucionalidad cuestionada.

En el presente caso, el Gobierno de Cataluña acordó, el 22 de diciembre de 2015, presentar un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 15/2015.

Asimismo, el Gobierno Vasco acordó, el 29 de diciembre de 2015, presentar un recurso de inconstitucionalidad contra la misma Ley Orgánica. Por ello, y adoptada la iniciativa por otros sujetos legitimados, se considera procedente, de acuerdo con los criterios de actuación expresados, abstenerse de intervenir.

SEGUNDO. Sin que, por lo que se acaba de indicar, procedan mayores consideraciones, y a los solos efectos de responder brevemente a lo solicitado, ha de hacerse notar que el compareciente cuestiona que se asignen al Tribunal Constitucional atribuciones para facilitar el cumplimiento de sus propias resoluciones por entender que debieran haberse asignado al Poder Judicial; el compareciente consideraría constitucional que se atribuyesen al Poder Judicial (que tendría una competencia «exclusiva» a estos efectos) pero no que se atribuyan al Tribunal Constitucional.

Sin embargo, ha de recordarse que el Poder Judicial (Título VI) y el Tribunal Constitucional (Título IX) ejercen funciones jurisdiccionales de naturaleza muy distinta. La jurisdicción del Tribunal Constitucional es exclusivamente la propia de los procesos constitucionales, mientras que la del Poder Judicial alcanza al resto de procesos, a los diferentes casos que le son planteados de carácter civil, penal, administrativo o social. Cuando el artículo 117.3 (en el Título VI) de la Constitución dice que corresponde «exclusivamente» a los juzgados y tribunales juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es

evidente que se refiere a los procesos civiles, penales, administrativos y sociales de los que conocen, pero no a los constitucionales, que están fuera de su ámbito funcional. En definitiva, en los procesos constitucionales no se aplica el artículo 117.3 invocado por el compareciente.

En virtud de cuanto antecede se resolvió no interponer recurso de inconstitucionalidad.

4.1.2 A leyes y decretos autonómicos

Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 11/2015, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2016

Se solicitó del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional cuadragésimo sexta de la Ley 11/2015, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2016.

La fundamentación de la solicitud de recurso no aludía a la infracción de ningún precepto constitucional sino que se limitaba a señalar la discrepancia existente, a juicio del interesado, entre el precepto cuestionado y determinadas previsiones legales. En particular, se consideraban infringidas las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, con cita de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública y la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, en aquellos preceptos que hacen referencia a la igualdad en la función pública y al derecho a la percepción de indemnizaciones por razón del servicio.

Aunque la fundamentación no es mínimamente precisa al respecto, cabe deducir que lo que se cuestiona es que a los funcionarios del Cuerpo General de la Policía Canaria se les aplique un régimen específico en materia de comisiones de servicio con derecho a indemnización diferente del que se aplica a los restantes funcionarios al servicio de la Comunidad Autónoma; y, asimismo, que tal previsión haya sido adoptada por el legislador autonómico que sería incompetente para hacerlo en una materia que, a juicio del solicitante de recurso, se incluye entre las que son competencia exclusiva del Estado al afectar a las bases del régimen estatutario de la función pública.

Se acordó no interponer el recurso solicitado en razón de la fundamentación siguiente

Fundamentos de la resolución

PRIMERO. Debe comenzar advirtiéndose que cuando el debate sobre la legitimidad constitucional de una norma o precepto se circunscribe a la defensa del orden

competencial, entiende la institución que quienes son titulares de las competencias supuestamente afectadas y tienen legitimidad para iniciar acciones en su defensa son los que deben actuar. Solamente en el supuesto de que la eventual inacción de los presuntos titulares de la competencia pudiera suponer un riesgo para el legítimo y pleno ejercicio de los ciudadanos, de los derechos y libertades que la Constitución les reconoce, procedería la actuación, digámoslo así, subsidiaria del Defensor del Pueblo, mediante el recurso de inconstitucionalidad contra la norma competencial que pudiera producir tal efecto.

Sería aplicable al caso este criterio ya que una de las alegaciones formuladas parece apuntar a la presunta invasión competencial por parte del legislador canario al regular una materia que el solicitante de recurso considera como parte integrante de las «bases del régimen estatutario de la función pública» que la Constitución reserva con carácter exclusivo al legislador estatal en su artículo 149.1.18. Sin embargo, basta un examen superficial del precepto cuestionado para afirmar que la materia tratada no afecta a las bases del régimen estatutario de la función pública, ya que se refiere exclusivamente a la determinación de los supuestos concretos en los que las comisiones de servicio asignadas a los funcionarios del Cuerpo General de la Policía Canaria conllevan el derecho a percibir la correspondiente indemnización.

Esta previsión no altera ni modifica la regulación básica del régimen retributivo actualmente contenida en el Estatuto Básico del Empleado Público cuyo texto refundido ha sido aprobado por el todavía reciente Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que se limita a proclamar el derecho de los funcionarios a percibir las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio, sin concretar —porque ello no es materia básica— ni los supuestos en que procede la indemnización ni la cuantía correspondiente.

SEGUNDO. Precisado lo anterior, y a la vista de las alegaciones formuladas, la cuestión se centraría en establecer si la regulación cuestionada otorga a los miembros del Cuerpo General de la Policía Canaria un trato distinto del que se otorga a los restantes funcionarios de la Administración pública canaria y si ese trato desigual tiene o no una justificación objetiva y razonable que permita considerarlo compatible o incompatible con el principio de igualdad.

Como recuerda el Tribunal Constitucional en su Auto 66/1987, «ya desde la Constitución está previsto un estatuto jurídico distinto para los funcionarios públicos en general (artículo 103.3) y para los funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (artículo 104.2)». El primero de los preceptos constitucionales citados establece que «la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos» y el segundo precisa que «una ley orgánica determinará las funciones, los principios básicos de actuación y los estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».

Este diferente régimen estatutario da lugar a que el propio Estatuto Básico del Empleado Público prevea en su artículo 4 que «solo se aplicará directamente cuando así lo disponga su legislación específica», entre otros, al «personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad» (4º.e).

TERCERO. La previsión constitucional expresa de establecimiento de un régimen estatutario diferenciado para el personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pone de manifiesto la existencia de un «elemento diferenciador con trascendencia jurídica» que ha de ser tenido en cuenta en el examen de la norma cuestionada desde la perspectiva precisa del derecho a la igualdad.

Por otra parte, la articulación del principio de igualdad en el empleo público tiene características propias que dan lugar a que el margen de actuación del legislador sea notablemente más amplio que en otros ámbitos. Como se recuerda en el ATC 113/1996:

«Desde la STC 7/1984, este Tribunal ha venido sosteniendo que la igualdad o desigualdad entre estructuras que son creación del Derecho cuales son los cuerpos y hay que entender las situaciones funcionariales, de existir, es el resultado de la definición que aquel haga de ellas, esto es, de su configuración jurídica que puede quedar delimitada por la presencia de muy diversos factores.

La discriminación, de existir, únicamente devendrá de la aplicación por el legislador o la Administración de criterios de diferenciación no objetivos ni generales, disfrutando, además, de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de concretar o configurar organizativamente el status del personal a su servicio (SSTC 50/1986, 57/1990, 293/1993, 9/1995)».

Tampoco debe olvidarse que la relación funcional tiene carácter estatutario, lo que implica, como afirma el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1987, de 11 de junio, (FJ 6 a) que:

«... el funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso..., porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional (artículo 103.3 CE)».

Por último, debe mencionarse que el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto en diversas sentencias (34/1984 y 49/1985, entre otras) que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier

elemento diferenciador con trascendencia jurídica, sino que solo es violado si la desigualdad aparece desprovista de una justificación objetiva y razonable en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

CUARTO. Con estas premisas, el análisis del precepto cuestionado no puede conducir a la impugnación solicitada. Por una parte, la previsión de que las comisiones de servicio que los miembros del Cuerpo General de la Policía Canaria realicen fuera de la isla en la que tengan su base o centro operativo se consideren comisiones de servicio con derecho a indemnización no supone una regulación sustantiva de su régimen retributivo ni menos aún una alteración de las bases de su régimen estatutario que estuviera vedada al legislador autonómico. Por otra parte, el precepto se limita a garantizar que las comisiones de servicio a las que se refiere den lugar a la correspondiente indemnización, lo que más que una restricción implica una garantía, sin que su literalidad permita entender, además, que no puedan autorizarse comisiones de servicio con derecho a indemnización a este colectivo aunque estas se lleven a cabo en la isla sede de la base o centro operativo correspondiente.

Pero aunque fuera otra la interpretación y limitase la indemnización a las comisiones de servicio a las que se refiere el precepto, estableciéndose un régimen más restrictivo para los funcionarios policiales que para los restantes, ello estaría amparado por el amplio margen del que dispone el legislador para concretar los términos de la relación estatutaria y por la naturaleza específica del colectivo funcional al que se dirige, sin que se viera resentido el principio constitucional de igualdad al existir un elemento diferenciador con trascendencia jurídica y ser la medida proporcionada y razonable desde el punto de vista de las tareas propias del cuerpo policial, los medios materiales con los que se desarrollan y el ámbito en el que se realizan.

Ley de la Comunitat Valenciana 11/2015, de 29 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2016

Representantes de varios sindicatos solicitaron del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 11/2015, de 29 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio 2016.

La solicitud de recurso no se dirigía contra preceptos del texto articulado de la ley sino contra las asignaciones presupuestarias a favor de otros sindicatos en concepto de compensación económica por la participación institucional dentro del Programa 315.10 «Condiciones de trabajo y administración de las relaciones laborales», en la Sección 11,

Servicio 02, del Estado de Gastos de los Presupuestos Generales para 2016 de la Generalitat Valenciana.

El desacuerdo tiene su origen no solo en la asignación presupuestaria misma sino, y principalmente, en la norma de la que trae causa, esto es, en la Ley 7/2015, de 2 de abril, de Participación y Colaboración Institucional de la Comunitat Valenciana. En síntesis, los sindicatos reclamantes cuestionan el contenido y alcance de la participación institucional regulada en la ley y la compensación económica prevista en ella que es el fundamento de las partidas presupuestarias cuestionadas.

Se acordó no interponer el recurso solicitado en razón de la fundamentación siguiente

Fundamentos de la resolución

PRIMERO. El hecho de que no se persiga la impugnación de ningún precepto del texto articulado de la ley no supone, en principio, ningún obstáculo, ya que el Tribunal Constitucional precisó en su sentencia 63/1986 que:

«... por lo que se refiere a los estados de autorización de gastos, cada una de las Secciones presupuestarias que contienen los créditos destinados a hacer frente a las correspondientes obligaciones del Estado adquiere fuerza de ley a través de la norma de aprobación incluida en el artículo 10 de las respectivas Leyes de Presupuestos. Y no pierde tal carácter por el hecho de que para su comprensión, interpretación e incluso integración, sea preciso acudir a otros preceptos, tal como ocurre con muchas normas jurídicas».

Sí plantea mayores dificultades, a las que se aludirá más adelante, el que la inconstitucionalidad alegada no derive de la norma presupuestaria ni de su concreción en el estado de gastos sino del contenido propio de la norma de la que las consignaciones presupuestarias traen causa.

SEGUNDO. La Ley 7/2015, de 2 de abril, de Participación y Colaboración Institucional de la Comunitat Valenciana, en su artículo 8 reconoce «a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, incluidas en el ámbito de esta ley, el derecho a percibir una compensación económica por su participación institucional, que se distribuirá entre las mismas». A su vez dispone que el importe de las compensaciones económicas por la participación institucional se establezca «en las leyes de presupuestos anuales de la Generalitat» y que revista la forma de «subvenciones nominativas directas».

Los sindicatos reclamantes, con cita incompleta del Fundamento Jurídico 3º de la STC 39/1986 concluyen, como también se ha citado en antecedentes, que la participación institucional no incluye la concertación social, las reuniones de negociación

en el sector público instrumental y las actividades en el seno de fundaciones del sector público y de los consorcios que lleven a cabo organizaciones sindicales. Esta conclusión se extrae, según se dice, de la interpretación a *sensu contrario* de lo que, a juicio de los solicitantes de recurso, el Tribunal Constitucional define claramente como participación institucional.

Sin embargo, en la sentencia y fundamento citados el Tribunal Constitucional no define el contenido de tal derecho sino que se limita a indicar el camino que ha de seguirse para integrar tal contenido, partiendo para ello de la consideración de que «a semejanza de lo sucedido con otros derechos, no existe un concepto preciso de “participación institucional”, externo a la Constitución, y al que deba entenderse que esta remite», añadiendo que «por el contrario, en la medida de lo posible, debe tratar de precisarse su alcance directamente, con los datos que proporciona el texto constitucional».

Así, tras revisar con resultados negativos otros preceptos de la Constitución que pudieran proporcionar datos al respecto, concluye el Tribunal que «el único precepto clave para determinar el alcance que cabe dar a la expresión “participación institucional” en el marco constitucional es el artículo 129 de la Constitución», el cual «entiende por participación la desarrollada en el seno de “organismos públicos”», de lo que deriva el tribunal que «existe una estrecha vinculación entre la participación prevista en el artículo 129 de la Constitución y la estructura organizativa de la Administración pública o de “entidades” y “organismos” de naturaleza pública que se cualifican por su naturaleza y su adscripción orgánica, y no tanto por la mayor o menor transcendencia que puedan tener», para concluir advirtiendo —y ello es de la mayor importancia— que «todas las fórmulas de participación —incluso las que pueden reconducirse al artículo 129 de la Constitución (Sentencias del Tribunal Constitucional 37/1983, de 11 de mayo, Fundamento Jurídico 2º y 118/1983, de 13 de diciembre, Fundamento Jurídico 4º)— quedan remitidas por el propio texto constitucional a la normativa legal y a la norma que la crea quedan confiadas sus condiciones de funcionamiento».

En definitiva la «participación institucional» es la que se lleva a cabo en el seno de entidades y organismos que forman parte de la estructura organizativa de la Administración pública (STC 7/1990) y su contenido y alcance no viene predeterminado por la Constitución, que remite a la ley la regulación de este derecho. Es decir, se trata de un derecho de configuración legal y habrá que estar a lo que el legislador disponga al respecto para conocer su contenido, alcance y condiciones de ejercicio.

TERCERO. En el presente caso la ley establece en su artículo segundo que «a sus efectos» se entiende por participación institucional «la representación e intervención de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas intersectoriales en el sector público de la Generalitat Valenciana con competencias en materia laboral,

social, económica e industrial, que afecten a los intereses económicos y sociales de los trabajadores y trabajadoras y del empresariado».

Por su parte, el artículo cuarto de la ley dispone que «la participación institucional se hará efectiva a través de la presencia de la representación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en comisiones, consejos u otros órganos colegiados semejantes de dirección, participación, consultivos o de asesoramiento, o en mesas o foros específicos de negociación o concertación socioeconómica, de acuerdo con las previsiones que se determinen en la normativa reguladora o de creación de cada órgano o entidad».

Asimismo, la ley establece que el sector público en el que esta participación institucional se produce incluye la Administración de la Generalitat y el sector público instrumental de la Generalitat contemplados en los apartados a y b del artículo 2.1 de la Ley 1/2015, de 6 de febrero, de la Generalitat, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones.

Resulta pues que la participación institucional que regula la ley se concreta en la que llevan a cabo las organizaciones sindicales más representativas intersectoriales a través de su presencia e intervención en comisiones, consejos u otros órganos colegiados en el sector público autonómico y en materias laborales, sociales, económicas e industriales que afecten a los intereses de los trabajadores.

CUARTO. A juicio de esta institución, esta configuración legal de la participación institucional en nada contradice al precepto constitucional que la prevé, con independencia, claro está, de que en otros ámbitos, sindicales o no, y para otros sujetos, individuos o agentes se puedan establecer otras formas diversas de participación institucional. Pero incluso aunque esto no fuera así no cabría ahora plantear la eventual inconstitucionalidad de la norma que regula la participación institucional a través de la legitimación que ostenta el Defensor del Pueblo, ya que han transcurrido más de tres meses desde que la norma fue publicada y solo cabría actuar contra ella a través del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad que considerara pertinente plantear algún juzgado o tribunal que debiera aplicarla.

QUINTO. Resuelta la anterior cuestión, resta por examinar si las asignaciones presupuestarias cuestionadas implican en sí mismas una actuación contraria al ejercicio del derecho a la libertad e igualdad sindical.

La libertad sindical se encuentra reconocida en el artículo 28.1 CE, el cual establece que todos tienen derecho a sindicarse libremente y que dicha libertad comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección sin que nadie pueda ser obligado a afiliarse a un sindicato. Por su parte, el artículo 7 CE establece que los sindicatos de los trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la

defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios, añadiendo que su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley, y que su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

En la Sentencia 147/2001, Fundamento Jurídico 3, el Tribunal Constitucional resalta la conexión entre la libertad sindical y el principio de igualdad, señalando límites a la acción pública en este ámbito. En la sentencia citada se afirma que:

«La Constitución reconoce, por tanto, la libertad de creación de sindicatos y la libertad de estos en el ejercicio de su actividad, sin que las Administraciones públicas puedan interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, alterar con su intervención la libertad e igualdad en el ejercicio de la actividad sindical o discriminar a algún sindicato de modo arbitrario o irrazonable (STC 23/1983, 25 de marzo, FJ 2; STC 99/1983, de 14 de diciembre, FJ 2; STC 20/1985, 14 de febrero, FJ 2; STC 7/1990, de 18 de enero, FJ 2; STC 217/1991, de 17 de diciembre, FJ 3, o 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 4), produciéndose la discriminación proscrita cuando “la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, que debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida” (STC 20/1985, de 14 de febrero, FJ 2, y STC 75/1992, de 14 de mayo, FJ 4); debiendo valorarse la proporcionalidad de una medida en directa relación con la pérdida de posibilidades de acción de los sindicatos no protegidos por ella (SSTC 263/1994, de 3 de octubre, y STC 188/1995, de 18 de diciembre)».

SEXTO. Ahora bien, este principio de igualdad entre organizaciones sindicales, que se acoge en la Constitución Española, connatural a un sistema de libertad y pluralidad sindical, dice el Tribunal Constitucional que:

«... no emepece que, en determinadas ocasiones y para determinadas funciones, este Tribunal haya admitido un trato desigual a los sindicatos que no vulnera el artículo 14 CE cuando está basado en el criterio de la mayor representatividad. Entre otras razones, porque se trata de un criterio que arranca de un dato objetivo, como es la voluntad de los trabajadores y funcionarios expresada en las elecciones a órganos de representación de trabajadores y funcionarios (por todas, SSTC 98/1985, de 29 de julio; 7/1990, de 18 de enero; 32/1990, de 26 de febrero; 75/1992, de 14 de mayo; 67/1995, de 9 de mayo, y 188/1995, de 18 de diciembre) y porque la promoción del hecho sindical y la eficaz y efectiva defensa y promoción de los intereses de los trabajadores (art. 7 CE), finalidades también necesitadas de atención, pueden malograrse por una excesiva atomización sindical y la atribución de un carácter absoluto al principio de igualdad de trato (SSTC 98/1985, de 29 de julio, y 75/1992, de 14 de mayo) y del libre e igual disfrute del derecho reconocido en el artículo 28.1 CE (SSTC 53/1982, de 22 de julio; 65/1982,

de 10 de noviembre; 98/1985, de 29 de julio; 7/1990, de 18 de enero, y 75/1992, de 14 de mayo). Diferencias de trato entre los sindicatos que, como también se ha dicho y en el marco de un problema de límites, tienen, no obstante, que cumplir con los requisitos de objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad (SSTC 7/1990, de 18 de enero, y 188/1995, de 18 de diciembre)».

El concepto de mayor representatividad es, por tanto, un criterio objetivo y, por ello, constitucionalmente válido. Y ese es precisamente el criterio que utiliza la Ley 7/2015 para atribuir la participación institucional que regula a las organizaciones sindicales más representativas intersectoriales y la compensación económica derivada de esa participación, que es a lo que atienden las consignaciones presupuestarias cuestionadas.

