

# Anexo E.5

---

## SOLICITUDES DE RECURSOS ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL





## SUMARIO

<b>5.1</b>	<b>SOLICITUDES DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD .....</b>	<b>3</b>
5.1.1	A leyes y decretos estatales .....	3
	Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre de 2018, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.....	3
	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de 2018, de Protección de datos Personales y garantía de los derechos digitales .....	20
	Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.....	35
	Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer.....	40
5.1.2	A leyes y decretos autonómicos.....	46
	Ley 9/2018, de 8 de octubre, por la que se modifica la Ley 12/2017, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía .....	46
	Ley 4/2018, de 3 de octubre de 2018, de modificación del artículo 41.3 de la Ley 1/2018, de 22 de febrero, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad de Madrid.....	51
	Ley 6/2018, de 26 de noviembre de 2018, de protección de los animales de la Comunidad Autónoma de La Rioja .....	53
	Ley 23/2018, de 29 de noviembre de 2018, de la Generalitat Valenciana, de igualdad de las personas LGTBI .....	60

Ley 26/2018, de 21 de diciembre de 2018, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia de la Generalitat Valenciana.....	72
Ley 27/2018, de 27 de diciembre de 2018, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat Valenciana .....	95
Ley 1/2019, de 21 de enero, de memoria histórica y democrática de Extremadura	101
Decreto-ley 4/2019, de 29 de enero, de medidas urgentes en materia de transporte de viajeros mediante el alquiler de vehículos con conductor del Gobierno de la Generalitat de Cataluña .....	107
Ley 8/2019, de 19 de febrero, de residuos y suelos contaminados de las Illes Balears .....	120
Ley 5/2019, de 19 de marzo, de modificación de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León.....	140
Ley 9/2019, de 28 de marzo, de modificación de la Ley 4/1996, de 12 de julio, de Caza en la Comunidad Autónoma de Castilla y León .....	145
Ley Foral 16/2019, de 26 de marzo, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos .....	171
Ley 6/2019, de 4 de abril, de Coordinación de las Policías Locales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia .....	175
Ley 9/2019, de 5 de abril, por la que se modifican la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de caza de Extremadura, y la Ley 18/2001, de 14 de diciembre, sobre tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura .....	181
Ley 5/2019, de 4 de abril, de modificación de la Ley 12/2016, de 28 de julio, de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999.....	191
Ley 5/2019, de 23 de julio, por la que se modifica la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha .....	196

## **5.2 SOLICITUDES DE AMPARO..... 199**

## 5.1 SOLICITUDES DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

### 5.1.1 A leyes y decretos estatales

***Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre de 2018, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre***

Se recibió una solicitud de interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, al entender que vulneraba el artículo 31 de la Constitución.

#### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.** La petición se dirige contra el Real Decreto-ley 17/2018, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 271, de 9 de noviembre de 2018, por vulneración de los principios constitucionales de justicia tributaria y capacidad económica, establecidos en el artículo 31 de la Constitución. La solicitud insta la impugnación de la disposición normativa en su integridad y por cada una de las disposiciones que contiene.

El escrito no está dividido en apartados ni en fundamentos numerados, sino que consiste en una exposición basada en varias fuentes en la que puede encontrarse la argumentación del solicitante, que se señala a continuación de forma meramente indicativa en orden al tratamiento que se hará en los fundamentos jurídicos de la presente Resolución:

- i. Referencias literales del Consejo de Ministros del 8 de noviembre de 2018, tomadas del portal web del Gobierno, <http://www.lamoncloa.gob.es>;
- ii. Anuncio de la sentencia del Tribunal Supremo, adoptada por el Pleno de su Sala 3ª el 6 de noviembre de 2018, según el comunicado del Poder Judicial de ese mismo día difundido en el portal web <http://www.poderjudicial.es>, comunicado que la solicitud transcribe;

- iii. Transcripción publicada por un medio de comunicación de la comparecencia de 7 de noviembre de 2018 en que el presidente del Gobierno anuncia el Decreto-ley;
- iv. Doctrina científica citada por el solicitante, extraída de reseñas publicadas en medios de comunicación;
- v. Argumentos sobre la repercusión económica del Decreto-ley;
- vi. Voto particular a la STS de 16 de octubre de 2018, y discrepancia del voto particular concurrente en la misma sentencia;
- vii. Contestación a consulta, de 28 de junio de 2010 (V1467-10), de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda;
- viii. Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2010;
- ix. Jurisprudencia sobre la naturaleza del impuesto sobre los actos jurídicos documentados;
- x. Alegaciones del Gobierno en el asunto C-347/96, que fue decidido en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de marzo de 1998 (asunto *Solred*).

**SEGUNDO.** Basándose en las fuentes relacionadas en el punto anterior el compareciente construye las alegaciones, que se sistematizan aquí también indicativamente y que le llevan a concluir que el Decreto-ley sería inconstitucional porque el impuesto en sí mismo considerado lo es, al no cumplir con el canon constitucional de capacidad económica. Si el Decreto-ley cambia ahora el sujeto pasivo es porque el Gobierno habría considerado que el prestatario no demuestra capacidad económica para soportar el tributo, cuando según el solicitante en realidad es quien termina soportándolo.

Como alegaciones de fondo de la solicitud esta institución deduce las siguientes, todas ellas anudadas a lo ya señalado: el Decreto-ley habría vulnerado los principios constitucionales de justicia tributaria y capacidad económica (artículo 31 de la Constitución):

1ª El Real Decreto-ley se aprueba precipitadamente, sin antes conocerse la sentencia del Tribunal Supremo (y los probables votos particulares) adoptada por el Pleno de su Sala Tercera, el día 6 de noviembre de 2018.

2ª La disposición atribuye a los prestamistas la carga del impuesto sobre actos jurídicos documentados (IAJD) confiando en que estos no lo trasladarán a los prestatarios «vía precios». En su respuesta a las preguntas de los periodistas, el presidente del Gobierno dijo confiar en que la banca no suba las hipotecas, porque el mercado hipotecario es bastante competitivo y porque hay bastante oferta, no solo en España sino también en la UE; reconoció como evidente que se abría un debate sobre si hay cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios, pero apeló a la responsabilidad de la banca.

La solicitud considera que la pretensión, o esperanza, del presidente del Gobierno es puro voluntarismo político. La doctrina científica tiene sentado desde hace mucho tiempo que hay dos fórmulas *ex lege* para trasladar a otro la carga tributaria: [a] la jurídica, mediante pacto contractual (así acontecía con el denominado impuesto municipal *de plusvalía*), fórmula vedada en beneficio de los consumidores, por la legislación *ad hoc* que les protege; y [b] la traslación económica: el coste tributario que soporta un empresario se traslada al consumidor vía precios. La lógica económica es rotunda porque, por lo general, el precio es la suma de los costes que soporta un empresario en la producción más el «beneficio o margen industrial». Todo ello, afortunadamente, en una economía de libre mercado y de libre fijación de precios en la mayoría de las prestaciones.

La solicitud apoya lo anterior en citas doctrinales, que en síntesis vienen a sostener que la economía no funciona conforme a la esperanza manifestada por el Gobierno; que el impuesto se repercute en el consumidor final con independencia de quien lo pague (*ley de Dalton*); y que no hay forma de que el Gobierno controle esa repercusión, la cual se hará a través de la comisión de apertura o elevando el interés. Por tanto, los consumidores seguirán pagando el impuesto, solo que ahora como pago al banco por comisiones e intereses. La modificación normativa puede terminar incluso siendo perjudicial para el consumidor, pues en la actualidad algunas comunidades autónomas establecen tipos reducidos para familias numerosas o para los préstamos de menor importe, lo que reduce el coste para las personas más necesitadas. Si se cambia el sujeto pasivo es posible que las deducciones [bonificaciones] no se apliquen o se supriman con la excusa de que lo paga el banco. La ministra de Hacienda responde a cómo el Gobierno controlará que el impuesto no se repercute a los clientes en los precios de las hipotecas, diciendo que «velará por que eso no suceda [...] Siempre que se habla de un incremento en el esfuerzo que tienen que hacer las empresas o los bancos al pagar más impuestos, se dice que se debe repercutir en los ciudadanos. El Gobierno no cree que eso deba ser así y espera que los bancos actúen siguiendo las reglas del mercado, donde actúa la competencia. De todas formas, la Autoridad de Defensa del