SÉPTIMO. Las organizaciones sindicales solicitantes de recurso cuestionan no solo la atribución a los sindicatos más representativos de la participación institucional sino también la compensación económica que se deriva de esta actividad, y en concreto el modo de cuantificarla, que se lleva a cabo con carácter previo a la realización efectiva de la participación institucional que se compensa. Entienden los solicitantes de recurso que se está arbitrando un mecanismo espurio de financiación encubierta a determinadas organizaciones sindicales, lo que coloca en una situación de desigualdad a aquellas otras que no son beneficiarias del sistema.

En cuanto al primero de los aspectos mencionados, debe hacerse notar que el reglamento que desarrolla la Ley 7/2015, ya citada, aprobado por Decreto 193/2015, de 23 de octubre, prevé expresamente (artículo 11, párrafo 50) que para determinar el importe a consignar en los presupuestos destinado a compensar económicamente la participación institucional «las organizaciones empresariales y sindicales más representativas presentarán a la Mesa de Diálogo Social de la Comunitat Valenciana, en el mes de junio de cada ejercicio, sus últimas cuentas anuales auditadas». Asimismo, en el párrafo séptimo del mismo precepto se dispone que para fijar la cuantía de las subvenciones compensatorias «a partir del año 2016 las cuentas anuales de las organizaciones beneficiarias deberán llevar una contabilidad separada de los asientos contables que se atribuyan a conceptos de participación institucional».

Estas previsiones, además de las contenidas en el reglamento de desarrollo de la ley relativas a la concreción de los costes asociados a la participación institucional, a la concesión y justificación de las cuantías concedidas y a la comprobación de subvenciones, al sistema de justificación y los plazos de presentación, llevan a concluir que la concesión de la subvención con carácter previo dispone de los mecanismos de determinación de la cuantía y de control del destino de la misma que justifican adecuadamente el mecanismo de compensación establecido en la ley y desarrollado en su reglamento.

OCTAVO. Por otra parte, además de la participación institucional, también prevé la ley la colaboración institucional de las organizaciones sindicales, definida como actividad consistente en el desarrollo de actuaciones sectoriales e intersectoriales dirigidas a la mejora del empleo, su calidad y dignidad, la dinamización empresarial e industrial y la preservación del estado del bienestar en la Comunitat Valenciana. Para esta actividad, también la norma prevé subvenciones que se incorporarán anualmente en las correspondientes líneas presupuestarias de la Ley de Presupuestos de la Generalitat Valenciana.

Asimismo, la disposición adicional tercera de la Ley 7/2015 determina expresamente que se exceptúan del régimen de ayudas a la participación institucional y colaboración institucional aquellas que se establezcan por el Consell anualmente, en el marco de referencia de los procesos de elección de representantes de los trabajadores y empleados públicos, de conformidad con la aplicación de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y los preceptos correspondientes del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley 10/2010, de ordenación y gestión de la Función Pública valenciana.

Son, por tanto, diversas las líneas de financiación de las organizaciones sindicales en la Comunidad Valenciana y la regulación presente en la leyes coherente con el objetivo declarado en el preámbulo de la misma de dotar de seguridad jurídica al régimen de compensación económica y de ayudas por la participación y colaboración institucional, respectivamente, de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, y de aquellas otras que cumplan los requisitos de cada convocatoria para la colaboración. El criterio de la representatividad, constitucionalmente admisible, preside el régimen legal de la participación institucional, criterio que no está presente en el sistema de colaboración institucional en el que es la consecución de objetivos o resultados lo que determina el acceso a las subvenciones que compensan esa actividad.

NOVENO. De lo expuesto hasta aquí no cabe deducir que las consignaciones presupuestarias cuestionadas por las organizaciones sindicales solicitantes de recurso tengan su origen en una regulación discriminatoria y constitucionalmente prohibida de la participación y colaboración institucional de los sindicatos, ni que sirvan a la finalidad de financiar subrepticamente a determinadas organizaciones sindicales en perjuicio de otras vulnerando el principio de igualdad y el de libertad sindical.

Decreto ley 1/2016, de 12 de enero, de medidas urgentes en materia urbanística de las Illes Balears

Una ciudadana solicitó la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional única del Decreto-ley 1/2016, de 12 de enero, de medidas urgentes

en materia urbanística de las Illes Balears. La petición se dirige contra la suspensión de la disposición transitoria décima de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo de las Illes Balears, que se produce por la disposición adicional única del Decreto-ley 1/2016, de 12 de enero.

La disposición adicional única establece la inaplicabilidad de la disposición transitoria décima de la Ley 2/2014, de 25 de marzo (entre otras) en todo el territorio de las Illes Balears hasta que no se apruebe la modificación de esta ley, o como máximo hasta el 31 de diciembre de 2017. A su vez, la disposición transitoria décima de la Ley 2/2014 regulaba un procedimiento extraordinario de incorporación a la ordenación de edificaciones existentes en suelo rústico, respecto de las cuales a la entrada en vigor de la ley ya no procedería adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, por manifiesta prescripción de la infracción. Este procedimiento podía instarse durante un plazo de tres años desde la entrada en vigor de la ley. Esta exigía acuerdo por mayoría absoluta del Consejo Insular de cada una de las islas, y la publicación de este en el Boletín Oficial de las Illes Balears; en el caso de Ibiza, residencia de la interesada, la entrada en vigor se produjo el 5 de junio de 2014, fecha de publicación del Acuerdo del Consejo Insular de Ibiza en el Boletín Oficial de las Illes Balears.

La solicitud manifiesta que la norma es contraria a la Constitución Española. La razón de ello es, según la interesada, que no se cumple el presupuesto habilitante de una extraordinaria y urgente necesidad para aprobar un Decreto-ley que exige el artículo 86 de la Constitución.

Se acordó no interponer el recurso solicitado en razón de la fundamentación siguiente

Fundamentos de la Resolución

ÚNICO. La solicitud fundamenta la posible inconstitucionalidad de la disposición adicional única del Decreto-ley 1/2016 en que se habría vulnerado el artículo 86.1 de la Constitución, ya que no habría quedado acreditado el presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad para aprobar el mismo, en lo que respecta a la disposición transitoria décima de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo.

Por ello es necesario analizar, siquiera someramente, la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a esta cuestión. Esta doctrina es la que se encuentra, básicamente, en las sentencias de dicho Tribunal citadas por la propia interesada. Sirva por todas la doctrina recogida en la Sentencia 137/2003, de 3 de julio, que se expone a continuación.

Así, la jurisprudencia constitucional reconoce que el peso que en la apreciación de la extraordinaria y urgente necesidad ha de concederse «al juicio puramente político

de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado», y declara que «la necesaria conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante» conduce a que el concepto de extraordinaria y urgente necesidad que se contiene en la Constitución no sea, en modo alguno, «una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes» (STC 11/2002, de 17 de enero, FJ 4).

En consonancia con lo anterior, el Tribunal no estimó contraria al artículo 86.1 CE la apreciación de la urgencia hecha por el Gobierno en casos de modificaciones tributarias que afectaban a las haciendas locales (STC 6/1983, de 4 de febrero), de situación de riesgo de desestabilización del orden financiero (STC 111/1983, de 2 de diciembre), de adopción de planes de reconversión industrial (STC 29/1986, de 20 de febrero), de medidas de reforma administrativa adoptadas tras la llegada al poder de un nuevo Gobierno (STC 60/1986, de 20 de mayo), de modificaciones normativas en relación con la concesión de autorizaciones para instalación o traslado de empresas (STC 23/1993, de 21 de enero), o de medidas tributarias de saneamiento del déficit público (STC 182/1997, de 28 de octubre). Como es fácil comprobar en todas estas Sentencias, los Decretos-leyes enjuiciados afectaban a lo que la STC 23/1993, de 21 de enero, FJ 5, denominó «coyunturas económicas problemáticas» para cuyo tratamiento el Decreto-ley representa un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia, que no es otro, según tenemos reiterado, que subvenir a «situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes» (SSTC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5 ; 11/2002, de 17 de enero, FJ 4).

Afirma el Tribunal que «es claro que el ejercicio de la potestad de control que compete a este Tribunal implica que la definición por los órganos políticos de una situación de “extraordinaria y urgente necesidad” sea explícita y razonada, y que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el Decreto-ley se adoptan (STC 29/1982, FJ 3), de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar» (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3). A este respecto, conviene recordar que el examen sobre la concurrencia del citado presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, «los que quedan reflejados en la Exposición de Motivos de la norma, a lo

largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma» (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 4; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 4; y 11/2002, de 17 de enero, FJ 4), debiendo siempre tenerse presentes «las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación de cada uno de los Decretos-leyes enjuiciados» (SSTC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3; y 11/2002, de 17 de enero, FJ 4).

Una vez expuesta la postura del Tribunal, procede analizar la norma en cuestión y comprobar si es acorde con la doctrina descrita. La Exposición de Motivos del Decreto-ley contiene de manera explícita el motivo de aprobación de esta norma, cual es la suspensión de distintas disposiciones de varias leyes que, se dice literalmente, «han introducido procedimientos de carácter extraordinario y transitorio en algunos casos dirigidos a legalizar lo edificado o construido sin autorización, que operan de acuerdo con procedimientos singulares o creados *ad hoc* al margen de procedimientos ordinarios previstos en la normativa de disciplina urbanística regulados por la Ley 2/2014» (párrafo sexto de la Exposición de Motivos). El párrafo séptimo de la Exposición contiene la justificación del Decreto-ley, que se concreta en el principio de desarrollo territorial sostenible, la necesidad de evitar la desfiguración del suelo rústico y de evitar determinados asentamientos urbanos, así como la necesidad de preservar, entre otros, el principio de igualdad entre los propietarios que solicitan licencias urbanísticas.

Para ello, continúa la Exposición, es necesario actuar rápidamente con respecto de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, agraria de las Illes Balears; 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears; 7/2012, de 13 de junio, de medidas urgentes para la ordenación urbanística sostenible; 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo; 6/1999, de 3 de abril, de las directrices de Ordenación Territorial y de Medidas Tributarias; y 6/1997, de 8 de julio, del Suelo Rústico de las Illes Balears.

Existe pues una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que se adoptan en el Decreto-ley (en palabras del Tribunal). Es patente y manifiesta la intención del Gobierno Balear de acabar con la situación de inseguridad jurídica que produce la existencia de procedimientos administrativos singulares diseñados para evitar la aplicación de las disposiciones de la Ley 2/2014. Lo que, en sí mismo, justifica la urgencia en la adopción del Decreto-ley, habida cuenta de la necesidad de suspender de forma inmediata la aplicación de los distintos preceptos de las leyes en los cuales se contienen los citados procedimientos, para evitar que continúe esta situación.

Esta misma conexión queda patente en la tramitación parlamentaria del Decreto-ley y especialmente en el debate de convalidación en el Pleno del Parlamento Balear (Diario de Sesiones del Pleno del Parlamento Balear número 23, de 2 de febrero de 2016).

Por tanto, este motivo de inconstitucionalidad ha de considerarse infundado.

La presente Resolución, por todo lo dicho, ha de ser desestimatoria de la solicitud.

Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón

Mediante sendos escritos, un representante de la Universidad [...] y el portavoz de un grupo parlamentario, solicitaban la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el nuevo párrafo final del artículo 5.1 de la Ley 5/2015 en la redacción dada a este por el artículo 49 de la Ley 2/2016.

En síntesis el precepto dispone que la implantación de nuevas enseñanzas de Grado en centros de educación superior privados no podrá suponer la duplicidad de las enseñanzas existentes en los centros universitarios de Huesca, Teruel y la Almunia de Doña Godina. En la práctica ello implica que la universidad privada [...] no puede implantar enseñanzas ya implantadas en los centros mencionados dependientes de la Universidad de Zaragoza.

Se fundamentaba la solicitud de recurso en la posible vulneración del principio de igualdad por el diferente trato a estas universidades que conlleva la aplicación del precepto, así como la libertad de empresa y la libertad de creación de centros docentes y de autonomía universitaria de la universidad privada [...]. Por último, se alegaba también la posible desviación de poder en la que se habría incurrido al incluir un precepto de carácter y naturaleza reglamentaria en una norma con rango de ley con la finalidad de eludir el control jurisdiccional ordinario de su contenido.

Se acordó no interponer el recurso solicitado en razón de la fundamentación siguiente

Fundamentos de la resolución

PRIMERO. Comenzando por la última de las alegaciones presentadas, baste indicar que conforme se recuerda en el Auto del Tribunal Constitucional número 407/2007, de 6 noviembre, (FJ 5):

«Es doctrina de este Tribunal la de que “no resulta en principio contrario a la Constitución que el legislador asuma una tarea que antes había encomendado al poder reglamentario”, pues “nuestro sistema constitucional desconoce algo parecido a una reserva reglamentaria, inaccesible al poder legislativo”, razón por la cual, “la ley puede tener en nuestro Ordenamiento cualquier contenido y en modo alguno le está vedada la regulación de materias antes atribuidas al poder reglamentario”, “lo que en modo alguno

vulnera el artículo 24.1 CE” (SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 15; y 248/2000, de 19 de octubre, FJ 5)».

En relación con esta doctrina explica el Tribunal que:

«El derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 CE no queda vulnerado por el solo hecho de que una materia sea regulada por norma de rango legal y, por lo tanto, resulte jurisdiccionalmente inmune”. Ciertamente “o la ley es inconstitucional por otros motivos y cierra, por serlo, ilegítimamente el paso a pretensiones que hubieran de acceder a los jueces y tribunales, y, en ese caso, puede vulnerar de forma derivada el derecho reconocido en el artículo 24.1 CE (STC 181/ FJ 20); o la ley es conforme a la Constitución y, en tal supuesto, pertenece a su propia naturaleza de ley el no poder ser enjuiciada por los jueces y tribunales ordinarios. A lo que cabe agregar que nuestro modelo de jurisdicción concentrada permite acudir a los Jueces y Tribunales ordinarios para defender cualquier clase de derechos e intereses legítimos y pone a disposición de estos un instrumento, la cuestión de inconstitucionalidad, destinado a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites de la Constitución” (STC 248/2000, de 19 de octubre, FJ 5; y en el mismo sentido, STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 17)».

Deben, por tanto, examinarse los restantes motivos de inconstitucionalidad alegados por si dándose alguno de ellos se produjera esa vulneración indirecta o derivada del artículo 24.1 CE, que no se produce como se ha visto por el solo hecho de haber elevado de rango una regulación hasta ahora contenida en normas reglamentarias.

SEGUNDO. El precepto cuestionado establece que «la implantación de nuevas enseñanzas de Grado en centros de educación superior privados no podrá suponer la duplicidad de las enseñanzas existentes en los centros universitarios de Huesca, Teruel y La Almunia de Doña Godina». Se alega la posible infracción del artículo 27 CE, que reconoce la libertad de creación de centros docentes y la autonomía universitaria, al impedir a la Universidad [...] implantar enseñanzas si las mismas estuvieran ya implantadas por la Universidad de Zaragoza o si decidiera implantarlas en el futuro.

Respecto de la libertad de creación de centros docentes, el Tribunal Constitucional dispone de una amplia y constante doctrina que resume la Sentencia 176/2015, de 22 julio, (FJ 2, en particular) de la que interesa destacar que el derecho fundamental del artículo 27.6 CE que «no distingue en función del nivel educativo» y por tanto «ampara la creación de universidades tanto públicas como privadas»; que «no es un derecho absoluto sino que el legislador puede actuar regulando las condiciones de su ejercicio, siempre y cuando respete su contenido esencial»; y que el propio artículo 27 CE contiene dos de esas limitaciones —participación de profesores, padres y alumnos

en el control y gestión de los centros y ayudas de los poderes públicos— pero ambas «no agotan las posibilidades de modulación en el funcionamiento del centro docente, público o privado».

«Debe tenerse en cuenta además, que todas las universidades sin distinción, también por tanto las de titularidad privada (art. 3.2 LOU), realizan un “servicio público de educación superior” a través de las funciones que les asigna la Ley Orgánica de Universidades en su artículo 1.2: la “creación, desarrollo, transmisión y crítica” de la ciencia, la técnica y la cultura, así como la preparación para el ejercicio de actividades profesionales; funciones todas que han de prestar siempre “al servicio de la sociedad”. Ello explica también que la ley de reconocimiento de las universidades privadas, exigida por el artículo 4.1 LOU, venga precedida por la fijación por el Gobierno estatal de “los requisitos básicos necesarios para la creación y reconocimiento de las universidades públicas y privadas... siendo, en todo caso, necesaria para universidades públicas y privadas la preceptiva autorización que, para el comienzo de sus actividades, otorgan las comunidades autónomas una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos normativamente establecidos (art. 4.4 LOU)” [STC 223/2012, de 29 de noviembre, FJ 10]».

En el presente caso, la limitación a la implantación de nuevas enseñanzas sirve al objetivo expreso de evitar la duplicidad de la oferta y cabe enmarcarla sin mayores dificultades, a juicio de esta institución, en la competencia autonómica de programación universitaria destinada, como dice la ley en la que ahora se incluye el precepto cuestionado, a «la planificación a medio y largo plazo de la actividad de enseñanza universitaria desarrollada en Aragón» en cuya configuración debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, el grado de demanda de los diferentes estudios, las necesidades de la sociedad y el equilibrio territorial.

Porque como afirma el Tribunal Constitucional en la sentencia 131/1996 (FJ 4) «La calidad y la viabilidad de las Universidades la garantiza el Estado mediante, entre otros mecanismos, la homologación de estudios, títulos y denominaciones, el establecimiento de requisitos que debe cumplir el profesorado o determinadas exigencias materiales y organizativas» añadiendo a continuación que «establecidas estas condiciones básicas, la decisión sobre el tipo concreto de enseñanzas o titulaciones que deben impartirse está en función de las específicas necesidades sociales y demás circunstancias particulares que concurren en cada momento y lugar y, por ello, en el ámbito territorial de las comunidades autónomas con competencia plena en la materia, les corresponde a ellas valorarlas en cada caso».

TERCERO. Cuando se examina el asunto desde el punto de vista de la autonomía reconocida a las universidades en el número 10 del artículo 27 de la Constitución, el resultado no difiere del anterior.

Al respecto, el Tribunal Constitucional afirma en el Fundamento Jurídico séptimo de su Sentencia 106/1990, que:

«La autonomía universitaria no incluye el derecho de las Universidades a contar con unos u otros concretos centros, imposibilitando o condicionando así las decisiones que al Estado o a las comunidades autónomas corresponde adoptar en orden a la determinación y organización del sistema universitario en su conjunto y en cada caso singularizado, pues dicha autonomía se proyecta internamente, y ello aun con ciertos límites, en la autoorganización de los medios de que dispongan las Universidades para cumplir y desarrollar las funciones que, al servicio de la sociedad, les han sido asignadas o, dicho en otros términos, la autonomía de las Universidades no atribuye a estas una especie de “patrimonio intelectual”, resultante del número de centros, profesores y alumnos que, en un momento determinado, puedan formar parte de las mismas, ya que su autonomía no está más que al servicio de la libertad académica en el ejercicio de la docencia e investigación, que necesariamente tiene que desarrollarse en el marco de las efectivas disponibilidades personales y materiales con que pueda contar cada Universidad, marco este que, en última instancia, viene determinado por las pertinentes decisiones que, en ejercicio de las competencias en materia de enseñanzas universitarias, corresponde adoptar al Estado o, en su caso, a las comunidades autónomas».

Resulta, pues, que desde la perspectiva de la libertad de creación de centros y de la autonomía universitaria no deriva un obstáculo constitucional que impida al legislador autonómico limitar o condicionar la implantación de enseñanzas en las universidades que formen parte de su sistema universitario. Y resulta, además, que el legislador es libre para optar entre establecer esas condiciones o límites en su producto normativo propio, esto es en la ley, o remitir su concreción al ejecutivo a través de la correspondiente norma reglamentaria.

CUARTO. En lo que se refiere al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución y su posible vulneración, se ha alegado que la implantación de títulos en las universidades privadas se efectúa en los mismos términos, requisitos y condiciones que los previstos para las públicas, sin que la Ley Orgánica de Universidades establezca diferencias por razón de la titularidad, y que, por tanto, la restricción que se impone en el nuevo párrafo del artículo 5.1 de la LOSUA a la Universidad [...] resulta discriminatoria.