cliente bancario, que presentará más adelante la ministra de Economía, velará por los derechos de los consumidores para que no existan cláusulas abusivas».

El Decreto-ley obedecería, por tanto, a la apariencia de cambiar para que todo siga igual, aunque más bien resultará perjudicial para el consumidor. De la precipitada tramitación, donde no habría intervenido ningún economista o experto en tributos, se infiere que si se espera que el impuesto no se repercuta al prestatario y, además, se niega el derecho a la deducción en el impuesto sobre sociedades (IS), entonces los prestamistas repercutirán el coste fiscal de la no deducción en el IS. Si, como es previsible, el IAJD termina repercutiéndose vía precios, y además se impide la deducción en el IS, entonces se trasladará al consumidor el IAJD y el coste fiscal de la no deducción.

**3ª** La polémica generada por los vaivenes jurisprudenciales recientes y por el presente cambio normativo habría dejado al descubierto la realidad: la inconstitucionalidad del IAJD mismo. Ello es extensamente argumentado por el solicitante, en lo que constituye más de la mitad de su escrito.

**a)** Comienza considerando cómo el impuesto «se ceba» con un producto, la vivienda, que constituye el mayor sacrificio económico para la mayoría. Con independencia de a quién instituya la ley como sujeto pasivo-contribuyente, al final por el mecanismo de la traslación económica será el adquirente de la vivienda quien lo soporte. La solicitud relaciona, sin ánimo exhaustivo, el devengo del IAJD en la promoción inmobiliaria:

- Adquisición del solar, sujeto a IVA.
- Segregaciones del suelo, si se producen.
- Constitución del préstamo hipotecario del promotor.
- División del préstamo hipotecario entre las distintas fincas registrales de la promoción, si se efectúa mediante escritura pública.
- Declaración de obra nueva (sobre el valor de la construcción).
- División horizontal del edificio (se vuelve a gravar el valor de la construcción, más el valor del suelo).
- Adquisición de la vivienda por el consumidor (aparte del IVA).

- Constitución por el comprador por su cuenta de una hipoteca (préstamo hipotecario) para adquirir la vivienda.

Según la solicitud, todos estos pagos impositivos los termina asumiendo el comprador de la vivienda, con independencia de quién sea el sujeto pasivo [se sobrentiende: del IAJD]. A ello hay que añadir otros tributos que gravan la construcción (impuesto municipal sobre construcciones ICIO, impuesto sobre actividades económicas IAE y, especialmente, el IVA en la adquisición de la vivienda).

La repercusión económica descrita vía precios tiene también una justificación económica: si el «consumidor», en vez de adquirir una vivienda a un empresario-promotor, se convierte él mismo en auto-promotor, entonces todos los impuestos citados los soporta él directamente; pero realmente la capacidad económica que manifiesta se centra en el ICIO y en el IVA (que paga si es autopromotor por la adquisición de todos los bienes y servicios necesarios para hacer la vivienda). Los sucesivos IAJD que paga por formalidades documentales no acreditan una capacidad económica distinta.

**b)** La solicitud cita a continuación un voto particular disidente a la STS de 16 de octubre de 2018, acerca de que al acudir al artículo 31 [de la Constitución] se pone de manifiesto la existencia de una cuota fija y una cuota gradual, que ha llevado a parte de la doctrina a mantener que el IAJD en su modalidad de documentos notariales encierra dos hechos imponibles distintos (hay doctrina que habla directamente de dos tributos distintos): el gravamen documental (artículos 31.1 del texto refundido de la ley del impuesto y 70 de su Reglamento) y el gravamen sobre el acto o contrato reflejado en el documento notarial (artículos 31.2 y 71, respectivamente).

Pues bien, además de que, en opinión del magistrado, no hay dos hechos imponibles distintos sino dos modalidades de un único hecho imponible, la sentencia atiende exclusivamente a la denominada cuota gradual que, en efecto (artículo 31.2) exige una serie de requisitos, entre ellos el de la inscribibilidad del acto o contrato en los registros de la propiedad, mercantil, de la propiedad industrial, y de bienes muebles. Al respecto le cabe al magistrado considerar, por un lado, que el hecho imponible del IAJD es único; y por otro, que no cabe disgregar el préstamo de la hipoteca, pues son negocios jurídicos conexos, documentados, además de plasmados en la misma escritura y que exhiben una unidad jurídica, funcional y económica.

Discrepa por ello el solicitante del voto particular concurrente a la misma STS, en cuanto a que esta tributación englobe no una sino dos figuras tributarias distintas: un tributo sobre los documentos notariales (tributo sobre el instrumento notarial) y otro sobre los actos jurídicos documentados notarialmente (tributo sobre el negocio notarial); en

cuanto a que en el tributo sobre los documentos notariales la razón del gravamen sea la ventaja genérica que ofrece la fe pública notarial respecto de los hechos o actos jurídicos sobre los que se proyecta, con independencia de su modalidad y de que tengan o no un alcance económico; y en cuanto a que en el tributo, sobre los actos jurídicos documentados notarialmente, [la razón del gravamen] sea la mayor protección sustantiva y procesal que ofrece la fe pública notarial respecto de actos y contratos en los que concurran las dos notas o condiciones de tener por objeto una cantidad o cosa evaluable económicamente, y de ser inscribibles en los registros enumerados en el artículo 31.2 de la ley del impuesto. Para el solicitante esto no puede admitirse.

La petición sostiene que estamos ante un impuesto que grava formalidades documentales y de registro, pues el caso concreto enjuiciado no admite generalidad, donde el préstamo en sí mismo no tributa previamente de manera efectiva —por exención—, sino el acto en que se documenta; pero ocurre que en otros casos sí tributa previamente: la compra a un empresario de un inmueble tributa previamente por el IVA (la compraventa es el negocio que ha demostrado la capacidad contributiva del adquirente, que es quien después paga el IAJD por su formalización en escritura pública); también la obra nueva tributa previamente en IVA por la actividad material del promotor inmobiliario en el ICIO, y después en el IAJD por su ropaje documental y acceso al Registro de la Propiedad. Tras más ejemplos (el solicitante se pregunta qué capacidad económica manifiesta la división horizontal de un edificio, o la segregación de un terreno), y concluye que al final se tributa en IAJD por actos por los que se han pagado los respectivos derechos o aranceles a los fedatarios públicos.

Dice la solicitud que el objeto imponible del IAJD es de tipo documental, o más precisamente grava la especial protección que otorga el sistema de fe pública notarial y registral. Pero el legislador olvida que esta protección la sufragan los ciudadanos y las empresas a través del pago de los derechos o aranceles a los fedatarios. Este impuesto se utiliza también por las comunidades autónomas para penalizar a los sujetos pasivos que deciden optar por la renuncia a la exención del IVA, lo que supone atentar contra el principio de neutralidad que rige el IVA (con cita de doctrina). Señala la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda, en su contestación a consulta de 28 de junio de 2010 (V1467-10) que el artículo 23 de la Ley Hipotecaria permite, en caso de consumarse la adquisición del derecho, que el cumplimiento de las condiciones suspensivas, resolutorias o rescisorias de los actos o contratos inscritos se haga constar en el Registro de la Propiedad por medio de una nota marginal, en la cual, conforme al artículo 56 del Reglamento Hipotecario, se hará constar entre otros extremos el documento en cuya virtud se extiende la nota; que si se trata de un documento notarial, escritura o acta, entonces estaría sujeto a la cuota variable del documento notarial de la modalidad AJD del impuesto, pues concurren todos los requisitos del