Es cierto que la Ley Orgánica de Universidades no establece diferencias en razón de la titularidad de las universidades, aunque ello no es relevante ya que se limita a regular el procedimiento para que unas y otras universidades obtengan la autorización necesaria para la impartición de enseñanzas oficiales cuya concesión es competencia de la Comunidad Autónoma correspondiente, que la otorgará o denegará «según lo dispuesto en la legislación de la misma» (artículo 8.2 LOE).

Como se ha visto, las universidades sin distinción, públicas y privadas, realizan un «servicio público de educación superior» que ha de prestarse siempre «al servicio de la sociedad» y «la decisión sobre el tipo concreto de enseñanzas o titulaciones que deben impartirse está en función de las específicas necesidades sociales y demás circunstancias particulares que concurren en cada momento y lugar y, por ello, en el ámbito territorial de las comunidades autónomas con competencia plena en la materia, les corresponde a ellas valorarlas en cada caso».

Es, por tanto, a la legislación autonómica a la que corresponde establecer los requisitos para obtener la autorización para la implantación de nuevas enseñanzas y para ello puede tomar en consideración la titularidad de las universidades que es, sin duda, un elemento diferenciador con relevancia jurídica en el que cabe fundar la diferencia de trato. Baste al respecto indicar que la implantación de enseñanzas oficiales se regula diferenciadamente para la universidad pública y para la privada en la legislación autonómica examinada, lo que es indicativo de que la titularidad sí tiene relevancia normativa.

Por otra parte, la restricción impuesta resiste, según entiende esta institución, el juicio de razonabilidad y proporcionalidad inherente a la conservación del principio de igualdad. Por una parte, se refiere no a cualesquiera enseñanzas sino a las «nuevas enseñanzas de Grado», lo que deja fuera de la restricción a las de Máster y Doctorado y cualesquiera otras que las universidades puedan impartir. Por otro lado, la restricción no afecta específicamente a la Universidad [...] sino a los centros de educación privados, sin que sea relevante que en el momento presente la Universidad [...] sea la única privada que forma parte del sistema universitario aragonés. Finalmente, la restricción se impone no a la universidad sino a quien debe autorizar la implantación de nuevas enseñanzas, es decir, al Gobierno de Aragón, al que el legislador señala un límite preciso en el ejercicio de su competencia para autorizar la implantación de enseñanzas en las universidades privadas (artículo 14 LOSUA). A su vez, la previsión aquí examinada es de una naturaleza y finalidad similar, al tiempo que complementa, a la que la misma ley impone para la implantación de nuevas enseñanzas en la universidad pública, que solo pueden autorizarse si está prevista en la «programación universitaria» (artículo 12.1 LOSUA).

En definitiva, esta institución considera que la restricción impuesta a la implantación de nuevas enseñanzas de Grado a fin de evitar la duplicidad en la oferta de estas titulaciones en determinadas localidades es razonable y proporcionada y no infringe el principio de igualdad por las razones expuestas.

Otra cuestión es si la inclusión de la medida en la ley tiene como finalidad evitar las tensiones que pudieran suscitarse (y que de hecho se han suscitado) con otros sectores del ordenamiento jurídico, como el relativo al mercado y la competencia. Al

respecto, además de lo razonado en el fundamento primero de esta resolución, debe indicarse que la confrontación con otras normas legales o con la legislación comunitaria o con el criterio de organismos reguladores no puede ser tomado en consideración a efectos de la interposición de recurso de inconstitucionalidad porque, como afirma el Tribunal Constitucional en su sentencia 233/2015 de 5 noviembre (FJ 10.c):

«No podemos acoger la argumentación de los recurrentes, basada en la presunta contradicción de la norma con la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, otras leyes... o los criterios que haya podido mantener la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), pues obvio resulta que ninguno de ellos puede servir como parámetro válido para determinar la constitucionalidad de esta ley».

QUINTO. Guarda relación con lo antes expuesto la alegación relativa a la supuesta vulneración del artículo 38 de la Constitución en el que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

Hay derechos fundamentales que solo permiten limitaciones o restricciones por ciertas razones tasadas, como ocurre, por ejemplo, con el derecho de reunión que, según el artículo 21 CE, únicamente se podrá limitar para evitar algunas de las perturbaciones del orden público, en concreto, aquellas que comporten «peligro para personas y bienes» y ello, además, sin posibilidad de someterlo a la obtención de autorización.

Otros derechos fundamentales, sin embargo, consienten limitaciones basadas en razones más amplias. Es el caso de la libertad de empresa, que las leyes pueden limitar atendiendo a la tutela de los más diversos valores constitucionales. Por específica previsión del artículo 38 CE, esta libertad se enmarca en «la economía de mercado» y se conecta con la «defensa de la productividad», con las «exigencias de la economía general» y con «la planificación». Todo ello debe además ser completado con el artículo 128.2 CE, sobre todo con su posibilidad de que las leyes reserven al sector público recursos o servicios esenciales. En suma, la libertad de empresa admite restricciones por los más diversos intereses sociales, incluidos los de carácter económico y otros derivados de su función social.

Al respecto de la reciente sentencia 35/2016 de 3 marzo, FJ 3, el Tribunal Constitucional recuerda que «la libertad de empresa “no es un derecho absoluto e incondicionado” y que su vigencia no resulta comprometida por el hecho de que existan limitaciones a su ejercicio derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado» y que «del artículo 38 CE no puede derivarse sin más “el derecho a acometer cualquier empresa” o a ejercerla sin traba ni limitación de ningún tipo, “sino solo el [derecho] de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo

ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden” o lo que es lo mismo, a ejercer esa actividad “con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general”».

Pero además de estos condicionantes económicos, la libertad de empresa está sometida a otros límites, como recuerda también el Tribunal Constitucional en la Sentencia número 227/1993, de 9 julio, FJ 4, porque «en un Estado social y democrático de Derecho, como el que proclama el artículo 1 de la Constitución, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social».

En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones en relación con límites establecidos a la libertad de empresa cuando se trata de la prestación de servicios públicos o, incluso, de actividades de interés público. Así, por ejemplo, en relación con las oficinas de farmacia, respecto del que el Tribunal afirma que «el hecho de que las oficinas de farmacia hayan sido configuradas por el legislador como “establecimientos sanitarios privados de interés público”... justifica en mayor medida la adopción de criterios que ordenen la prestación del servicio farmacéutico de acuerdo con las peculiaridades territoriales, siempre que resulten proporcionadas» y asimismo que «el principio general de que la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente el mercado, se encuentra reforzado por esa publicación del servicio sanitario».

Aquí no nos encontramos ante una mera actividad de interés público sino ante un auténtico «servicio público», el de la educación superior, que es el que la Universidad realiza según establece el artículo 1º de la LOU. Es, por tanto, más amplia la libertad del legislador para incidir en la configuración legal del derecho y para establecer limitaciones al mismo en razón de su función social.

Pero resulta, además, que la creación de universidades privadas y la implantación de enseñanzas oficiales no responde al ejercicio primario de la libertad de empresa, como se ha visto que sí ocurre en el ámbito sanitario en el que la ley dice expresamente que «se reconoce la libertad de empresa en el sector sanitario, conforme al artículo 38 de la Constitución» (artículo 89 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad).

No ocurre así en la legislación universitaria en la que el establecimiento de universidades privadas y la implantación de enseñanzas conducentes a la obtención de títulos oficiales con validez en el todo territorio nacional no deriva de la libertad de empresa sino de la libertad de creación de centros docentes (artículo 5.1 LOU) de la autonomía universitaria que se reconocen el artículo 27 de la Constitución, y donde solo

de manera subsidiaria a estos derechos cabe considerar el ejercicio de la libertad de empresa en relación con la actividad económica y no académica que realice cada universidad de iniciativa privada.

De acuerdo con todo lo anterior y por las razones expuestas, no se considera que en el presente caso resulte procedente atender las solicitudes de interposición de recurso de inconstitucionalidad que han sido presentadas.

Decreto Ley 1/2016, de 26 de febrero, del Consell, de modificación del Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de horarios comerciales en la Comunitat Valenciana, y de la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de la Generalitat, de Comercio de la Comunitat Valenciana

Un ciudadano solicitó la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la nueva redacción del artículo 21 de la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de Comercio de la Comunitat Valenciana, que establece nuevos criterios para que los ayuntamientos declaren zonas de gran interés turístico donde se permite la libertad de horarios comerciales.

De conformidad con el artículo 33 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional se llegó a un Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la respectiva comunidad autónoma sobre la redacción del citado artículo 21.

Se alega que esta disposición introducía variables más restrictivas que las previstas en la norma básica del Estado y que era contraria al artículo 139 CE y a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de unidad de mercado al introducir una medida que obstaculiza la libertad de circulación y establecimiento, así como que su aplicación genera desigualdad.

Fundamentos de la resolución

PRIMERO. La disposición cuya inconstitucionalidad se pretende se dicta al amparo del artículo 49.1.35ª del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, aprobado por Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, y reformado por Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, establece la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de «Comercio interior, defensa del consumidor y del usuario, sin perjuicio de la política general de precios, libre circulación de bienes, la legislación sobre la defensa de la competencia y la legislación del Estado». El compareciente precisamente fundamenta su principal objeción a la constitucionalidad del Decreto-ley 1/2016, de 26 de febrero, en la infracción de la legislación básica del Estado constituida por la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de Horarios Comerciales y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

En este supuesto se ha seguido el mecanismo de conciliación establecido en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional introducido por la Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero, con el fin de evitar la impugnación de la norma sobre la que se ha alcanzado un acuerdo. Esta vía está prevista para evitar precisamente juicios constitucionales cuando se trata de problemas de competencias.

Así, no procede el estudio de los aspectos relativos a la posible inconstitucionalidad del precepto por la quiebra de la normativa básica estatal, ya que esta cuestión ha sido abordada en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Generalitat y se han superado las desviaciones en que podría haber incurrido la norma.

A ello hay que añadir que, en casos como el presente, en que la eventual tacha de inconstitucionalidad se circunscribe a la invasión de competencias del Estado por parte de una Comunidad Autónoma, la institución del Defensor del Pueblo tiene como criterio no intervenir haciendo uso de su legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad —a no ser que la cuestión afecte de modo directo al ejercicio de algunos derechos o libertades fundamentales que contiene el Título I de la Constitución española—, ya que, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para la defensa de sus propias competencias está legitimado el presidente del Gobierno.

Además, el engranaje entre legislación básica del Estado y el ejercicio de las competencias legislativas por parte de las comunidades autónomas hay que situarlo en el marco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre la materia en la STC 88/1986 y repetida en su jurisprudencia posterior:

«... de la Constitución se deriva la unicidad del orden económico nacional, que trae como consecuencia la existencia de un mercado único. Esta unidad de mercado supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica. Tal unidad, sin embargo, y como ha señalado también el Tribunal, no significa uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de Entidades con autonomía política, como son las comunidades autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos. La compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico,...» (STC 88/1986, Fundamento Jurídico 6º).

Una vez descartada la posible controversia constitucional en materia de competencias entre el Estado y la Generalitat Valenciana se pasa a continuación a valorar la petición de interposición de recurso de inconstitucionalidad conforme a los argumentos planteados.

SEGUNDO. Aunque no se cita expresamente en el escrito dirigido a esta institución, no se puede obviar que el Decreto-ley 1/2016, de 26 de febrero, regula un aspecto del comercio y por tanto puede afectar al derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución, la relación entre el establecimiento de horarios comerciales y el citado precepto constitucional ha sido abordada en varias ocasiones en sede constitucional, descartando la incidencia que tal regulación pueda tener en el ejercicio del derecho a la libertad de empresa.

En la STC 225/1993, que conoció del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de las Cortes Valencianas 8/1986, de 29 de diciembre, de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales, determina lo siguiente:

«A la luz de lo que antecede resulta difícil admitir que la libertad de horarios comerciales pueda constituir un desarrollo del art. 38 CE. En efecto, ello sería tanto como suponer que del derecho de empresario a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial se deriva, necesariamente, su libertad para decidir cuándo ha de llevarla a cabo, estableciendo sin limitación alguna los días y horas de apertura y cierre de la empresa. Sin embargo, ello no se desprende necesariamente del art. 38 CE, ya que si se considera este derecho en su vertiente institucional es evidente que un régimen de libertad o, por el contrario, de restricción de horarios comerciales, no afecta sustancialmente ni determina, por sí solo, el marco general de la economía de mercado en el que se ejerce la libertad de empresa. Y en su vertiente individual, es innegable que, caso de admitirse que la libertad de horarios constituye un corolario obligado de la libertad de empresa, esta se extendería, indebidamente, al ámbito de la regulación del propio mercado; pues uno de los elementos de la ordenación del mercado y directamente vinculado con su funcionamiento está constituido, precisamente, por el régimen de horarios en el que puede desarrollarse la actividad empresarial. Por consiguiente, debe concluirse que en esta materia el art. 38 CE no genera otra exigencia que la de un régimen de horarios comerciales que permita el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial y esté exento, por tanto, de limitaciones irracionales, desproporcionadas o arbitrarias que puedan impedir o menoscabar gravemente el ejercicio de dicha actividad. Respetada esta exigencia, corresponde al ámbito de la libre configuración legal el optar por un régimen limitativo de los horarios comerciales o, por el contrario, de libertad de horarios, pues dichos regímenes no forman parte del contenido de la libertad garantizada por el art. 38 CE» (Fundamento Jurídico 3).

En iguales términos se pronuncia el Tribunal Constitucional en la STC 124/2003, que textualmente dice:

«Sin embargo, en relación con tal extremo este Tribunal ha señalado que, en materia del régimen de horarios, el art. 38 CE no genera otra exigencia que la de que el mismo permita el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial, sin limitaciones irracionales, desproporcionadas o arbitrarias que puedan impedir o menoscabar gravemente el ejercicio de dicha actividad. Ahora bien, una vez respetada esta exigencia, corresponde al ámbito de la libre configuración legal el optar por un régimen limitativo de los horarios comerciales o, por el contrario, de libertad de horarios, pues dichos regímenes no forman parte del contenido de la libertad garantizada por el art. 38 CE (STC 225/1993, F. 3.b)» (Fundamento Jurídico 12).

Esta misma Sentencia señala en su Fundamento Jurídico 13 que «Por último, no cabe olvidar que la primera de las reglas aplicables, hasta que se produzca el acuerdo entre el Gobierno y cada una de las comunidades autónomas, se lee como sigue: “1. En el ejercicio de sus competencias corresponderá a las comunidades autónomas la regulación de los horarios para la apertura y cierre de los locales comerciales en sus respectivos ámbitos territoriales”». De lo que se concluye que la regulación de los horarios comerciales no tiene trascendencia constitucional en lo que al derecho a la libertad de empresa se refiere.

TERCERO. La petición de interposición de recurso de inconstitucionalidad gira en torno a la desigualdad que genera la aplicación del artículo 21 de la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de Comercio de la Generalitat Valenciana, modificado por el Decreto-ley 1/2016, de 26 de febrero, del Consell. En concreto se argumenta que los elementos determinantes que incluye para que una zona sea declarada de gran afluencia turística con la consiguiente libertad de horarios para los establecimientos comerciales ubicados en la misma, dan lugar a situaciones injustas.

El compareciente invoca el artículo 139.2 de la Constitución pues considera que esa diferencia de trato entre operadores comerciales, por razón de si están localizados o no en una zona de gran influencia turística, supone una discriminación por razón del territorio al introducir un obstáculo a la libertad de circulación y establecimiento.

Este planteamiento excede el perfil con que la doctrina constitucional ha dotado la libertad de establecimiento y circulación contenidas en el artículo 139.2 CE, respecto del que la STC 96/2013, con referencia a la STC 37/1981, en su Fundamento Jurídico 2 afirma:

«... toda diferencia de régimen jurídico entre una comunidad autónoma y otra puede incidir sobre la circulación de personas y bienes, pero no toda incidencia es necesariamente un obstáculo. Lo será, sin duda, cuando intencionadamente persiga la

finalidad de obstaculizar la circulación, pero... no solo en ese caso, sino también en aquellos otros en los que las consecuencias objetivas de las medidas adoptadas implique el surgimiento de obstáculos que no guardan relación con el fin constitucionalmente lícito que aquellas persiguen. Doctrina que se ha reiterado en varias ocasiones desde entonces (por todas, SSTC 32/1983, de 28 de abril, FJ 3; y 96/2002, de 25 de abril, FJ 11; 109/2003, de 5 de junio, FJ 15; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 4; y STC 210/2012, de 14 de noviembre, FJ 9).

Por supuesto que, como hemos declarado en la STC 210/2012, FJ 9, constituyen obstáculos prohibidos y debe entenderse que fragmentan el mercado todas las medidas tributarias que establezcan “una diferencia de trato entre residentes y no residentes sin justificación suficiente”. Pero no solo estas, sino también cualesquiera que, aunque se apliquen igualmente a residentes que a no residentes produzcan consecuencias objetivas limitadoras de la libre circulación “que no guardan relación con el fin constitucionalmente lícito que aquellas persiguen” (SSTC 37/1981, FJ 2; y 109/2003, FJ 15).

En aplicación de la doctrina indicada procede que declaremos que el impuesto sobre grandes áreas de venta no supone un obstáculo a la libre circulación de personas y bienes que sea desproporcionado respecto del fin que persigue, al cual ya nos hemos referido en el Fundamento Jurídico 8 de esta resolución. Llegamos a tal conclusión porque este impuesto, además de que es aplicable indistintamente de que quien realice la actividad empresarial sea residente o no en la Comunidad Autónoma de Aragón, no ha producido, y en todo caso los recurrentes no lo han acreditado, el efecto de limitar sustancialmente que empresarios que actúan en este sector comercial en otras comunidades autónomas se radiquen también en la Comunidad Autónoma de Aragón».

El Tribunal Constitucional ha conocido en numerosas ocasiones de los problemas que suscita la regulación de horarios comerciales llegando a la siguiente conclusión:

«Carecen, pues, de fundamento las alegaciones formuladas por el Comisionado en el sentido de que la fijación de un horario máximo semanal supone la quiebra de la unidad de mercado y una limitación a la libertad de establecimiento. En la Constitución caben tanto la libertad de horarios como la limitación de los mismos, en función de la ley que sea de aplicación. También carecen de fundamento las alegaciones del Abogado del Estado con relación a que el art. 4.3 de la Ley crearía una desigualdad entre las condiciones básicas del ejercicio del derecho de la libertad de empresa, dado que el art. 149.1.1, que nunca ha sido utilizado como título competencial específico por el Tribunal, sino como apoyo a otros títulos competenciales más específicos, es compatible con el principio de autonomía, que comporta la posibilidad de establecer regímenes jurídicos distintos. La unidad de mercado no puede entenderse como una cláusula que permita desposeer de sus competencias a las comunidades autónomas, porque lo que la

Constitución establece es una división territorial del poder, con entes dotados de autonomía política. Una interpretación sistemática de la Constitución no permite otorgar una competencia en un artículo para pasar a retirarla unos artículos más allá» (STC 284/1993).