artículo 31.2 del texto refundido 1993; y que si, por el contrario, se trata de un documento privado o instancia dirigida al registrador, no origina tributación alguna por el impuesto, por la modalidad transmisiones patrimoniales onerosas ni por la cuota variable del documento notarial. El solicitante dice que lo mismo ocurre cuando un promotor inmobiliario acuerda con una entidad financiera distribuir el préstamo hipotecario entre las fincas de una promoción. Si se realiza a través de documento notarial tributa por el IAJD; si por documento privado, no tributa.

Lo anterior pondría de manifiesto la falacia justificativa de lo que el solicitante califica de gravamen arcaico. Documentos privados y públicos tienen la misma protección registral, pero unos son gravados y otros no. Los gravados han satisfecho, antes, los aranceles por servicios que garantizan la seguridad jurídica preventiva. La operación que encierra cada documento, sea público o privado, no contiene una manifestación de capacidad económica merecedora de gravamen. Por lo general, los actos gravados por el IAJD son objeto de gravamen por otros impuestos (por ejemplo, el IVA).

**c)** La sentencia del Tribunal Constitucional 7/2010, sobre el artículo 40 de la Ley de la Comunidad Valenciana de presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2002 no se pronuncia sobre una cuestión suscitada por los recurrentes: la posible inconstitucionalidad del IAJD. En opinión del solicitante el IAJD resulta inconstitucional por los motivos denunciados constantemente por la doctrina: ser reconocido expresamente por la jurisprudencia como un gravamen documental que no grava capacidad económica alguna distinta del propio acto documentado, que ya es gravado por otros tributos, como vuelve a reiterar y con sustento en la sentencia 1024 de 25 de junio de 1999, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura: «se sobreentiende que lo que se grava es el beneficio que supone la especial protección que el ordenamiento jurídico otorga a determinadas formas de documentación notarial». Abundante jurisprudencia de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo mantiene que el impuesto es de naturaleza documental (se citan dos sentencias del TS de 24 de febrero de 1996, FJ 3: el IAJD grava esencialmente el documento; y de 4 de diciembre de 1997: la finalidad del impuesto es gravar la especial garantía dada por la forma notarial adoptada, ligada especialmente al acceso al Registro público). Es decir, estamos ante un impuesto o derecho de registro.

Lo anterior estaría también claro para el Gobierno, pues en sus alegaciones en el asunto C-347/96, que concluyó con la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de marzo de 1998 (*asunto Solred*), decía que el impuesto grava el documento, no la operación documental. Y el propio Tribunal lo entendió así.

Según los antecedentes del recurso de inconstitucionalidad citado, los recurrentes y la mayoría de la doctrina científica postulan suprimir el IAJD porque la configuración de su hecho imponible (la mera formalización de un acto inscribible en escritura pública) no respeta el principio de capacidad económica, y porque resulta contrario a las Directivas europeas de armonización de los impuestos indirectos, en las que se propugna, para eliminar los obstáculos a la libre circulación de bienes y servicios, el establecimiento de un sistema común del impuesto sobre el volumen de negocios. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre este asunto, por quedar claramente fuera de aquel proceso constitucional. El TC habría dejado abierta esta cuestión.

Por consiguiente, termina la argumentación del solicitante, el Decreto-ley 17/2018 sería inconstitucional porque lo es el IAJD en sí mismo considerado al no cumplir con el canon constitucional de capacidad económica. El Decreto-ley cambia el sujeto pasivo porque considera que el prestatario no demuestra capacidad económica para soportarlo, pero en realidad es quien termina soportándolo.

**TERCERO.** Como antecedentes de la presente Resolución han de tenerse presentes también los variados documentos remitidos posteriormente por el solicitante (artículos doctrinales y periodísticos, editoriales y reseñas de prensa), y la alegación de que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 39.Uno de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (inconstitucionalidad por conexión). También ha dado cuenta el solicitante del Decreto-ley (Cataluña) 6/2018, de 13 de noviembre, que siendo relativo al tipo de gravamen aplicable a las escrituras públicas que documentan el otorgamiento de préstamos o créditos con garantía hipotecaria, según el solicitante viene a suprimir todos los beneficios fiscales establecidos en favor de determinados colectivos, bajo la justificación del cambio en el sujeto pasivo operado por la norma estatal, de modo que la disposición autonómica supone *de facto* un incremento de la carga tributaria de los colectivos afectados pues, como sostiene la solicitud, es opinión común que los prestamistas, vía traslación económica, repercutirán a los prestatarios el importe del impuesto y los demás gastos que originen las operaciones de préstamo, siguiendo la lógica económica de la formación de precios. También cita el preámbulo de la Ley Foral 25/2018, de 28 de noviembre, de modificación del texto refundido del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, aprobado por Decreto Foral Legislativo 129/1999, de 26 de abril, donde se dice que «[...] el impuesto sobre actos jurídicos documentados es un impuesto de naturaleza documental y formal cuyo objeto es gravar, entre otros, el documento notarial de la escritura pública del préstamo hipotecario. Así, la elevación a escritura pública del préstamo con garantía hipotecaria lleva consigo el devengo del impuesto sobre actos jurídicos documentados en su modalidad de documentos notariales [...]». A juicio del solicitante, ello ratifica la inconstitucionalidad del IAJD y los efectos perversos de las modificaciones cuestionadas.

Además, ha de tenerse presente que el Congreso de los Diputados en su sesión de 22 de noviembre de 2018 acordó convalidar el Real Decreto-ley 17/2018 (*BOE* núm. 289, de 30 de noviembre; *Diario de Sesiones* núm. 168); la votación no arrojó ningún voto negativo. Además, la Cámara acordó la tramitación de la disposición como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, de nuevo sin votos negativos.

## FUNDAMENTOS

**PRIMERO.** La petición dice dirigirse contra la entera disposición normativa, pero ello se aduce solo por extensión, pues va referida, de entre todo el articulado del Real Decreto-ley 17/2018, solamente a su artículo único, es decir a las modificaciones que hace sobre la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre). No hay en la petición alegaciones directas, independientes de lo anterior, a su disposición final primera, de modificación de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades; no hay alusión a la disposición final segunda, sobre el título competencial; tampoco la hay, sin que aquí sea ello trivial por la índole de la pretensión, a la disposición derogatoria ni a la disposición final tercera, sobre entrada en vigor.

Estrictamente, la petición pretende y sostiene la impugnación del Decreto-ley porque ha modificado las reglas sobre el sujeto pasivo del IAJD vulnerando los principios de justicia tributaria y capacidad económica del artículo 31 de la Constitución. En principio, estas serían la pretensión y su argumento principal, a lo cual habría de ceñirse la presente Resolución. Sin embargo, la solicitud sostiene también que esta modificación operada por el Decreto-ley habría dejado al descubierto la realidad de que es el propio IAJD el que resulta inconstitucional.