En la STC 88/2010, en un caso similar a propósito de la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2002, de 27 de febrero, el Tribunal Constitucional dispone que corresponde a las comunidades autónomas precisar las zonas en las que, por ser consideradas de gran afluencia turística, es aplicable la libertad de horarios en el ejercicio de una política propia en la materia. El Fundamento Jurídico 5 dice textualmente:

«Por otra parte, en relación con su carácter materialmente básico, hemos de apreciar que la Ley estatal 1/2004 establece un régimen mínimo de regulación en materia de horarios comerciales dentro del cual las comunidades autónomas pueden optar por grados superiores de liberalización. Así tiene en su conjunto por finalidad la fijación de las bases de la regulación de los horarios comerciales, aspecto este particularmente relevante en la ordenación de la actividad comercial minorista, rama o sector de la economía nacional respecto a la cual el Estado puede, conforme a nuestra doctrina, establecer medidas básicas en cuanto lo requiera la adecuada ordenación de la actividad económica. Dichas medidas, integradas en una acción legislativa que persigue un objetivo general de política económica por su incidencia en el sector de la distribución, consisten en la combinación de un régimen limitativo de los horarios comerciales con el reconocimiento, como especialidad, de la proclamación de la libertad de horarios para determinados tipos de establecimientos comerciales en razón de su actividad o ubicación, entre los que se encuentran los situados en las denominadas zonas de gran afluencia turística. En este caso se trata de una opción que, por su carácter de excepción al régimen general en materia de horarios comerciales, precisa de una decisión unitaria y homogénea para el conjunto del Estado, aun cuando la misma se haya formulado con carácter abierto, de forma que su plasmación concreta precisa de las decisiones que al efecto adopte la Comunidad Autónoma en cuanto titular de las competencias sobre comercio interior. En tal sentido, como medida singular de ordenación económica en un contexto de intervención administrativa en cuanto a la determinación de los días y horas hábiles para el ejercicio del comercio, el Estado ha establecido el principio de libertad de horarios en estas zonas, cohonstando los intereses particulares y sectoriales de los empresarios y comerciantes y de los consumidores, en atención a la trascendencia que para la actividad económica en general y la comercial en particular puede tener, en cuanto estímulo a la demanda privada de bienes de consumo y al empleo en dichas zonas, la afluencia en ellas de turistas.

Igualmente es preciso resaltar que no se vacía aquí de contenido el título competencial autonómico en materia de comercio interior, por cuanto la base estatal no agota toda la normación ni monopoliza toda actuación pública posible sobre la materia, sino que se limita a establecer que la libertad horaria en esas zonas, con el alcance geográfico y temporal derivado de la previa decisión autonómica (art. 5.5 de la Ley estatal 1/2004), se aplicará a todo tipo de establecimientos. Así pues, en el presente caso, la norma estatal ha establecido una regla general: la libertad de las empresas para la fijación de los horarios de sus establecimientos si los mismos se hallan en zonas calificadas por la Comunidad Autónoma como de gran afluencia turística. Y, en la medida en que su contenido es un régimen de libertad de actividades, resulta obvio que dicho precepto no requiere, en ese punto, ulteriores desarrollos o matizaciones. Ahora bien, lo anterior no significa que se haya introducido un desplazamiento absoluto de la competencia autonómica, pues no puede obviarse que, aun cuando la misma se haya reducido en este concreto punto, posee un ámbito mucho más extenso que el estrictamente referido a él. La base estatal requiere de la actuación autonómica, de forma que la uniformidad mínima inherente a toda norma básica no vacía ni predetermina por sí sola la competencia autonómica, por cuanto es la propia Comunidad Autónoma a la que corresponde precisar las zonas en las que, por ser calificadas como de gran afluencia turística, es aplicable la libertad horaria, por lo que la existencia de esta vincula a las decisiones autonómicas relativas a la determinación de las zonas en su territorio que, a efectos comerciales, hayan de ser consideradas como tales zonas de gran afluencia turística y a los períodos de tiempo a que dicha libertad horaria quedará circunscrita. Ambas circunstancias están previstas en la propia legislación cántabra que, conforme a lo expuesto, disfruta de un margen de desarrollo de la normativa básica para el establecimiento de una política propia en la materia en el marco definido por la base estatal, la cual, en todo caso, impide que se discrimine entre tipos de establecimiento en función de su superficie. Todo ello es conforme con el reiterado criterio de este Tribunal Constitucional respecto a las articulaciones de las bases y su desarrollo como esquema de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, a fin de permitir que cada Ente Autonómico introduzca las peculiaridades que estime pertinentes dentro del marco competencial que en la materia diseña el bloque de la constitucionalidad».

Es más la desigualdad pretendida por el compareciente tiene difícil encaje en el artículo 139.2 CE porque no se trata de que la decisión adoptada en la norma implique una desigualdad territorial, dado que todos los establecimientos comerciales de la Generalitat Valenciana que no se ubiquen en una zona de gran influencia turística contarán con idéntico régimen normativo, a ello hay que añadir que otras comunidades autónomas también han desarrollado el precepto básico estatal recogido en el artículo 5

de la Ley 1/2004, fijando parecidos elementos que pretenden delimitar de forma objetiva qué se entiende por zona de gran afluencia turística.

Queda aclarar si los requisitos del artículo 21 provocan desigualdad constitucionalmente proscrita. Sobre el alcance del principio de igualdad, el Tribunal Constitucional ha elaborado en numerosas sentencias una detallada doctrina cuyos rasgos esenciales pueden resumirse como sigue:

«a) No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 CE, sino que dicha infracción la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.

b) El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional.

c) El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino solo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados.

d) Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (por todas, SSTC 76/1990, Fundamento Jurídico 9 A); y 214/1994, Fundamento Jurídico 8 B).

e) Es también doctrina reiterada de ese Tribunal que la igualdad ante o en la ley impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación (SSTC 3/1983, Fundamento Jurídico 3º; 75/1983, Fundamento Jurídico 2º; 6/1984, Fundamento Jurídico 2º; 209/1988, Fundamento Jurídico 6º; 76/1990, Fundamento Jurídico 9º; 214/1994, Fundamento Jurídico 8º; 9/195, Fundamento Jurídico 2º; 164/1995, Fundamento Jurídico 7º; 134/1996, Fundamento Jurídico 5º; 117/1998, Fundamento Jurídico 8º; y 46/1999, Fundamento Jurídico 2º, por todas)».

De todo ello se deduce que no se produce desigualdad entre los operadores comerciales pues todos los que están en la misma situación encuentran idénticas consecuencias y se requieren parámetros iguales para poder realizar una comparación lo que no se da en el presente caso, puesto que la localización en distinto término municipal es un condicionante en más de un sentido, como puede ser el régimen urbanístico, de funcionamiento, fiscal... Se trata más bien del cumplimiento de una serie de requisitos fijados por la norma en función de los cuales se producirá la aplicación de un determinado régimen jurídico.

Tras el estudio de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia se deduce que no existen motivos suficientes para estimar que el Decreto Ley 1/2016, de 26 de febrero, sea contrario a los preceptos constitucionales.

La presente resolución, por todo lo dicho, ha sido desestimatoria de la pretensión.

Ley de la Comunidad Autónoma de La Rioja 1/2016, de 4 de abril, de impulso y consolidación del diálogo social en La Rioja

El representante de un sindicato, solicitó del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 1/2016, de 4 de abril, de impulso y consolidación del diálogo social en La Rioja.

La interposición del recurso se solicitaba contra el criterio seguido en la ley para determinar las organizaciones que han de participar en el diálogo social. Este criterio está explicitado en el artículo 6 de la ley, conforme al cual forman parte del Consejo Riojano de Diálogo Social «las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en La Rioja». La solicitud de recurso se fundamentaba en que la utilización excluyente del criterio de mayor representatividad para participar en dicho Consejo vulnera, a juicio del sindicato reclamante, los derechos constitucionales de igualdad y libertad sindical de las organizaciones con implantación en la Comunidad Autónoma de La Rioja que no ostentan la condición de «más representativas».

Se cuestionaba asimismo la previsión de destinar a los sindicatos más representativos participantes en el órgano que se crea una subvención nominativa con cargo a los presupuestos regionales. Esta previsión está contenida en el artículo 14.1 de la ley, a cuyo tenor «con la finalidad de fomentar la participación institucional regulada por esta ley, la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja consignará anualmente una partida presupuestaria que, como subvención nominativa, irá destinada a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, con independencia de las subvenciones que estas perciben para el fomento de su actividad como organizaciones de interés general en el ámbito económico y social».

Se acordó no interponer el recurso solicitado en razón de la fundamentación siguiente

Fundamentos de la resolución

PRIMERO. La libertad sindical se encuentra reconocida en el artículo 28.1 CE, el cual establece que todos tienen derecho a sindicarse libremente y que dicha libertad comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección sin que nadie pueda ser obligado a afiliarse a un sindicato. Por su parte, el artículo 7 CE establece que los sindicatos de los trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios, añadiendo que su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley, y que su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

Al respecto, en el Fundamento Jurídico 3 de la Sentencia 147/2001, el Tribunal Constitucional pone de manifiesto que:

«La Constitución reconoce, por tanto, la libertad de creación de sindicatos y la libertad de estos en el ejercicio de su actividad, sin que las administraciones públicas puedan interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, alterar con su intervención la libertad e igualdad en el ejercicio de la actividad sindical o discriminar a algún sindicato de modo arbitrario o irrazonable (STC 23/1983, de 25 de marzo, FJ 2; STC 99/1983, de 14 de diciembre, FJ 2; STC 20/1985, de 14 de febrero, FJ 2; STC 7/1990, de 18 de enero, FJ 2; STC 217/1991, de 17 de diciembre, FJ 3, o 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 4), produciéndose la discriminación proscrita cuando “la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, que debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida” (STC 20/1985, de 14 de febrero, FJ 2, y STC 75/1992, de 14 de mayo, FJ 4); debiendo valorarse la proporcionalidad de una medida en directa relación con la pérdida de posibilidades de acción de los sindicatos no protegidos por ella (SSTC 263/1994, de 3 de octubre, y STC 188/1995, de 18 de diciembre)».

SEGUNDO. Ese principio de igualdad de trato entre organizaciones sindicales ha llevado al Tribunal Constitucional desde la STC 53/82, de 22 de julio, a considerar aconsejable la interpretación conjunta de los artículos 14 y 28.1 CE cuando la desigualdad de trato incide sobre el ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical, empleando así un criterio coincidente con el que utiliza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para supuestos de este carácter.

Sin ahondar en la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad de trato dada la premura de tiempo con la que debe abordarse esta resolución, debe reseñarse,

por lo que aquí interesa, que tal principio, connatural a un sistema de libertad y pluralidad sindical

«... no empece que, en determinadas ocasiones y para determinadas funciones, este Tribunal haya admitido un trato desigual a los sindicatos que no vulnera el artículo 14 CE cuando está basado en el criterio de la mayor representatividad. Entre otras razones, porque se trata de un criterio que arranca de un dato objetivo, como es la voluntad de los trabajadores y funcionarios expresada en las elecciones a órganos de representación de trabajadores y funcionarios (por todas, SSTC 98/1985, de 29 de julio; 7/1990, de 18 de enero; 32/1990, de 26 de febrero; 75/1992, de 14 de mayo; 67/1995, de 9 de mayo, y 188/1995, de 18 de diciembre) y porque la promoción del hecho sindical y la eficaz y efectiva defensa y promoción de los intereses de los trabajadores (art. 7 CE), finalidades también necesitadas de atención, pueden malograrse por una excesiva atomización sindical y la atribución de un carácter absoluto al principio de igualdad de trato (SSTC 98/1985, de 29 de julio, y 75/1992, de 14 de mayo) y del libre e igual disfrute del derecho reconocido en el artículo 28.1 CE (SSTC 53/1982, de 22 de julio; 65/1982, de 10 de noviembre; 98/1985, de 29 de julio; 7/1990, de 18 de enero, y 75/1992, de 14 de mayo)» (Sentencia 147/2001, FJ 3).

De lo expuesto, en la misma sentencia, el Tribunal Constitucional concluye que el concepto de mayor representatividad, consignado en el artículo 3.5 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) «es un criterio objetivo y, por ello, constitucionalmente válido», entre otras cosas para desarrollar tareas de representación institucional.

TERCERO. En relación con lo anterior no debe olvidarse, como reiteradamente el Tribunal Constitucional ha hecho notar (Sentencia 164/1993, entre otras), que el artículo 28.1 de la Constitución «integra los derechos de actividad y medios de acción de los sindicatos —huelga, negociación colectiva, promoción de conflictos— que constituyen el núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical, pero junto a los anteriores, los sindicatos pueden ostentar derechos o facultades adicionales atribuidos por normas o convenios que pasen a añadirse a aquel núcleo esencial» derechos o facultades entre los cuales el Tribunal incluye expresamente la participación institucional.

Ello implica que respecto de la participación institucional, al no constituir parte del núcleo esencial del derecho a la libertad sindical sino del contenido adicional con el que puede complementarse el derecho, el legislador dispone de una amplia libertad de opción para articular esa participación institucional como considere más conveniente. Lo constitucionalmente obligado es que la ley respete el contenido esencial de las libertades y derechos fundamentales, tal y como establece el artículo 53.1 de la Constitución, pudiendo en lo demás optar el legislador entre diversas opciones en ejercicio de la libertad de acción política que le corresponde.

CUARTO. Como se ha apuntado en los antecedentes de esta resolución, el sindicato solicitante de recurso considera que la Ley 1/2016 es contraria a los artículos 14 y 28 de la Constitución, basando tal apreciación en que la ley «introduce un tratamiento discriminatorio entre las diferentes organizaciones sindicales, vulnera el principio de libertad sindical, ya que impide el ejercicio de tal derecho fundamental por parte de la organización solicitante, supone una ingerencia e interferencia prohibida y rechazable de la Administración pública en la actividad de las organizaciones sindicales, potenciando a determinados sindicatos sobre otros, por lo que, consecuentemente, altera la libertad de afiliación de los trabajadores, concediendo privilegios con carácter exclusivo a determinadas centrales, con olvido, entre otras... de la solicitante que posee suficiente implantación a nivel de la Comunidad Autónoma de La Rioja tanto para participar o aspirar a participar en el diálogo social permanente instituido por la norma como para no resultar marginada en los foros, facultades y atribuciones nacidos a raíz de su entrada en vigor».

Nuevamente con las limitaciones derivadas del escaso tiempo del que se ha dispuesto a causa de la tardía presentación de la solicitud de recurso para examinar las alegaciones formuladas y la norma objeto de cuestionamiento, a juicio de esta institución de la norma no se derivan las consecuencias que se alegan en la solicitud de recurso.

Por una parte, la ley se dicta en ejercicio de la competencia exclusiva de la que dispone la Comunidad Autónoma (artículo 8.uno.1 y 4 del Estatuto de Autonomía de La Rioja) en materia de organización, estructura, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno, y en materia de ordenación y planificación económica, y no en ejercicio de las competencias de ejecución que el artículo 11.uno.3 le atribuye en materia laboral. Por otra parte, el objeto de la ley (artículo 1) es «la institucionalización del diálogo social permanente así como el reconocimiento a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de una singular posición jurídica a efectos de participación institucional», objetivo este constitucionalmente legítimo, como claramente se desprende de la jurisprudencia antes mencionada, que no afecta y por lo tanto respeta el contenido esencial del derecho a la libertad sindical.

No es cuestionable que en el ejercicio de su competencia exclusiva en la materia el legislador autonómico acuerde crear un órgano específico para fomentar el diálogo social y establezca la composición de dicho órgano. Tampoco lo es que reconozca la singular posición jurídica que para ese fomento del diálogo social ostentan las organizaciones sindicales más representativas porque, como se ha visto, el criterio de la mayor representatividad es objetivo y razonable para esa función y, por tanto, constitucionalmente válido.

QUINTO. Descartada en ese punto la inconstitucionalidad de la ley, difícilmente cabe cuestionar que la misma prevea la consignación de una partida presupuestaria que,

como subvención nominativa, vaya destinada a las organizaciones sindicales que participen en el Consejo Riojano de Diálogo Social para hacer frente al coste económico que conlleve su participación institucional y en la medida en que tal coste económico se justifique. Se trata de una mera previsión de futuro que no se perfeccionará hasta que se incluya en los correspondientes presupuestos y nada impide al legislador hacer uso de una fórmula subvencional prevista y reglada en el ordenamiento vigente.

Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 2/2016, de 11 de mayo, por la que se modifica la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, en materia de valoración de la antigüedad a efectos de méritos

Se recibieron diversos escritos en los que se solicitaba del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 2/2016, de 11 de mayo, por la que se modifica la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, en materia de valoración de la antigüedad a efectos de méritos.

Las alegaciones formuladas, prácticamente coincidentes, centraban el cuestionamiento de la ley en la discriminación que, a juicio de los solicitantes de recurso, se deriva de la norma al reconocer como antigüedad computable a efectos de mérito en los procedimientos de promoción interna y de provisión de puestos los servicios prestados como personal funcionario interino y no los prestados como personal contratado laboral, temporal o indefinido, o con otro vínculo de servicio con la Administración pública de Andalucía.

Al respecto se alegaba que no existe razón objetiva alguna que justifique la diferencia de trato en razón del vínculo jurídico con el que se hubieran prestado servicios, y menos aún en el contexto de la legislación básica de función pública en la que prima el concepto de «empleado público» para englobar tanto a personal laboral como a personal funcionario.

También se alegaba la posible vulneración de la competencia exclusiva del Estado para establecer las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas recogida en el artículo 149.1.18 de la Constitución, bases que están establecidas, entre otras, en la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública y en el Estatuto Básico del Empleado Público que a juicio de los reclamantes reconocen el derecho a que se computen a los efectos que aquí interesan tanto los servicios prestados como funcionario de empleo (interino o eventual) como los prestados en régimen de contratación laboral o administrativa.

Se acordó no interponer el recurso solicitado en razón de la fundamentación siguiente

Fundamentos de la resolución

PRIMERO. Esta institución viene manteniendo desde hace largo tiempo el criterio de no intervenir ni tomar en consideración cuestiones de naturaleza competencial por entender que han de ser los titulares de la competencia afectada, también legitimados para la interposición de recurso, los que, de considerarlo oportuno, inicien tal acción en defensa de su propia competencia. Ello implica que a efectos de esta resolución no se toma en consideración la última de las alegaciones a las que se ha hecho referencia relativa a la supuesta invasión de la competencia estatal reconocida en el artículo 149.1.18 de la Constitución para establecer las bases del régimen estatutario de la Función Pública.

SEGUNDO. Se alega la colisión de la ley aquí examinada con la Directiva europea 1999/70/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre el trabajo de duración determinada y con la jurisprudencia al respecto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Tal posible colisión vendría en principio avalada por la Carta de Emplazamiento que la Comisión Europea remitió a finales del pasado mes de marzo al ministro de Asuntos Exteriores a través de la Representación permanente de España ante la Unión Europea y en la que la Comisión concluye que pudo haber existido en ciertos casos discriminación en el trato hacia trabajadores temporales al servicio de la Administración, con cita expresa de sentencias de tribunales de Andalucía alegadas por las autoridades nacionales en su respuesta inicial a las consultas previas, para justificar que los períodos de servicios previos ya computados cuando esos trabajadores accedieron a un empleo permanente, no se computaran nuevamente para procesos de promoción interna o promoción profesional.

Sin embargo, tampoco cabe tomar en consideración la alegación, dada su carencia de relevancia constitucional, de acuerdo con la doctrina recaída al respecto. En la STC 28/1991 (FJ 5) se afirma que:

«Ningún tratado internacional recibe del artículo 96.1 de la Constitución más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de estas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, Fundamento Jurídico 14, in fine) sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan. En suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que solo es un conflicto

de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria».

Doctrina esta que se reitera respecto de la aplicación en el ámbito interno del derecho comunitario en la STC 58/2004, en cuyo Fundamento Jurídico 10 se sostiene lo siguiente:

«Así pues, en principio, la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es... una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales».

En definitiva es doctrina reiterada (por todas, STC 120/2012, de 4 de junio, FJ 2) que al Tribunal Constitucional «no le corresponde controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo, pues este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario, y, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea; dicho de otro modo, la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es una cuestión de carácter infraconstitucional».

Ello conduce inevitablemente a desechar en el examen de esta solicitud de interposición de recurso las alegaciones relativas a la colisión de la ley con la directiva ya citada y las consideraciones al respecto que se contienen en el Dictamen 200/2015, del Consejo Consultivo de Andalucía que también se aporta como argumento de autoridad para fundamentar la posible inconstitucionalidad de la ley.

También por su carácter infraconstitucional, no cabe hacer mención en la presente resolución a las numerosas normas y convocatoria de otras administraciones públicas relativas al cómputo de la antigüedad a efectos de provisión de puestos y de promoción profesional.