Esta ampliación del ámbito, que podría decirse «inicial», de la pretensión y de la argumentación no puede estimarse. Primero, porque no es viable impugnar ahora en inconstitucionalidad unas reglas tributarias promulgadas hace más de veinticinco años; en realidad más de treinta y ocho años, dado que la refundición de textos no es más que una operación de técnica legislativa y fue la (derogada) Ley 32/1980, de 21 de junio, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la que implantó el impuesto con su regulación actual, o muy próxima a la actual. Y segundo, porque si fuera el IAJD el que resultara inconstitucional, entonces acarrearía la nulidad de toda su configuración: sus principios generales, todas sus modalidades (para documentos notariales, mercantiles y administrativos), las cuotas, los medios de pago, y en fin todos los elementos del impuesto. Es cierto sin embargo que el solicitante, aunque inicialmente se centra en la modificación por el Decreto-ley 17/2018 de algunas de las reglas (no todas) sobre el sujeto pasivo del IAJD, acaba centrándose en el hecho

imponible, o más bien en solo uno de ellos, el de los documentos notariales (artículo 28 de la Ley del impuesto), que discute por extenso. Pero resulta que este elemento (de una modalidad) del tributo no ha sido modificado por el Decreto-ley, y entonces estamos ante la limitación señalada: en efecto, ha transcurrido con creces el plazo de tres meses para una impugnación por la vía del recurso de inconstitucionalidad de unas disposiciones legales que datan de décadas.

Ciertamente el Defensor del Pueblo puede sugerir al órgano legislativo la modificación de una ley si, como consecuencia de sus investigaciones, llega al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados (artículo 28 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo). Sin embargo la presente Resolución ha de ceñirse a la decisión sobre la impugnación en inconstitucionalidad del Decreto-ley 17/2018; no tiene por objeto decidir si es conveniente dirigir al legislativo una sugerencia de modificar la ley del impuesto, exactamente el texto refundido aprobado en 1993, con o sin la modificación operada por el Decreto-ley de 2018. Además, como se expresa en los siguientes fundamentos jurídicos, para una tal decisión sería preciso un examen del impuesto que solo es factible hacer aquí en tales términos restringidos.

No puede estimarse, si se ha entendido bien, la alegación un tanto confusa sobre «inconstitucionalidad por conexión» que el solicitante aduce por el artículo 39. Uno de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ya que se trataría de que una sentencia que declarara la inconstitucionalidad de una parte del Decreto-ley declarase igualmente la nulidad de aquellas otras del mismo Decreto-ley, no de una disposición o acto con fuerza de ley distintos, a las que debería extenderse por conexión o consecuencia.

En consecuencia, la presente Resolución ha de ceñirse a examinar y decidir sobre la impugnación del Decreto-ley por la posible vulneración del artículo 31 de la Constitución.

**SEGUNDO.** La argumentación del solicitante, que ha tratado de sistematizarse en los antecedentes, y en particular ordenarse en el antecedente primero, debe aquí centrarse todavía más.

El Defensor del Pueblo considera que algunos argumentos carecen de contenido suficiente como para merecer un examen exhaustivo, en atención además a que la presente motivación no ha de alcanzar un grado que supere los principios de informalidad y sumariedad que caracterizan la función del Defensor del Pueblo (artículo 18 de Ley Orgánica), ni exige que el razonamiento sea pormenorizado en todos los aspectos tratados en la solicitud. La decisión contenida en la presente resolución debe

considerarse suficientemente motivada si se apoya en razones que permiten conocer cuáles son los criterios jurídicos esenciales que la fundamentan, vale decir que no existe el derecho fundamental a una determinada extensión o detalle de la motivación (Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1991, FJ 2).

Ello es aplicable también a la técnica utilizada por el solicitante de ir añadiendo a su escrito inicial de solicitud una serie de variados documentos: artículos doctrinales y periodísticos, editoriales y reseñas de prensa. La presente Resolución no puede referirse a tales trabajos porque no puede la institución ir estudiando cada documento recibido e ir tomando nota de los argumentos de inconstitucionalidad (únicos relevantes aquí), si los hay, y si los localiza en una labor de pesquisa documental que queda fuera de las posibilidades razonables del ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo. Finalmente, no pueden conducir al convencimiento sobre la inconstitucionalidad del Decreto-ley el efecto detectado por el solicitante de un decreto-ley autonómico ni la calificación técnica de un tributo hecha en el preámbulo de una ley foral. Los términos en que ha de analizarse el Decreto-ley son otros; la documentación y citas aportadas por el solicitante pueden coadyuvar a la interpretación de las normas, pero en una labor argumentativa que corresponde hacer al solicitante, no al Defensor del Pueblo.