TERCERO. Restaría pues el examen de las alegaciones coincidentes en la diversas solicitudes recibidas respecto de que la norma es discriminatoria y atenta al principio de igualdad al prever el cómputo de los servicios prestados como personal interino para valorar la antigüedad a efectos de méritos en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo y en los de promoción interna. La discriminación se produciría respecto de quienes hubieran alcanzado la condición de funcionario de carrera y hubieran prestado con carácter previo a la administración servicios como personal laboral o, hay que entender aunque no se alega, con otro vínculo diferente al nombramiento como personal funcionario interino.

El artículo 23.2 de la Constitución garantiza a todos los ciudadanos el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos

que señalen las leyes. Ahora bien, el Tribunal Constitucional, en doctrina que ha reiterado en numerosísimas sentencias (por todas, STC 50/86, FJ 4), precisa el contenido del derecho proclamado en este artículo haciendo notar que:

«No nace de este precepto, como es obvio, derecho alguno a la ocupación de cargos o al desempeño de funciones determinadas, y ni siquiera derecho a proponerse como candidato para los unos o las otras. El derecho a tomar parte en el procedimiento (selectivo o electivo) que ha de llevar a la designación y a *fortiori* el derecho a esta misma, solo nace de las normas legales o reglamentarias que disciplinan, en cada caso, el acceso a cargo o función en concreto. Lo que, como concreción del principio general de igualdad, otorga el artículo 23.2 a todos los españoles es un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la jurisdicción ordinaria y en último término ante este Tribunal, toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad».

Así pues, es la «ley» la llamada a determinar los requisitos, reglas y condiciones exigibles a los ciudadanos para el acceso a los puestos o cargos propios de las distintas funciones públicas, concretando así en cada caso el contenido de un derecho que en su formulación constitucional solo habilita a los ciudadanos a reaccionar contra cualquier quiebra de la igualdad. Por ello, los requisitos, reglas y condiciones que para cada supuesto concreto establezca el legislador han de respetar el principio de igualdad, tanto en su vertiente general de proscripción de desigualdades fundadas en cualquiera de los elementos del artículo 14 de la Constitución, como en la más específica de acceso a la función pública de no exigir condiciones o requisitos que no sean referibles o no tengan relación con el mérito y la capacidad a que alude el artículo 103.3 de la Constitución.

Resumiendo su propia doctrina, el Tribunal Constitucional dice en el Fundamento Jurídico 3 de la Sentencia 96/97, lo siguiente:

«Asimismo, hemos declarado que la igualdad, en su acepción primaria, proscribire ya la determinación de requisitos que traduzcan desigualdades arbitrarias (SSTC 75/93, 50/86, 148/86, 192/87, 193/87, 75/88 y 67/89), ya la fijación de reglas y condiciones rectoras del acceso de las que en modo alguno puedan predicarse las notas de generalidad y abstracción, por implicar, en virtud de su individualización y concreción verdaderas acepciones o, *sensu contrario*, pretericiones *ad personam* (SSTC 42/81, 50/86, 148/86, 18/87, 67/89, 27/91, 93/95 y 11/96) ya, finalmente, la transgresión de las bases del procedimiento de selección en detrimento de algunos de los en él intervinientes (STC 115/96)».

Están proscritas pues las desigualdades arbitrarias, en cuanto carentes de justificación proporcionada, objetiva y razonable, las reglas y condiciones no generales y abstractas que pretendan la acepción o preterición de personas concretas, y, desde

luego, la aplicación desigual de las reglas generales en detrimento de cualesquiera participantes.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha señalado, entre otras en su Sentencia 144/88, que el principio de igualdad no solo opera en el plano de la aplicación de la norma, obligando a que esta opere de modo igual para todos aquellos que se encuentren en la misma situación, sino que también actúa como límite frente al propio legislador. En este plano el principio de igualdad opera impidiendo que en la norma se configuren artificiosamente supuestos de hecho a través de los cuales «... se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentren en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria» (FJ 1).

Respetando los límites hasta aquí expuestos, el legislador puede regular en cada caso el acceso a la función pública del modo que tenga por más conveniente, concretando según su libre apreciación los requisitos que deban reunir los candidatos o aspirantes a la función pública, los procedimientos a través de los cuales se produzca la selección de los que dispongan de más méritos y mejor capacidad y la forma en que la incorporación a la función pública habrá de producirse.

Es decir, dentro del respeto al principio de igualdad, el legislador dispone de un «notable margen de apreciación» para concretar el contenido del derecho de acceso a la función pública, pues como afirma el Tribunal Constitucional en la sentencia ya citada 50/86:

«... ni el legislador se encuentra respecto de la Constitución en una situación análoga a la que la Administración ocupa respecto de la ley, ni, aunque así no fuera, puede negarse un amplio margen de libertad, tanto al legislador como a la Administración, para dotar de contenido en cada caso a conceptos indeterminados como son los de mérito y capacidad...».

Es decir, el legislador, dentro de los límites que impone el respeto a los principios constitucionales antes mencionados, puede configurar libremente el acceso a cada cargo o función pública, dentro del amplio margen que le permite su legítima libertad de opción entre todas las posibilidades constitucionalmente válidas. Porque, en definitiva, para describirlo gráficamente, el legislador puede hacer todo lo que la Constitución expresamente no le prohíba, en ejercicio de una libertad de acción muy superior a la que ostenta la Administración en el proceso de aplicación de la ley, en el que solo puede hacer aquello que esta expresamente le autorice.

CUARTO. A lo expresado ha de añadirse que en el caso aquí examinado no afecta al derecho primario de acceso a la función pública del artículo 22.3 de la Constitución, sino al derecho de quienes ya ostentan la condición de funcionarios de carrera en relación con su carrera profesional. Al respecto el Tribunal Constitucional ha sostenido 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, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos (SSTC 192/1991 y 200/1991)».

Y en la STC 156/1998, de 13 de junio, el Tribunal Constitucional señala en similar doctrina que:

«al ser constitucionalmente legítimo que en materia de provisión de puestos de trabajo puedan valorarse criterios independientes de los que, en sentido estricto, derivarían del principio de igualdad que consagra el artículo 23.2, y encontrarnos, por otra parte, ante un derecho que es de configuración legal (SSTC 24/1990, 25/1990, 26/1990, 149/1990), es al legislador al que corresponde determinar en qué casos pueden tomarse en consideración esos otros criterios; criterios que, como se han indicado, siempre que se encuentren justificados en la mejor prestación de los servicios o en la protección de otros bienes constitucionales y no introduzcan discriminaciones personales constitucionalmente proscritas, serán compatibles con el derecho fundamental que garantiza el artículo 23.2 CE» (FJ 3).

QUINTO. Tomando en consideración la doctrina expuesta, a juicio de esta institución, entra en el margen de libre apreciación del legislador establecer el criterio, que se concreta en un mandato al ejecutivo, de que los servicios prestados como personal interino se computen a efectos de méritos en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo y en los de promoción interna. La experiencia adquirida en el trabajo desarrollado como funcionario interino puede suponer sin duda un mérito valorable en procesos en los que la participación se restringe a quienes ostentan la condición de funcionarios de carrera y que se vincula a su promoción profesional.

No resulta preciso insistir en ello ya que en realidad las solicitudes de interposición de recurso no cuestionan que se valoren los servicios prestados como funcionario interino sino que la previsión no se extienda a la valoración de otros servicios previos a la adquisición de la condición de funcionario de carrera con otros vínculos

diferentes como es el caso, entre otros, de la relación laboral. Así pues, lo que en último término demandan los reclamantes es que se promueva el proceso constitucional no por lo que la ley dice sino por lo que la ley no dice, o lo que es lo mismo, que se plantee un supuesto de inconstitucionalidad por omisión.

Sobre este tipo de inconstitucionalidad el Tribunal ha declarado en su Sentencia 87/89, así como en las Sentencias 24/82 y 74/87, que la inconstitucionalidad por omisión «solo se produce cuando la propia Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace». Es evidente que en el presente caso no cabe acudir a la inconstitucionalidad por omisión, ya que la norma cuestionada no desarrolla precepto constitucional alguno y no cabe predicar respecto del legislador el deber de dictarla.

SEXTO. Desechada la inconstitucionalidad por omisión, cabría plantearse, aunque los recurrentes lo hacen solo indirectamente, si se produce lo que el Tribunal Constitucional ha denominado insuficiencia normativa que pudiera generar una vulneración del principio de igualdad.

No parece, sin embargo, que así ocurra. Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que el precepto, examinado en el contexto de la norma en la que se incardina, se limita a establecer un mandato al ejecutivo para que las convocatorias de procesos de promoción interna y de provisión de puestos de trabajo, y las normas infralegales que los regulen, incluyan los servicios prestados como personal funcionario interino (así como los prestados como personal funcionario de carrera) para valorar la antigüedad a efectos de mérito.

Ello no excluye —pues del precepto no se deriva prohibición alguna— que se pueda prever en estos procesos la valoración de otros méritos y capacidades, entre los que podrían estar los derivados de la experiencia adquirida por la prestación de servicios previos a la administración con vínculos diferentes y en puestos de trabajo distintos a los correspondientes al personal funcionario interino.

Así, por ejemplo, en el propio artículo 26 de la Ley 6/1985, de la Función Pública de Andalucía, se dispone que el concurso es el sistema normal de provisión de puestos de trabajo y que en él se tengan en cuenta «únicamente los méritos previstos en las bases de la correspondiente convocatoria... y en la que se considerarán como méritos preferentes la valoración del trabajo desarrollado en los puestos anteriores, los cursos de formación y perfeccionamiento, y las titulaciones académicas directamente relacionadas con el puesto que se trata de proveer», además de la antigüedad (apartado 1), añadiéndose en el segundo párrafo del mismo apartado que «también podrán considerarse otros méritos tales como la experiencia y titulaciones profesionales y los demás que reglamentariamente se determinen».

Por su parte, las convocatorias de procesos de promoción interna, que como los restantes procesos derivados de la oferta de empleo público han de publicarse en el boletín oficial correspondiente, deben incluir como mínimo (artículo 38) los «baremos de valoración» de los méritos que en cada caso se consideren, entre los que estará el cómputo de los servicios previos como personal interino como impone el precepto cuestionado, lo que no excluye que se puedan tomar otros en consideración.

SÉPTIMO. Por otra parte, el que la norma otorgue un tratamiento específico a los servicios previos prestados como personal interino, en el sentido en el que lo hace de garantizar el cómputo de estos a efectos de mérito, y dejando a disposición del ejecutivo el cómputo de otros servicios previos, no afecta por sí mismo al principio de igualdad ya que no existe en el precepto un término de comparación al que referirse y porque respecto de los posibles términos de comparación no contemplados en ella se da un elemento diferenciador con trascendencia jurídica que el legislador ha decidido apreciar en ejercicio de su libertad de opción, como ya se ha expresado.

Tanto la provisión de puestos como la promoción interna son procesos cuyos destinatarios son quienes ostentan la condición de funcionarios de carrera y no el personal con cualquier otro vínculo o relación de servicio con la administración. El que en estos procesos concretos se garantice el cómputo de los servicios previos prestados precisamente con la condición de funcionario y, por tanto, en puestos correspondientes o reservados a esta clase de empleados públicos, resulta una medida en principio razonable y proporcionada desde la óptica del principio de igualdad.

Al respecto, no parece necesario insistir en la diferente naturaleza del régimen jurídico del personal funcionario (régimen estatutario, unilateral) y del personal laboral (sinalagmático, bilateral) y tampoco en el diferente contenido de los puesto de trabajo propios de personal funcionario y los que cabe adscribir al personal laboral. Como proclama la Ley 6/1985, de la Función Pública de Andalucía, los puestos de trabajo de la Administración de la Junta de Andalucía «serán desempeñados por funcionarios públicos» pudiendo exceptuarse y adscribirse a personal laboral (artículo 12.2) «los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos; los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores; los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica para su desempeño».

Así pues, funcionarios y laborales son distintas clases de empleados públicos, con régimen jurídico diferenciado, con diferentes sistemas de acceso y promoción, que ocupan o deben ocupar puestos de trabajo diferentes y de distinta naturaleza dentro de la administración. Ese elemento diferenciador puede perfectamente justificar que la norma cuestionada garantice el cómputo de los servicios previos prestados como funcionario en los procedimientos propios de su carrera y promoción profesional y no incluya esa misma previsión respecto de los servicios previos prestados con otro vínculo jurídico y sin que pueda considerarse ese silencio una insuficiencia normativa potencialmente generadora de desigualdad.

Cuestión distinta es que el singular proceso de conformación de la administración de Andalucía pueda haber dado lugar a que quienes hoy ostentan la condición de funcionarios de carrera hayan desempeñado durante períodos de tiempo más o menos dilatados y con vínculo laboral puestos de trabajo de esa administración propios de funcionarios o que posteriormente se hayan incluido en procesos de funcionarización, cuestión esta que se refiere a situaciones de hecho y valorable en otras instancias y a otros efectos y que no tiene, para este caso y por lo que aquí interesa, relevancia constitucional.

Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

El 12 de agosto de 2016 compareció ante esta institución una ciudadana solicitando la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el texto de la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género de la Región de Murcia, y concretando sus rasgos de inconstitucionalidad en los siguientes motivos:

- A) «Grave defecto de forma en la tramitación de la ley que la vicia de invalidez», ya que considera que la Comunidad Autónoma de Murcia carece de competencia para regular materias que afectan a los derechos fundamentales, invocando el artículo 81 CE.
- B) «Vulneración del más básico principio constitucional de la libertad de educación», invocando como artículo a su juicio vulnerado, el artículo 27 CE.
- C) «Conculcación de la libertad de conciencia», invocando los artículos 16 y 20 CE.

A la vista de las alegaciones formuladas, se ha adoptado la resolución que luego se dirá, atendiendo a los siguientes

Fundamentos de la resolución

PRIMERO. La defensora del pueblo, previo informe de la Junta de Coordinación y Régimen Interior, según prevé el artículo 18.1.b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de esta institución, ya resolvió el 23 de julio de 2014 no interponer recurso de inconstitucionalidad solicitado contra la Ley gallega 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales. Asimismo, previo informe de la Junta de Coordinación de 15 de enero de 2015, resolvió no interponer recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 12 de la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia. Las citadas normas —junto a las promulgadas por los parlamentos autonómicos de País Vasco, Andalucía, Canarias, Extremadura y Baleares— responden a la necesidad de dar cumplimiento a distintas directivas europeas, tratados y protocolos internacionales, que se detallan a continuación, que prohíben toda discriminación por causa de la orientación sexual.

SEGUNDO. El Tribunal Constitucional, en Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, establece que «la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, ex artículo 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14 CE». Por tanto la orientación sexual ha de entenderse como uno de los supuestos del artículo 14 (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3, y STC 41/2013, de 14 de febrero, FJ 6). La jurisprudencia constitucional ha venido distinguiendo entre la cláusula general de igualdad del primer inciso del artículo 14 CE, por la que se confiere un derecho subjetivo a todos los ciudadanos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos, siempre que concurren supuestos idénticos y no existan razones que objetivamente justifiquen la diferenciación, y la segunda vertiente del mismo derecho fundamental, que es el que motiva la presente resolución, contenida en el inciso segundo del mismo artículo 14 CE y

que prohíbe la práctica de comportamientos discriminatorios basados en alguno de los factores que allí se mencionan a modo de listado enunciativo y no cerrado (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6).

El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en su artículo 13, se refiere a la orientación sexual como una de las causas de discriminación cuando señala que «sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». Pueden mencionarse, entre otras, por aludir a la protección que contiene de la orientación sexual, la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado; la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, o la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. También el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, contempla de manera explícita la «orientación sexual» como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación.

Además es preciso destacar la desventaja social, la desigualdad y la marginación sustancial que han sufrido las personas de orientación homosexual y transexual. Como ha señalado la STC 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, en el F4: «Con ese listado, la Constitución pretende una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones 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 solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 19/1989, de 31 de enero, FJ 4; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2; 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5; y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 5, por todas)».

En cuanto a la marginación que han sufrido los transexuales y homosexuales, puede citarse, a modo de ejemplo, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al analizar el alcance del artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que contiene el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, p. 28); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el artículo 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias de trato basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (entre otras, SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos L. y V. contra Austria, p. 48, y S.L. contra Austria, p. 37, o 24 de julio de 2003, caso Karner contra Austria, p. 37, a las que se han remitido numerosas Sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso B.B. contra Reino Unido; 21 de octubre de 2004, caso Woditschka y Wilfing contra Austria; 3 de febrero de 2005, caso Ladner contra Austria; 26 de mayo de 2005, caso Wolfmeyer contra Austria; 2 de junio de 2005, caso H.G. y G.B. caso E.B. contra Francia, p. 91 j).

En definitiva, la doctrina constitucional ha concluido reiteradamente que la orientación sexual se encuentra entre los motivos de discriminación y constituyen una discriminación proscrita por el artículo 14 CE, a la luz de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la propia Constitución.

TERCERO. El artículo 10.2 CE recoge un criterio interpretativo aplicable a la exégesis de los preceptos constitucionales que tutelan los derechos fundamentales (STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8), que pone de manifiesto la decisión del constituyente de reconocer nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que protegen los instrumentos internacionales a que remite, «así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). En referencia al matrimonio homosexual, el Tribunal Constitucional en la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, señaló en referencia a los tratados internacionales ratificados por España que «esos tratados se van incorporando paulatina y constantemente a nuestro ordenamiento, a medida que,

acordados en el seno de la sociedad internacional, la Unión Europea o el Consejo de Europa, España los ratifica, con lo cual la regla hermenéutica del artículo 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva, que nos permitirá explicar el artículo 32 CE y el ajuste al mismo de la Ley 13/2005».

Por tanto, en la medida en que el artículo 10.2 CE recoge una directriz sobre el modo en que debe ser realizada la interpretación del Título I de la Constitución española es necesario analizar brevemente la protección a las personas homosexuales, bisexuales, transexuales y transgénero en numerosos textos y tratados internacionales firmados por España.

El artículo 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP) establece también la cláusula de igualdad de trato e interdicción de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (artículo 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual (Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación número 488/1992, caso Toonen contra Australia, p. 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 94112000, caso Young contra Australia, p. 10.4).

La ONU y la UE han establecido principios internacionales con respeto a la homosexualidad, vinculantes para sus Estados Miembros, como son los Principios de Yogyakarta (Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007). En el año 1994, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas dictaminó que la prohibición y consecuente penalización de los comportamientos homosexuales vulneraban los derechos a la privacidad y a la no discriminación. En el año 2011, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó la primera resolución en la que se reconocen los derechos del colectivo LGTB y una declaración formal de condena de los actos de violencia y discriminación en cualquier lugar del mundo por razón de la orientación sexual e identidad de género. En esa resolución, el Consejo hacía además una petición expresa a la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, con el fin de documentar las leyes discriminatorias y los actos de violencia por razón de orientación sexual e identidad de género en todo el mundo y de proponer las medidas que se deben adoptar y establece una serie de recomendaciones a los Estados Miembros para que, entre otras, promulguen legislación amplia de lucha contra la discriminación que incluya la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género entre los motivos prohibidos y reconozca las formas de discriminación concomitantes y que velen por que la lucha contra la discriminación por

razón de la orientación sexual y la identidad de género se incluya en los mandatos de las instituciones nacionales de derechos humanos.

España ha incorporado a su ordenamiento las citadas directivas europeas y ha ratificado tratados y protocolos internacionales que prohíben toda discriminación por causa de la orientación sexual. En la legislación nacional cabe destacar la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que adecua la legislación nacional a la Directiva 2000/43/CE y a la Directiva 2000/78/CE y procede su transposición a nuestro derecho. Esta ley busca la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación y hace mención expresa a la realizada por razón de orientación sexual. Mediante las medidas incluidas en esa ley se estableció un marco legal general para combatir la discriminación en todos los ámbitos, se abordó la definición legal de la discriminación, directa e indirecta, y se modernizó la regulación de la igualdad de trato y de la no discriminación en el trabajo; así, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, o la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

La Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género ha de interpretarse de conformidad con la regla hermenéutica del artículo 10.2 CE que exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas, contenidas en el Título I, de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

CUARTO. La exposición de motivos de la ley, cuya impugnación se solicita, cita como fundamentos constitucionales de la misma la remoción de toda discriminación basada en la orientación sexual y la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos el permitir el libre desarrollo de la personalidad. Los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del artículo 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 4).

Como ha señalado la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, la justificación de medidas positivas está justificada «en la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en

el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución)».

El Defensor del Pueblo no puede permanecer ajeno a la realidad social de la existencia de estos colectivos y a la necesidad del respeto y la protección jurídica que merecen, en consonancia con el Derecho internacional y con los pronunciamientos jurisdiccionales de órganos internacionales.

La Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género sometida a examen se inscribe en la lógica del mandato que el constituyente integró en el artículo 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, apoyándose en la interpretación que ha hecho el Tribunal Constitucional de la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE, en la que se incluye la discriminación por razón de la orientación sexual (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3), en la línea de la jurisprudencia de Estrasburgo (entre otras, STEDH en el asunto L. y V. contra Austria de 9 de enero de 2003, p. 48).

QUINTO. Es notorio que las cuestiones relativas a la identidad de género o, más ampliamente, las relativas a la sexualidad y a sus manifestaciones personales y afectivas, son desde hace bastante tiempo objeto de debate desde diferentes posiciones filosóficas y religiosas. Las posiciones ideológicas y éticas sobre estos temas son muy variadas y con frecuencia incompatibles y excluyentes entre sí. Se trata pues de un asunto en el que el debate social es intenso y en el que la opinión se encuentra dividida. En línea con este ámbito de conflicto, la solicitante de recurso expresa su desacuerdo con la decisión del legislador de que se transmitan en la enseñanza, de manera imperativa, los valores y actitudes que las pautas contenidas en el precepto cuestionado implican. Ahora bien, la educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae a un proceso de mera transmisión de conocimientos [cfr. artº 2.1 h) LOE], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. artº 2.1 a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [cfr. artº 2.1 d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [cfr. artº 2.1 b) y c) LOE]. En una sociedad democrática el objetivo y alcance de la educación no se limita, pues, a la transmisión de conocimientos sino que también comprende la transmisión de valores comunes y normas de convivencia. Ello ha de ser así porque las sociedades que revisten tal carácter han de compartir una serie de valores ante los cuales los estados y los poderes públicos no permanecen neutrales, so pena de hacer inviable el propio sistema democrático. La

transmisión de valores, que tiene como objeto el pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos, delimita por tanto el alcance del derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación de acuerdo con sus convicciones, sin que sea admisible que dichas convicciones puedan condicionar la opción educativa que aspira a formar a los alumnos en los valores a los que se ha hecho referencia. Esta interpretación está avalada por el TEDH, entre otras, en su Sentencia de 7 diciembre 1976, Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, en el que se invocaba lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo número 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Ahora bien, el reconocimiento del derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación acorde con sus convicciones implica, en palabras del TEDH en la misma sentencia, que el Estado, al cumplir las funciones por él asumidas en materia de educación y enseñanza, «vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista». Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Aquí se encuentra el límite que no debe ser sobrepasado. En consecuencia, para valorar la viabilidad o, si se prefiere, la procedencia de la solicitud de recurso en el presente caso, habrá de comprobarse si ese límite se supera o si por el contrario las previsiones de la norma están amparadas por el derecho de todos a la instrucción y pueden incluirse en el marco de las funciones que corresponden a las autoridades públicas en el campo de la educación y la enseñanza.

La solicitante del recurso entiende que la creación de programas o medidas para el reconocimiento y respeto de los derechos de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgéneros e intersexuales supone una auténtica vulneración del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que mermaría el libre derecho a la educación. El objetivo general de la ley, impone al ámbito educativo el deber de trasladar en la educación los valores y las conductas que se consideran precisos para evitar en el presente y, especialmente, en el futuro conductas discriminatorias o de abuso hacia los integrantes del colectivo protegido. Es a esto a lo que se refiere la norma con la mención a las pedagogías adecuadas que habrá de contemplar la comunidad educativa, es decir, actitudes y conductas respetuosas con la diferencia, como corresponde que sea entre los ciudadanos de una sociedad democrática en la que prima la libertad individual y donde las opciones personales lícitas —y la orientación y la identidad sexual lo son— no pueden dar lugar a discriminación ni pérdida de derechos.

A juicio de esta institución, es esta la interpretación que ha de darse al precepto, recalcando al respecto que es deber de las autoridades competentes, en este caso de la Región de Murcia, velar por que las informaciones o conocimientos que figuran en el

programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Ello implica que si en el futuro, en su aplicación práctica, se diera al precepto el sentido cuestionado de que propone fomentar entre los alumnos una valoración positiva de determinada orientación sexual o de cualquier manifestación o expresión de identidad de género, será deber de las autoridades competentes (con el correspondiente derecho de reacción por parte de los afectados) corregir tal interpretación para que la acción educativa impuesta en este ámbito sirva al fin legítimo y debido que la justifica, es decir, que los alumnos respeten los distintos modelos y formas de expresión de la identidad afectiva, sexual y de género aunque no compartan la opción libremente elegida por cada uno.

En consecuencia, no puede acogerse la pretensión del solicitante de recurso, dado que la norma no reviste tacha o reproche alguno de inconstitucionalidad y se resuelve no interponer el recurso de inconstitucionalidad solicitado.

Ley 8/2016, de 30 de mayo, del Gobierno de las Illes Balears, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia

El 16 de agosto de 2016 compareció ante esta institución una ciudadana solicitando la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el texto de Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia, concretando sus rasgos de inconstitucionalidad en los siguientes motivos:

- A) Considera que la ley asume todos los planteamientos de lo que denomina «la ideología de género», lo que a su juicio se traduce en una falta de respeto al derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación moral de acuerdo con sus convicciones. Menciona que los artículos 12 y 14 de la citada norma son contrarios a los artículos 9.3, 14, 16, 20.1 y 2, 24.2, 27 CE.
- B) El artículo 12 establece que se entiende por coeducación la acción educativa que potencia la igualdad real de oportunidades y la eliminación de cualquier tipo de discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género. Considera que el citado precepto atenta contra el artículo 14 CE porque no educa contra todo tipo de discriminación sino contra la de origen sexual. Alega también la vulneración del artículo 27 CE ya que lo que denomina «intervención coeducadora de la Administración pública insular» restringe el derecho a la libertad de los padres.
- C) El artículo 14.2 f) establece que las administraciones públicas de las Illes Balears garantizarán la participación de las personas transexuales e intersexuales, con carácter general, atendiendo a su identidad sexual, en los

acontecimientos y las competiciones deportivas que se realicen en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Considera que el citado precepto infringe el artículo 14 CE, alegando que su contenido perjudica a las mujeres.

- D) El artículo 21.2 establece que se garantizará, de acuerdo con la normativa vigente, que en la valoración de la idoneidad en los procesos de adopción y acogida familiar no haya discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género. El proceso de estudio y valoración de la idoneidad será informador y formador, de acuerdo con la diversidad del hecho familiar. Alega que es contrario a los artículos 14 y 39 CE porque «en la práctica se va a condenar a algunos niños a no poder tener un padre y una madre».
- E) Por último, alega que el artículo 30, bajo la rúbrica Inversión de la carga, vulnera los artículos 9.3 y 24.2 CE «haciendo un derecho a la carta donde se segrega y privilegia a una parte de la sociedad LGTBI sobre el resto».

A la vista de las alegaciones formuladas, se ha adoptado la resolución que luego se dirá, atendiendo a los siguientes

Fundamentos de la resolución

PRIMERO. La defensora del pueblo, previo informe de la Junta de Coordinación y Régimen Interior, según prevé el artículo 18.1. b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de esta institución, ya resolvió el 23 de julio de 2014 no interponer recurso de inconstitucionalidad solicitado contra la Ley gallega 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales. Asimismo, previo informe de la Junta de Coordinación de 15 de enero de 2015, resolvió no interponer recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 12 de la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia. Las citadas normas —junto a las promulgadas por los parlamentos autonómicos de País Vasco, Andalucía, Canarias, Extremadura y Murcia— responden a la necesidad de dar cumplimiento a distintas directivas europeas, tratados y protocolos internacionales, que se detallan a continuación, que prohíben toda discriminación por causa de la orientación sexual.

SEGUNDO. El Tribunal Constitucional, en Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre, establece que «la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un

lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, ex artículo 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14 CE». Por tanto la orientación sexual ha de entenderse como uno de los supuestos del artículo 14 (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3, y STC 41/2013, de 14 de febrero, FJ 6). La jurisprudencia constitucional ha venido distinguiendo entre la cláusula general de igualdad del primer inciso del artículo 14 CE, por la que se confiere un derecho subjetivo a todos los ciudadanos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos, siempre que concurren supuestos idénticos y no existan razones que objetivamente justifiquen la diferenciación, y la segunda vertiente del mismo derecho fundamental, que es el que motiva la presente resolución, contenida en el inciso segundo del mismo artículo 14 CE y que prohíbe la práctica de comportamientos discriminatorios basados en alguno de los factores que allí se mencionan a modo de listado enunciativo y no cerrado (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6).

El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en su artículo 13, se refiere a la orientación sexual como una de las causas de discriminación cuando señala que «sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». Pueden mencionarse, entre otras, por aludir a la protección que contiene de la orientación sexual, la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado; la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; la Directiva

2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, o la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. También el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, contempla de manera explícita la «orientación sexual» como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación.

Además es preciso destacar la desventaja social, la desigualdad y la marginación sustancial que han sufrido las personas de orientación homosexual y transexual. Como ha señalado la STC 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, en el F4: «Con ese listado, la Constitución pretende una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones 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 solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 19/1989, de 31 de enero, FJ 4; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2; 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5; y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 5, por todas)».

En cuanto a la marginación que han sufrido los transexuales y homosexuales, puede citarse, a modo de ejemplo, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al analizar el alcance del artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que contiene el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, p. 28); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el artículo 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias de trato basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (entre otras, SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos L. y V. contra Austria, p. 48, y S.L. contra Austria, p. 37, o 24 de julio de 2003, caso Karner contra Austria, p. 37, a las que se han remitido numerosas sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso B.B. contra Reino Unido; 21 de octubre de 2004, caso Woditschka y Wilfing contra Austria; 3 de febrero de 2005, caso Ladner contra Austria; 26 de mayo de 2005, caso Wolfmeyer contra Austria; 2 de junio de 2005, caso H.G. y G.B. contra Austria; o 22 de enero de 2008, caso E.B. contra Francia, p. 91).

En definitiva, la doctrina constitucional ha concluido reiteradamente que la orientación sexual se encuentra entre los motivos de discriminación y constituyen una discriminación proscrita por el artículo 14 CE, a la luz de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la propia Constitución.

TERCERO. El artículo 10.2 CE recoge un criterio interpretativo aplicable a la exégesis de los preceptos constitucionales que tutelan los derechos fundamentales (STC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 8), que pone de manifiesto la decisión del constituyente de reconocer nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que protegen los instrumentos internacionales a que remite, «así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). En referencia al matrimonio homosexual, el Tribunal Constitucional en la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, señaló en referencia a los tratados internacionales ratificados por España que «esos tratados se van incorporando paulatina y constantemente a nuestro ordenamiento, a medida que, acordados en el seno de la sociedad internacional, la Unión Europea o el Consejo de Europa, España los ratifica, con lo cual la regla hermenéutica del artículo 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva, que nos permitirá explicar el artículo 32 CE y el ajuste al mismo de la Ley 13/2005».

Por tanto, en la medida en que el artículo 10.2 CE recoge una directriz sobre el modo en que debe ser realizada la interpretación del Título I de la Constitución española es necesario analizar brevemente la protección a las personas homosexuales, bisexuales, transexuales y transgénero en numerosos textos y tratados internacionales firmados por España.

El artículo 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP) establece también la cláusula de igualdad de trato e interdicción de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (artículo 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual (Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación número 488/1992, caso Toonen contra Australia, p. 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941/2000, caso Young contra Australia, p. 10.4).

La ONU y la UE han establecido principios internacionales con respeto a la homosexualidad, vinculantes para sus Estados Miembros, como son los Principios de Yogyakarta (Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007). En el año

1994, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas dictaminó que la prohibición y consecuente penalización de los comportamientos homosexuales vulneraban los derechos a la privacidad y a la no discriminación. En el año 2011, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó la primera resolución en la que se reconocen los derechos del colectivo LGTB y una declaración formal de condena de los actos de violencia y discriminación en cualquier lugar del mundo por razón de la orientación sexual e identidad de género. En esa resolución, el Consejo hacía además una petición expresa a la Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, con el fin de documentar las leyes discriminatorias y los actos de violencia por razón de orientación sexual e identidad de género en todo el mundo y de proponer las medidas que se deben adoptar y establece una serie de recomendaciones a los Estados Miembros para que, entre otras, promulguen legislación amplia de lucha contra la discriminación que incluya la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género entre los motivos prohibidos y reconozca las formas de discriminación concomitantes y que velen por que la lucha contra la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género se incluya en los mandatos de las instituciones nacionales de derechos humanos.

España ha incorporado a su ordenamiento las citadas directivas europeas y ha ratificado tratados y protocolos internacionales que prohíben toda discriminación por causa de la orientación sexual. En la legislación nacional cabe destacar la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que adecua la legislación nacional a la Directiva 2000/43/CE y a la Directiva 2000/78/CE y procede su transposición a nuestro derecho. Esta ley busca la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación y hace mención expresa a la realizada por razón de orientación sexual. Mediante las medidas incluidas en esa ley se estableció un marco legal general para combatir la discriminación en todos los ámbitos, se abordó la definición legal de la discriminación, directa e indirecta, y se modernizó la regulación de la igualdad de trato y de la no discriminación en el trabajo; así, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, o la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

La Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia ha de interpretarse de conformidad con la regla hermenéutica del artículo 10.2 CE que exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas, contenidas en el Título I, de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

CUARTO. La exposición de motivos de la ley, cuya impugnación se solicita, cita como fundamentos constitucionales de la misma la remoción de toda discriminación basada en la orientación sexual y la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos el permitir el libre desarrollo de la personalidad. Los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del artículo 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 4).

Como ha señalado la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, la justificación de medidas positivas está justificada «en la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución)».

El Defensor del Pueblo no puede permanecer ajeno a la realidad social de la existencia de estos colectivos y a la necesidad del respeto y la protección jurídica que merecen, en consonancia con el Derecho internacional y con los pronunciamientos jurisdiccionales de órganos internacionales.

La Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia sometida a examen se inscribe en la lógica del mandato que el constituyente integró en el artículo 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, apoyándose en la interpretación que ha hecho el Tribunal Constitucional de la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE, en la que se incluye la discriminación por razón de la orientación sexual (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3), en la línea de la jurisprudencia de Estrasburgo (entre otras, STEDH en el asunto L. y V. c. Austria de 9 de enero de 2003, p. 48).

QUINTO. Es notorio que las cuestiones relativas a la identidad de género o, más ampliamente, las relativas a la sexualidad y a sus manifestaciones personales y afectivas, son desde hace bastante tiempo objeto de debate desde diferentes posiciones filosóficas y religiosas. Las posiciones ideológicas y éticas sobre estos temas son muy variadas y con frecuencia incompatibles y excluyentes entre si. Se trata pues de un asunto en el que el debate social es intenso y en el que la opinión se encuentra dividida. En línea con este ámbito de conflicto, la solicitante de recurso expresa su desacuerdo con la decisión del legislador de que se transmitan en la enseñanza, de manera imperativa, los valores y actitudes que las pautas contenidas en el precepto cuestionado

implican. Ahora bien, la educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae a un proceso de mera transmisión de conocimientos [cfr. artículo 2.1 h) LOE], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. artículo 2.1 a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [cfr. artículo 2.1 d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [cfr. artículo 2.1 b) y c) LOE]. En una sociedad democrática el objetivo y alcance de la educación no se limita, pues, a la transmisión de conocimientos sino que también comprende la transmisión de valores comunes y normas de convivencia. Ello ha de ser así porque las sociedades que revisten tal carácter han de compartir una serie de valores ante los cuales los estados y los poderes públicos no permanecen neutrales, so pena de hacer inviable el propio sistema democrático. La transmisión de valores, que tiene como objeto el pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos, delimita por tanto el alcance del derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación de acuerdo con sus convicciones, sin que sea admisible que dichas convicciones puedan condicionar la opción educativa que aspira a formar a los alumnos en los valores a los que se ha hecho referencia. Esta interpretación está avalada por el TEDH, entre otras, en su Sentencia de 7 diciembre 1976, Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, en el que se invocaba lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo número 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Ahora bien, el reconocimiento del derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación acorde con sus convicciones implica, en palabras del TEDH en la misma sentencia, que el Estado, al cumplir las funciones por él asumidas en materia de educación y enseñanza, «vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista». Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Aquí se encuentra el límite que no debe ser sobrepasado. En consecuencia, para valorar la viabilidad o, si se prefiere, la procedencia de la solicitud de recurso en el presente caso, habrá de comprobarse si ese límite se supera o si por el contrario las previsiones de la norma están amparadas por el derecho de todos a la instrucción y pueden incluirse en el marco de las funciones que corresponden a las autoridades públicas en el campo de la educación y la enseñanza.

La solicitante del recurso entiende que la intervención coeducadora de la Administración pública insular restringe el derecho a la libertad de los padres. El objetivo general de la ley, impone al ámbito educativo el deber de trasladar en la educación los valores y las conductas que se consideran precisos para evitar en el presente y,

especialmente, en el futuro conductas discriminatorias o de abuso hacia los integrantes del colectivo protegido. Es a esto a lo que se refiere la norma con la mención a las pedagogías adecuadas que habrá de contemplar la comunidad educativa, es decir, actitudes y conductas respetuosas con la diferencia, como corresponde que sea entre los ciudadanos de una sociedad democrática en la que prima la libertad individual y donde las opciones personales lícitas —y la orientación y la identidad sexual lo son— no pueden dar lugar a discriminación ni pérdida de derechos.

A juicio de esta institución, es esta la interpretación que ha de darse al precepto, recalcando al respecto que es deber de las autoridades competentes, en este caso de la Comunidad Autónoma de Illes Balears, velar por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Ello implica que si en el futuro, en su aplicación práctica, se diera al precepto el sentido cuestionado de que propone fomentar entre los alumnos una valoración positiva de determinada orientación sexual o de cualquier manifestación o expresión de identidad de género, será deber de las autoridades competentes (con el correspondiente derecho de reacción por parte de los afectados) corregir tal interpretación para que la acción educativa impuesta en este ámbito sirva al fin legítimo y debido que la justifica, es decir, que los alumnos respeten los distintos modelos y formas de expresión de la identidad afectiva, sexual y de género aunque no compartan la opción libremente elegida por cada uno.

En consecuencia, no puede acogerse la pretensión del solicitante de recurso, dado que la norma no reviste tacha o reproche alguno de inconstitucionalidad y se resuelve no interponer el recurso.

Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid

El 2 de noviembre de 2016 comparecieron ante esta institución unos ciudadanos solicitando la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el texto de la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid, y concretando sus rasgos de inconstitucionalidad en los siguientes motivos:

- A) Vulneración del derecho a la igualdad (artículo 14 CE) de la doctrina del Tribunal Constitucional, que concluye que la orientación sexual constituye una discriminación proscrita en el citado precepto. Añade que «desde el punto de vista de los derechos humanos no caben privilegios ni para los heterosexuales, como tampoco para los llamados LGBTBI». Tacha de inconstitucionalidad con

relación al artículo 14 CE los siguientes artículos de la ley controvertida: 5, 10, 11.1, 27.3 y 49.

- B) Vulneración de los derechos a la integridad física y moral (artículo 15 CE) y a la protección de la salud (art. 43.1 CE), en conexión con el deber de prestar asistencia de todo tipo a los hijos (artículo 39.3). Cita la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, mencionando el derecho a la autonomía del paciente. Cuestiona tres artículos de la ley controvertida que considera infringen el artículo 15 CE, los artículos 7.2 (prohibición de terapias aversivas), 28.1 (inclusión del no respeto a la identidad de género de un menor como una forma de violencia familiar) y 70.4 c) (consideración de infracción muy grave la promoción y realización de terapias de aversión, con independencia del consentimiento del afectado).
- C) Vulneración de los derechos de libertad de expresión y difusión de pensamientos, ideas, opiniones, libertad de producción y creación literaria, científica y técnica y libertad de cátedra (artículo 20.1 y 20.2 CE) en relación con el artículo 27 CE. Tacha de inconstitucionalidad los artículos 29.2 (adoctrinamiento contrario a la autonomía de los centros educativos), 31.2 y 31.9 (obligatoriedad y garantía de los contenidos educativos para todos los alumnos madrileños), artículos 32 y 34 (inclusión de la realidad LGTBI en todos los planes de estudio y formación del profesorado).
- D) Vulneración de los derechos a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), seguridad jurídica (artículo 9.3) y tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Considera que el artículo 66 de esta ley madrileña (inversión de la carga de la prueba en los «procesos autonómicos») es impreciso y que se debería concretar su contenido por oponerse a los artículos 9.3 CE (seguridad jurídica) y 24.2 CE (presunción de inocencia).
- E) Vulneración del principio de legalidad y tipicidad de infracciones y sanciones administrativas (artículo 25.1 CE), con vulneración de los derechos de libertad ideológica, religiosa y de culto (artículo 16.1 CE), derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones (artículo 20.1.a) CE) y derecho de asociación (artículo 22 CE). En este apartado realizan consideraciones relativas a la vulneración del principio de taxatividad y certeza de los tipos infractores. A título de ejemplo, menciona los artículos 70.2.f) y 73.1.i).
- F) Vulneración del derecho a la educación (artículo 27 CE). Realiza una consideración previa de la que se concluye que «se impone como obligatoria en el conjunto de esta ley una moral relativista, un adoctrinamiento ideológico y moral que no todos los ciudadanos pueden compartir, y que, además, invade el

terreno de la moral privada». Tacha a continuación de inconstitucionalidad los artículos 29 a 35 (medidas en el ámbito educativo) afirmando que resulta evidente que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa educativo no se pretenden que sean difundidas de manera crítica y pluralista, por lo que considera que es incompatible con el artículo 27.3 CE.

- G) Vulneración del derecho a la libertad ideológica y religiosa (artículo 16.1), en relación con el derecho de objeción de conciencia (art. 30 CE). Tras una amplia consideración previa alega, que el conjunto de la ley trata de imponer a todos una concepción ideológica propia de las asociaciones LGTBI sobre la persona y los diferentes modos de familia y sexualidad.

El 3 de noviembre una firmante de la anterior solicitud, presenta un nuevo escrito, en el que también en su condición de presidenta de una asociación, solicita la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el texto de esta misma Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid. En esta ocasión centra sus alegaciones en «la vulneración de la Constitución en materia competencial ya que regula materias de competencia estatal»:

- A) Vulneración de los derechos a la igualdad (artículo 14 CE), a la integridad física y moral (artículo 15 CE) y a la protección de la salud (artículo 43.1 CE, con relación al 149.1.1 CE). Tacha de inconstitucionalidad el artículo 70.u.c al considerar que la Comunidad de Madrid no es competente para imponer límites a la libertad de elección y decisión personal en una materia tan sensible como la salud. Alegan que la citada intervención invade competencias exclusivas del Estado.
- B) Vulneración de la normativa básica estatal en materia laboral, invadiendo competencias exclusivas del Estado (artículo 149.1.7). Considera inconstitucionales los artículos 40 (políticas de fomento de la igualdad y no discriminación en el empleo) y 44 (políticas activas de empleo) alegando que «constituyen una auténtica regulación en materia excluida a la competencia autonómica, imponiendo obligaciones a las empresas e incluso a los representantes de los trabajadores». Cita en apoyo de su argumentación la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 22 de septiembre de 2016.
- C) Vulneración de la normativa básica estatal sobre inspección de trabajo y seguridad social, invadiendo competencias exclusivas del Estado. Tacha de inconstitucionalidad los artículos 68 y 70 al considerar que invaden competencias estatales al entrar dentro del tipo infractor regulado en la Ley sobre infracciones

y sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto.

- D) Vulneración de la normativa básica estatal en materia de infracciones y sanciones laborales, invadiendo competencias exclusivas del Estado. Considera inconstitucionales los artículos 71, 72, 73 y 76. Alega que contraviene lo previsto en el artículo 1.2 de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social.
- E) Vulneración de la normativa básica estatal en materia de educación, invadiendo competencias exclusivas del Estado. Alega que el artículo 3.r de la norma cuya inconstitucionalidad reclama, va más allá del término coeducación que define la Ley Orgánica 8/2013, de 3 de mayo, de Educación, al hacer referencia expresa a la eliminación de cualquier tipo de discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género.
- F) Vulneración de la normativa básica estatal en materia de contratación pública y de subvenciones, invadiendo competencias exclusivas del Estado. Tacha de inconstitucionalidad los artículos 18 (considera que contraviene el artículo 150.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que tiene carácter básico) y que el artículo 41.6 (considera que contraviene el artículo 118.1 de la citada Ley de Contratos del Sector Público).
- G) Vulneración del artículo 9.3 CE ya que no se recabó ningún tipo de informe en su tramitación parlamentaria. Da cuenta del Acuerdo de la Asamblea de Madrid respondiendo al derecho de petición ejercido por el Centro Jurídico Tomás Moro en el que se confirma que ningún grupo parlamentario formalizó ninguna solicitud de comparecencia ni se recabó ningún informe relativo al mismo.
- H) Vulneración del artículo 81 CE ya que considera que «en su preámbulo la ley madrileña afecta a derechos fundamentales y constitucionalmente reconocidos, así como a libertades públicas, invadiendo materias con reserva de Ley Orgánica Estatal».

A la vista de las alegaciones formuladas, se ha adoptado la resolución que luego se dirá, atendiendo a los siguientes

Fundamentos de la resolución

PRIMERO. La defensora del pueblo, previo informe de la Junta de Coordinación y Régimen Interior, según prevé el artículo 18.1.b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de esta institución, ya resolvió el 23 de julio de 2014 no interponer recurso de inconstitucionalidad solicitado contra la Ley gallega 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales. Asimismo, previo informe de la Junta de Coordinación de 15 de enero de

2015, resolvió no interponer recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 12 de la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia. Por último, previo informe de la Junta de Coordinación de 29 de agosto de 2016, resolvió no interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley balear 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la lgtbi fobia y la Ley murciana 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

SEGUNDO. Respecto a todas las alegaciones formuladas relativas a una eventual invasión del ámbito competencial del Estado, es preciso señalar que el Defensor del Pueblo viene manteniendo el criterio consolidado a lo largo del tiempo, según ha quedado reflejado en los sucesivos informes anuales a las Cortes Generales, de no ejercitar su legitimación para iniciar procesos de inconstitucionalidad cuando la solicitud recibida tiene por objeto cuestiones relativas a la defensa del sistema competencial establecido por la Constitución. Entiende esta institución que han de ser en este caso los titulares de la competencia afectada, también legitimados para la interposición del recurso, los que, de considerarlo oportuno, inicien tal acción en defensa de su propia competencia, lo que haría posible además la previa utilización del mecanismo de resolución de conflictos competenciales previsto en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional. Tal criterio del Defensor del Pueblo se sustenta principalmente en el interés por preservar la neutralidad interinstitucional que debe caracterizar la actuación de esta institución, pero también en el principio jurídico general de que han de ser los titulares de las competencias presuntamente sustraídas o, más en general, los sujetos legitimados para la defensa de sus derechos o intereses, quienes ejerciten las acciones oportunas. El rango constitucional del Defensor del Pueblo, su carácter de comisionado parlamentario y la autoridad moral de la que gozan sus resoluciones parecen aconsejar su inhibición en cualquier pugna procesal en la que su intervención no resulte imprescindible para cumplir adecuadamente su misión de garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos.

TERCERO. El Tribunal Constitucional, en Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, establece que «la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que el Tribunal llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 CE el hecho de ser una diferencia

históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, ex artículo 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14 CE».

Por tanto, la orientación sexual ha de entenderse según el Tribunal Constitucional como uno de los supuestos del artículo 14 CE (STC 41/2006, de 13 de febrero, FJ 3). En ese mismo sentido, la STC 41/2013, de 14 de febrero, en su Fundamento Jurídico sexto establece que: «el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. De esta suerte, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En suma, el principio de igualdad en la ley no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; y 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4, por todas)».

La jurisprudencia constitucional ha venido distinguiendo entre la cláusula general de igualdad del primer inciso del artículo 14 CE, por la que se confiere un derecho subjetivo a todos los ciudadanos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos, siempre que concurran supuestos idénticos y no existan razones que objetivamente justifiquen la diferenciación, y la segunda vertiente del mismo derecho fundamental, que es el que motiva la presente resolución, contenida en el inciso segundo del mismo artículo 14 CE, y que prohíbe la práctica de comportamientos discriminatorios basados

en alguno de los factores que allí se mencionan a modo de listado enunciativo y no cerrado.

Como ha señalado la STC 176/2008, de 22 de diciembre de 2008: «Con ese listado, la Constitución pretende una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones 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 solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 19/1989, de 31 de enero, FJ 4; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; 161/2004, de 4 de octubre, FJ 3; 175/2005, de 4 de julio, FJ 3; 214/2006, de 3 de julio, FJ 2; 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 3; 3/2007, de 15 de enero, FJ 2; 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5; y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 5, por todas)».

También puede citarse, a modo de ejemplo, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al analizar el alcance del artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que contiene el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal, p. 28); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el artículo 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias de trato basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (entre otras, SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos L. y V. contra Austria, p. 48, y S.L. contra Austria, p. 37, o 24 de julio de 2003, caso Karner contra Austria, p. 37, a las que se han remitido numerosas Sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso B.B. contra Reino Unido; 21 de octubre de 2004, caso Woditschka y Wilfing contra Austria; 3 de febrero de 2005, caso Ladner contra Austria; 26 de mayo de 2005, caso Wolfmeyer contra Austria; 2 de junio de 2005, caso H.G. y G.B. caso E.B. contra Francia, p. 91.j).

Así, La STC 75/1983, de 3 de agosto establece que «el artículo 14 de la Constitución configura el principio de igualdad ante la ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquellos, siempre que se encuentren dentro de las propias situaciones de hecho, a las que debe corresponder un tratamiento jurídico igual, pues en tales supuestos la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten las desigualdades, pues de no actuarse legislativamente de tal manera, surgiría un tratamiento diferenciado a causa de una conducta arbitraria, o al menos no debidamente justificada, del poder público legislativo. Solo le resulta posible al legislador, en adecuada opción legislativa, establecer para los

ciudadanos un trato diferenciado, cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad, que requieran en su solución por su mismo contenido una decisión distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador con carácter general la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos en los arts. 53.1 y 9.3 de la Constitución, ni sea irrazonada, según deriva todo ello de la doctrina establecida por este Tribunal Constitucional en las Sentencias de 10 de julio de 1981, 14 de julio de 1982 y 10 de noviembre de este último año, así como de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968 y 27 de octubre de 1975».

Por otra parte, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en su artículo 13, se refiere a la orientación sexual como una de las causas de discriminación cuando señala que «sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». En este sentido, deben mencionarse, entre otras, por aludir a la protección que contiene de la orientación sexual, la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado; la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, o la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al

establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. También el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, contempla de manera explícita la «orientación sexual» como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación.

En definitiva, la doctrina constitucional ha concluido reiteradamente que la orientación sexual se encuentra entre los motivos de discriminación y constituyen una discriminación proscrita por el artículo 14 CE, a la luz de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la propia Constitución.

CUARTO. El artículo 10.2 CE recoge un criterio interpretativo aplicable a la exégesis de los preceptos constitucionales que tutelan los derechos fundamentales. Así, en la STC 303/1993, de 25 de octubre, se establece que: «la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 de nuestra Constitución ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales». Además, el Alto Tribunal, por STC 91/2000, de 30 de marzo, estableció en su Fundamento Jurídico 7º que: «Especial relevancia revisten, en ese proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el artículo 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 78/1982, de 20 de diciembre y 38/1985, de 8 de marzo) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo; 114/1984, de 29 de noviembre; 245/1991, de 16 de diciembre; 85/1994, de 14 de marzo, y 49/1999, de 5 de abril)».

En referencia al matrimonio homosexual, en la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, se señaló, en referencia a los tratados internacionales ratificados por España que «esos tratados se van incorporando paulatina y constantemente a nuestro

ordenamiento, a medida que, acordados en el seno de la sociedad internacional, la Unión Europea o el Consejo de Europa, España los ratifica, con lo cual la regla hermenéutica del artículo 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva, que nos permitirá explicar el artículo 32 CE y el ajuste al mismo de la Ley 13/2005».

Por tanto, en la medida en que el artículo 10.2 CE obliga a interpretar el Título I de la Constitución española de manera evolutiva, tomando en consideración los tratados internacionales que España vaya ratificando, es necesario analizar brevemente la protección a las personas homosexuales, bisexuales, transexuales y transgénero en los numerosos textos y tratados internacionales firmados por España.

El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece que: «todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (artículo 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual (Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación número 488/1992, caso Toonen contra Australia, p. 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941/2000, caso Young contra Australia, p. 10.4).

Naciones Unidas y la Unión Europea han establecido principios internacionales con respecto a la homosexualidad, vinculantes para sus Estados Miembros, como son los Principios de Yogyakarta (Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007). En el año 1994, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas dictaminó que la prohibición y consecuente penalización de los comportamientos homosexuales vulneraban los derechos a la privacidad y a la no discriminación. En el año 2011, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobó la primera resolución en la que se reconocen los derechos del colectivo LGTB y una declaración formal de condena de los actos de violencia y discriminación en cualquier lugar del mundo por razón de la orientación sexual e identidad de género. En esa resolución, el Consejo hacía además una petición expresa a la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con el fin de documentar las leyes discriminatorias y los actos de violencia por razón de orientación sexual e identidad de género en todo el mundo y de proponer las medidas que se deben adoptar y establece una serie de recomendaciones a los Estados Miembros para que, entre otras, promulguen legislación amplia de lucha

contra la discriminación que incluya la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género entre los motivos prohibidos y reconozca las formas de discriminación concomitantes y que velen por que la lucha contra la discriminación por razón de la orientación sexual y la identidad de género se incluya en los mandatos de las instituciones nacionales de derechos humanos.

España ha incorporado a su ordenamiento las citadas directivas europeas y ha ratificado tratados y protocolos internacionales que prohíben toda discriminación por causa de la orientación sexual. En la legislación nacional se encuentra la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que adecua la legislación nacional a la Directiva 2000/43/CE y a la Directiva 2000/78/CE y procede su transposición a nuestro derecho. Esta ley busca la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación y hace mención expresa a la realizada por razón de orientación sexual. Mediante las medidas incluidas en esa ley se estableció un marco legal general para combatir la discriminación en todos los ámbitos, se abordó la definición legal de la discriminación, directa e indirecta, y se modificó la regulación de la igualdad de trato y de la no discriminación en el trabajo; así, la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, o la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Por tanto, la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid ha de interpretarse de conformidad con la regla hermenéutica del artículo 10.2 CE, que exige interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas, contenidas en el Título I, de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

QUINTO. La exposición de motivos de la ley, cuya impugnación se solicita, cita como fundamentos constitucionales de la misma la remoción de toda discriminación basada en la orientación sexual y la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos el permitir el libre desarrollo de la personalidad. Los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del artículo 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (STC 69/2007, de 16 de abril).

Como ha señalado la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, la justificación de medidas positivas está justificada «en la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 CE), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1

CE) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 CE)».

La Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid, sometida a examen se inscribe en la línea del mandato que el constituyente integró en el artículo 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, apoyándose en la interpretación que ha hecho el Tribunal Constitucional de la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE, en la que se incluye la discriminación por razón de la orientación sexual (STC 41/2006, de 13 de febrero, en la línea de la jurisprudencia de Estrasburgo (entre otras, STEDH en el asunto L. y V. c. Austria de 9 de enero de 2003).

SEXTO. Los solicitantes de recurso expresan su desacuerdo con la decisión del legislador de que se transmitan en la enseñanza, de manera imperativa, los valores y actitudes que las pautas contenidas en la ley cuestionada implican.

En España la educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae a un proceso de mera transmisión de conocimientos [cfr. artº 2.1 h) LOE], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. artº 2.1 a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [cfr. artº 2.1 d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [cfr. artº 2.1 b) y c) LOE]. En una sociedad democrática el objetivo y alcance de la educación no se limita, pues, a la transmisión de conocimientos, sino que también comprende la transmisión de valores comunes y normas de convivencia. Ello ha de ser así porque las sociedades que revisten tal carácter han de compartir una serie de valores ante los cuales los estados y los poderes públicos no permanecen neutrales, so pena de hacer inviable el propio sistema democrático. La transmisión de valores, que tiene como objeto el pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos, delimita por tanto el alcance del derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación de acuerdo con sus convicciones, sin que sea admisible que dichas convicciones puedan condicionar la opción educativa que aspira a formar a los alumnos en los valores a los que se ha hecho referencia. Esta interpretación está avalada por el TEDH, entre otras, en su Sentencia de 7 diciembre 1976, Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, en el que se invocaba lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo número 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Ahora bien, el reconocimiento del derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación acorde con sus convicciones implica, en palabras del TEDH en la misma sentencia, que el Estado, al cumplir las funciones por él asumidas en materia de educación y enseñanza, «vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista». Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Aquí se encuentra el límite que no debe ser sobrepasado.

En consecuencia, para valorar la viabilidad de recurso de inconstitucionalidad en el presente caso habrá de comprobarse si ese límite se supera o si por el contrario las previsiones de la norma están amparadas por el derecho de todos a la instrucción y pueden incluirse en el marco de las funciones que corresponden a las autoridades públicas en el campo de la educación y la enseñanza.

Los solicitantes del recurso entienden que la creación de programas o medidas para el reconocimiento y respeto de los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgéneros e intersexuales supone una vulneración del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que mermaría el libre derecho a la educación. El objetivo general de la ley impone al ámbito educativo el deber de trasladar en la educación los valores y las conductas que se consideran precisos para evitar en el presente y, especialmente, en el futuro conductas discriminatorias o de abuso hacia los integrantes del colectivo protegido. Es a esto a lo que se refiere la norma con la mención a las pedagogías adecuadas que habrá de contemplar la comunidad educativa, es decir, actitudes y conductas respetuosas con la diferencia, como corresponde que sea entre los ciudadanos de una sociedad democrática en la que prima la libertad individual y donde las opciones personales lícitas —y la orientación y la identidad sexual lo son— no pueden dar lugar a discriminación ni pérdida de derechos.

Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, esta es la interpretación que ha de darse al precepto cuestionado, recalando al respecto que es deber de las autoridades competentes, en este caso de la Comunidad de Madrid, velar por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Ello implica que si en el futuro, en su aplicación práctica, se diera al precepto el sentido cuestionado de que propone fomentar entre los alumnos una valoración positiva de determinada orientación sexual o de cualquier manifestación o expresión de identidad de género, será deber de las autoridades competentes (con el correspondiente derecho de reacción por parte de los afectados) corregir tal interpretación para que la acción educativa impuesta en este ámbito sirva al fin legítimo y debido que la justifica, es decir, que los alumnos respeten los distintos modelos y formas de expresión de la identidad

afectiva, sexual y de género, aunque no compartan la opción libremente elegida por cada uno.

En consecuencia, no puede acogerse la pretensión de los solicitantes de recurso, dado que la norma no reviste tacha o reproche alguno de inconstitucionalidad y se resuelve no interponer recurso.

Ley 4/2016, de 22 de julio, de Protección de los Animales de Compañía de la Comunidad de Madrid

Un ciudadano solicitó el 17 de octubre de 2016 la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 15 de la Ley 4/2016, de 22 de julio, de Protección de los Animales de Compañía de la Comunidad de Madrid. La petición se dirige contra la atribución al Colegio Oficial de Veterinarios de Madrid de la gestión del Registro de Animales de Compañía.

La solicitud manifiesta que la norma es contraria a la Constitución Española. La razón de ello es, según el interesado, que se trata de una actuación arbitraria de la Comunidad de Madrid contraria al principio de objetividad, y que vulnera los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución, al tratarse dicho colegio, según el interesado, de una empresa privada a quien de esta forma se le atribuye un servicio público de manera irregular.

El solicitante no presenta otros argumentos, y basa su afirmación del carácter mercantil del Colegio de Veterinarios en dos Ordenes del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de los años 2013 y 2015 (la fecha de esta última es ilegible) por las que se adjudica al Colegio Oficial de Veterinarios de Madrid, que aparece en las mismas calificado como empresa, el servicio de control de higiene de la producción primaria en explotaciones ganaderas de la Comunidad de Madrid durante los años 2013 y 2016.

Fundamentos de la Resolución

ÚNICO. La solicitud fundamenta la posible inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley 4/2016, de 22 de julio, de Protección de los Animales de Compañía de la Comunidad de Madrid en que se habrían vulnerado los artículos 9.3 y 103.1 de la Constitución, al haber actuado la Comunidad de Madrid de forma arbitraria y contraria al principio de objetividad, atribuyendo a una empresa la gestión del Registro de Identificación de Animales de Compañía de la Comunidad de Madrid sin el preceptivo expediente de contratación pública.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, y la Ley 19/1997, de 11 de julio, de Colegios Profesionales de la

Comunidad de Madrid, los Colegios Profesionales son Corporaciones de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Esta naturaleza también se reconoce de forma expresa respecto de los Colegios Oficiales de Veterinarios en el Real Decreto 126/2013, de 22 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos Generales de la Organización Colegial Veterinaria Española.

El hecho de que en una resolución administrativa se califique de empresa a esta organización no le confiere carácter de «empresa privada», que es posiblemente lo que el solicitante quiere decir y sobre ello fundar su pretensión. Por otra parte y además, los colegios profesionales son un tipo de entes, no el único, de base privada pero a los que las leyes atribuyen funciones públicas.

Sentado lo anterior, cabe preguntarse acerca de la constitucionalidad de atribuir la competencia para la gestión del Registro de Identificación de Animales de Compañía de la Comunidad de Madrid al Colegio Oficial de Veterinarios de Madrid.

Desde este punto de vista, la Asamblea de Madrid tiene competencia para atribuir dicha gestión a esa Corporación de Derecho Público. Así se desprende del artículo 27 del Estatuto de Autonomía de Madrid, que atribuye a dicha Comunidad la competencia de desarrollo legislativo en materia de corporaciones de derecho público (apartado 7), y del artículo 13 de la Ley 19/1997, de Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid, que contempla como fines esenciales de los colegios profesionales colaborar con las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias en los términos previstos en las leyes (apartado d). No hay en ello vulneración de los artículos 9 ni 103 de la Constitución.

Por tanto, este motivo de inconstitucionalidad ha de considerarse infundado. La presente Resolución, por todo lo dicho, ha de ser desestimatoria de la solicitud.

Ley 12/2016, de 17 de agosto, de evaluación ambiental de las Illes Balears

Una fundación solicitó, el 29 de septiembre de 2016, la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra los apartados 1, 2, 3 y 5 de la disposición final segunda de la Ley 12/2016, de 17 de agosto, de evaluación ambiental de las Illes Balears. La petición se dirige contra la modificación de varios preceptos de la Ley 5/2005, de 26 de mayo, para la conservación de espacios de relevancia ambiental (LECO) de las Illes Balears, que se produce por la disposición final segunda de la Ley 12/2016.

Esta modificación afecta a las zonas de exclusión de determinados lugares del Paraje Natural de la Sierra de la Tramontana (Mallorca), que a partir de la entrada en vigor de la Ley ven rebajado su grado de protección respecto del existente hasta la fecha, contenido en el Plan de Ordenación de los Espacios Naturales (PORN) de dicho

espacio, aprobado por el Decreto 19/2007, de 16 de marzo, del Gobierno Balear. La Sierra de la Tramontana en Mallorca está catalogada como parte de la Red Natura 2000 como Lugar de Importancia Comunitaria (LIC) y Zona de Especial Protección para las Aves (ZEPA).

La modificación que se aprobó finalmente por el Parlamento Balear se realizó en trámite de enmienda parlamentaria, si bien la consejería tramitó un proyecto de ley en el que ya se incluía la modificación de la Ley de conservación de los espacios de relevancia ambiental.

La solicitud manifiesta que la norma es contraria a la Constitución Española. El interesado alega, en síntesis, a) la vulneración de la normativa en materia de medio ambiente en general, y de espacios naturales protegidos en particular (en concreto de lo dispuesto en el artículo 191 del Tratado de la Unión Europea, el artículo 37 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y las Directivas 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, y la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad y b) la normativa en materia de participación pública (en concreto el Convenio de Aarhus, la Directiva 2003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente, la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, y las leyes autonómicas 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Illes Balears, y 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears).

Además de lo anterior, alega la singularidad de la ley y su tramitación sin justificación medioambiental alguna.

Fundamentos de la Resolución

ÚNICO. El principal argumento de la solicitud, y que es el objeto central de la cuestión, es que a través de la modificación de la ley se produce, según el interesado, una disminución del espacio natural de la Sierra de la Tramontana. Esta modificación supondría una violación tanto de la normativa comunitaria en materia de espacios naturales protegidos (las directivas 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres y 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres) como de la legislación española, y en concreto de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. En especial, de lo dispuesto en su artículo 46, que regula las medidas de conservación de la Red Natura 2000, dentro de la cual se encuentra el espacio en cuestión.

Ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional ha dejado claro desde el principio que ni los Tratados de las Comunidades Europeas ni el Derecho comunitario derivado constituyen canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las normas del Estado español (SSTC 252/1988, 132/1989, 197/1996). Por lo que únicamente ha de examinarse la constitucionalidad de la ley con respecto a la normativa española. Por otra parte, la Ley 42/2007 traspone al ordenamiento jurídico español las dos directivas citadas (disposición final séptima de la ley).

La cuestión ha de centrarse en un hecho fundamental, cual es el carácter básico que tiene el artículo 46 de la citada ley, en virtud de la disposición adicional segunda de la ley. Y, fundamentalmente, si los preceptos que se impugnan suponen una violación de este artículo, ya sea directa o indirectamente.

No puede decirse que la modificación de los artículos 22.a) y 23.2 de la ley implique una violación de lo dispuesto en el artículo 46 de la ley estatal. En el caso del artículo 22, se establece que el acceso y la estancia de personas en las zonas de exclusión se regularán con las condiciones pertinentes para la conservación del espacio natural.

Y en el caso del artículo 23, se ha eliminado el requisito de la aportación voluntaria de terrenos por los propietarios que representaran más de la mitad de la superficie de titularidad privada para la declaración de un espacio natural por el Consejo de Gobierno.

En ninguno de los dos casos se contradicen las previsiones del artículo 46 de la Ley 42/2007.

El artículo 39, en su redacción actual, regula la evaluación de las repercusiones de los planes, los programas y los proyectos que se ubiquen en lugares catalogados dentro de la Red Natura 2000. La novedad fundamental que introduce este artículo es la necesidad de determinar por resolución de la dirección general competente en materia de la Red Natura 2000 si el plan, programa o proyecto tiene relación directa con la gestión del lugar Red Natura 2000 o es necesario para su gestión, y si puede afectar al lugar de manera apreciable. Todo ello previo al procedimiento de evaluación ambiental. Esta resolución puede determinar que, a criterio de dicho órgano, el plan, programa o proyecto es manifiestamente inviable por razones ambientales, a pesar de lo cual el órgano ambiental competente para la evaluación puede resolver informar desfavorablemente sobre el plan, el programa o el proyecto por las razones que figuran en la resolución de certificación, u optar, motivadamente, por instar al promotor a presentar, ante el órgano sustantivo, la solicitud de inicio de la evaluación ambiental.

El contenido de este artículo tampoco es materialmente incompatible con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 42/2007, aunque en él no se contengan las

previsiones del apartado 4 del artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE, ni de los apartados 4, 5 y 6 del artículo 46 de la ley. Tanto la directiva como la ley estatal establecen la obligación de realizar una evaluación (previsión que se contiene en la ley cuestionada), y el establecimiento de medidas compensatorias en el caso de que aunque la evaluación sea negativa deba realizarse el plan, programa o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden. Esto último no se contempla en la ley balear; pero ello no significa que no sea de aplicación en esa Comunidad Autónoma, ni que la legislación balear sea contraria a esta previsión, ya que la regulación del artículo 39 no contempla este supuesto, sino que regula las actuaciones anteriores a la evaluación.

A esto ha de añadirse que el artículo 27 de la Ley 12/2016, que regula el procedimiento de evaluación ambiental de planes, programas y proyectos que puedan afectar espacios de la Red Natura 2000 establece que las repercusiones de los planes, los programas y los proyectos que, sin tener relación directa con la gestión del lugar Red Natura 2000 o sin que sean necesarios para esta gestión, puedan afectar de manera apreciable a estos lugares o espacios, ya sea individualmente o en combinación con otros planes, programas o proyectos, se evaluarán en los procedimientos que prevén la Ley 21/2013 y esta ley, teniendo en cuenta los objetivos de conservación del lugar, de conformidad con la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad, y la Ley 5/2005, de 26 de mayo, para la conservación de los espacios de relevancia ambiental (LECO). Por lo que hay un sometimiento expreso a lo dispuesto en la legislación básica estatal.

La Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, atribuye a la Comunidad Autónoma, en su artículo 30.46, la competencia exclusiva en materia de «Protección del medio ambiente, ecología y espacios naturales protegidos, sin perjuicio de la legislación básica del Estado. Normas adicionales de protección del medio ambiente». Es en virtud de esta competencia como se aprueba la Ley 12/2016, como reconoce expresamente su artículo 1.

Lo que viene a confirmar la consideración de la disposición cuestionada como normativa adicional de protección del medio ambiente. Que será de aplicación, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación básica estatal.

Por lo que este motivo debe ser desestimado.

El segundo motivo que alega el solicitante es la violación de la normativa en materia de participación pública. Pues bien, este motivo debe ser igualmente desestimado, ya que sin perjuicio de la participación pública durante la tramitación del anteproyecto de ley en el ámbito administrativo, en sede parlamentaria se presentaron alegaciones al proyecto de ley en varias ocasiones (14 de abril, 21 de abril, 10 de mayo, 13 de mayo y 16 de mayo, en esta última ocasión por los propios solicitantes de la

interposición del recurso). Alegaciones que fueron trasladadas a los distintos grupos parlamentarios el día 17 de mayo de 2016.

El tercer motivo que alegan los solicitantes es el carácter de ley singular de la disposición, que, en su opinión, se ha aprobado con el único objeto de modificar la regulación del espacio natural de la Sierra de la Tramontana. Apoyan esta alegación en que la modificación se realizó en trámite de enmiendas en el Parlamento Balear.

Previamente a la tramitación de la ley, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears había dictado la Sentencia 514/2015, de 15 de septiembre, por las que se excluía de las previsiones del Plan General de Ordenación Urbana de Pollença la servidumbre de acceso al mar a través del Camino de Ternelles, en virtud del grado de protección establecido en el PORN anteriormente mencionado. Es decir, la prohibición de acceso al mar en una zona de exclusión establecida en el PORN prevalece sobre la servidumbre de acceso al mar. La nueva disposición transitoria tercera invierte dicho pronunciamiento y mediante una norma de rango legal y sin evaluación científica conforme a criterios ecológicos, según alega el solicitante, deja sin efecto la prohibición establecida en el PORN.

Se da la circunstancia de que en el diario de sesiones del Parlamento Balear de 21 de julio de 2016, fecha en la cual se sometió a votación el dictamen de la Comisión de Medio Ambiente y Ordenación Territorial el proyecto de ley, se menciona en repetidas ocasiones de forma expresa la Sierra de la Tramontana, el citado Camino de Ternelles y la Cala Castell, a la cual da acceso.

El tema también ha sido objeto de declaraciones de prensa por parte de los responsables políticos del Gobierno de las Illes Balears, en el sentido de modificar la regulación para rebajar la protección de la zona de exclusión del espacio natural de la Sierra de la Tramontana.

No obstante lo anterior, el motivo debe ser desestimado por las razones que se exponen a continuación.

A pesar de la alegación del interesado, las modificaciones efectuadas en la Ley 5/2005 no se refieren única y exclusivamente al espacio natural de la Sierra de la Tramontana, sino que son de aplicación general respecto de todos los espacios naturales protegidos de la Comunidad Autónoma, sin que se establezca un régimen excepcional para este espacio en particular.

El Tribunal Constitucional ha mantenido una jurisprudencia constante y restrictiva respecto a la aprobación de leyes singulares, como la que el solicitante considera es este caso. Así, de acuerdo con la STC 129/2013, de 4 de junio, FJ 4, son leyes singulares «aquellas dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador

ante ese supuesto de hecho, aislado en la ley singular y no comunicable con ningún otro» (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 10).

Aunque la modificación legislativa incidiera de forma negativa en la protección del espacio natural de la Sierra de la Tramontana, tal y como alega el interesado que se produce, lo cierto es que no se cumplen los parámetros de la jurisprudencia constitucional citados más arriba que permitan calificar la ley como singular. La modificación no va dirigida a un supuesto de hecho concreto o singular (en este caso, un espacio natural concreto como es el de la Sierra de la Tramontana), ni tampoco agota su contenido y eficacia en la adopción de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, ya que no se adoptan decisiones ejecutivas. Ni siquiera la disposición transitoria tercera de la Ley 5/2005 añadida por la Ley 1/2016 puede calificarse como tal, toda vez que deja en manos de la administración autorizante el permitir el tráfico a pie por caminos y senderos existentes, la utilización del dominio público marítimo-terrestre para los usos comunes públicos y gratuitos contemplados en su normativa reguladora y el acceso a los bienes de interés cultural de acuerdo con la legislación sectorial. Autorización que habrá de otorgarse o no en el marco de lo dispuesto en la propia Ley 5/2005, y siempre teniendo en cuenta la conservación del espacio.

El hecho de que la modificación de la ley, en su redacción definitiva, haya tenido lugar en el trámite de enmiendas en el Parlamento Balear no convierte la ley en singular. Tampoco el que haya sido noticia en los medios de comunicación la cuestión del acceso a este espacio natural y se hayan formulado declaraciones en un sentido o en otro por parte de los responsables políticos tiene implicaciones jurídicas.

Por otra parte, respecto a la mención del espacio de la Sierra de la Tramontana en el diario de sesiones del Parlamento, ello no implica que la modificación de la ley tenga como único y exclusivo objeto este espacio en concreto, sin perjuicio de que se trate de un espacio cuyo uso es controvertido y los distintos grupos políticos expresen su parecer acerca del mismo. También se mencionan otros espacios como el de S´Albufera de Mallorca que resultan afectados por la modificación.

El interesado trae a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 122/2016, de 23 de junio, que declara la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición adicional decimonovena de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 8/2004, de 23 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de función pública. Esta disposición dejaba sin efecto los procedimientos de concurso para la adjudicación de concesiones administrativas para la ocupación y explotación de instalaciones náutico-deportivas que estuvieran pendientes de resolución y que se hubieran iniciado antes de la entrada en vigor de la ley. En ese caso en particular, el Tribunal apreció que el legislador balear incurrió al aprobar la disposición citada en un ejercicio arbitrario de la potestad

legislativa, ya que en el momento de aprobarse la misma únicamente se encontraba en tramitación un procedimiento de este tipo, por lo que se trataba de una ley *ad hoc*, carente de justificación. No obstante, esta sentencia no es aplicable en el presente supuesto, ya que no se ha demostrado que esta ley sea únicamente de aplicación en el espacio de la Sierra de la Tramontana.

Por tanto, este motivo de inconstitucionalidad ha de considerarse infundado.

Por último, respecto a la justificación técnica de la modificación, hay que señalar que en el expediente de elaboración del anteproyecto de ley constan dos informes de la Dirección General de Espacios Naturales y Biodiversidad de 13 y 22 de enero de 2016, en los cuales se proponen las modificaciones de la Ley 5/2005 que posteriormente fueron aprobadas. En el caso de la disposición transitoria tercera, se propone su inclusión con la siguiente redacción:

Disposición transitoria tercera.

Hasta que no se aprueben los instrumentos de planificación y gestión de los espacios de relevancia ambiental, o mientras no se adapten los vigentes a lo que prevé la disposición final x de esta ley, es autorizable el tráfico a pie por los caminos o senderos existentes en zonas de exclusión para acceder a las áreas de dominio público marítimo terrestre o a bienes patrimoniales con derecho a visita pública, de acuerdo con las condiciones que establezca el organismo gestor, destinadas a garantizar los objetivos de conservación de los espacios protegidos.

Estos informes se mencionan en la memoria de análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley, de 18 de marzo de 2016. La redacción final del anteproyecto, tal y como se aprobó por el Consejo de Gobierno de las Illes Balears, era la siguiente:

1. Hasta que se aprueben los instrumentos de planificación y gestión de los espacios de relevancia ambiental o se apruebe la adaptación de los vigentes a las previsiones del artículo 22.a), es un uso autorizable el tráfico a pie por caminos y senderos existentes a zonas de exclusión con la finalidad de acceder a áreas de dominio público marítimo terrestre.
2. El organismo gestor tramitará las solicitudes de autorización de acuerdo con el procedimiento que prevé el artículo 21, garantizando los objetivos de conservación de los espacios protegidos.

El texto que finalmente aprobó el Parlamento es el siguiente:

Hasta que se aprueben los instrumentos de planificación y gestión de los espacios de relevancia ambiental o se apruebe la adaptación de los vigentes a las previsiones del artículo 22.a) de esta ley, se consideran usos autorizables el tráfico a pie por caminos y senderos existentes, la utilización del dominio público marítimo terrestre

para los usos comunes públicos y gratuitos contemplados en su normativa reguladora y el acceso a los bienes de interés cultural de acuerdo con la legislación sectorial.

Por lo que no puede decirse que la modificación del texto aprobada en sede parlamentaria haya supuesto una modificación sustancial y cualitativa del texto que aprobó el Consejo de Gobierno.

Por lo que este motivo también debe ser desestimado.

No obstante lo anterior, hay que señalar que los informes citados de la Dirección General de Espacios Naturales y Biodiversidad han sido emitidos como alegaciones a un proyecto de ley ya elaborado con anterioridad, y son meras propuestas de modificación del articulado de la ley; no contienen la justificación técnica de las modificaciones que se producen en la Ley 5/2005, sin que ello signifique de manera terminante que tal justificación no exista. Por lo que procede iniciar una actuación de oficio ante la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura y Pesca en relación con la justificación técnica de las modificaciones de la Ley 5/2005, de 26 de mayo, para la conservación de los espacios de relevancia ambiental (LECO).

La presente Resolución, por todo lo dicho, ha de ser desestimatoria de la solicitud.

4.2 SOLICITUDES DE AMPARO

En el ejercicio 2016 se presentaron al Defensor del Pueblo diecinueve solicitudes de interposición de recurso de amparo, tres más que en el año anterior.

Dichas solicitudes traían causa de quince procesos contencioso-administrativos, dos civiles y uno social. En una de las solicitudes se pretendía la impugnación de una decisión administrativa. Por diversas razones, tanto procesales (fundamentalmente, extemporaneidad) como de fondo (tras el análisis del caso por el Defensor del Pueblo no se aprecia violación de ningún derecho fundamental) no se han interpuesto recursos de amparo en este ejercicio.

Además, mientras subsista en la legislación la necesidad de concurrencia de «especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» (artículo 50.1.b) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), resulta difícil poder apreciar en el recurso de amparo la condición de mecanismo eficaz para la defensa de los derechos fundamentales en la generalidad de los supuestos. En efecto, no se admite a trámite por el Tribunal Constitucional el recurso de amparo cuando es patente la violación de derecho fundamental, sino cuando concurre la «especial trascendencia constitucional» antes aludida.