Han de desecharse como manifiestamente insuficientes las siguientes alegaciones:

- *El Real Decreto-ley se habría aprobado precipitadamente, sin antes conocerse la sentencia del Tribunal Supremo y los votos particulares.* Un decreto-ley es inherentemente una disposición dictada en casos de necesidad extraordinaria (fuera de lo ordinario) y urgente (sin admitir demora); la Constitución no exige que haya previos pronunciamientos judiciales, ni siquiera exige disponer de determinados estudios ni análisis. El límite es la arbitrariedad (artículo 9 CE), pero no se ha alegado, menos aun convincentemente, que el Gobierno no haya dispuesto siquiera de asesoramiento experto, carencia que resulta indemostrada e improbable;
- *La pretensión o insinuación del presidente del Gobierno ante los periodistas sería puro voluntarismo político. La ministra de Hacienda responde a cómo el Gobierno controlará que el impuesto no se repercuta a los clientes en los precios de las hipotecas.* La constitucionalidad del Decreto-ley no puede juzgarse con arreglo a tales parámetros. Con el límite infranqueable de la arbitrariedad, que el Defensor del Pueblo no encuentra en esos apartados de la solicitud, el poder legislativo no depende de las declaraciones de las autoridades ni de los parlamentarios hechas fuera del estricto ejercicio de la función legislativa;

- *La doctrina tiene sentado desde hace mucho tiempo que hay dos fórmulas ex lege para trasladar a otro la carga tributaria. Ni la que el solicitante llama «traslación jurídica mediante pacto contractual» ni la que designa como «traslación económica» son traslaciones que provengan de la ley. La repercusión ex lege es solo la que proviene de una determinación legal; son obligaciones ex lege las que se generan como consecuencia de actos de repercusión, de retención o de ingreso a cuenta previstos legalmente (artículo 24 y concordantes de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, LGT); cuando un sujeto traslada a otro una carga tributaria sin mediar mandato legal entonces no estamos ante una «traslación ex lege»;*
- *El Decreto-ley obedecería a la apariencia de cambiar para que todo siga igual, aunque más bien resultará perjudicial para el consumidor. En primer lugar este argumento podría contener cierta contradicción, pues si la disposición deja las cosas como están aunque dé la apariencia de modificarlas, entonces la inconstitucionalidad no derivaría propiamente del Decreto-ley; y en segundo lugar, aun admitiendo que la modificación legislativa fuera solo aparente, el perjuicio del consumidor no está en la regla aducida (la del artículo 31 CE);*
- *El devengo del IAJD en la promoción inmobiliaria se produciría desde la adquisición del solar (sujeto a IVA) hasta la constitución por el comprador por su cuenta de una hipoteca (préstamo hipotecario) para adquirir la vivienda, pasando por las segregaciones del suelo si se producen, etc. Es evidente que el IAJD no se devenga por las operaciones de adquisición, segregación, préstamo, etc., sino que se exige por la documentación en ciertos casos de ciertas operaciones.*

En consecuencia, esta institución considera que la presente Resolución ha de ajustar el examen de la solicitud a la alegada inconstitucionalidad del Decreto-ley en cuanto pudiera vulnerar el artículo 31 CE por incumplir las exigencias de justicia tributaria y de capacidad económica. El siguiente análisis trata entonces de comprobar si en el Decreto-ley hay vulneración de la regla constitucional de que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

**TERCERO.** La alegación de fondo contenida en la solicitud que puede ser examinada en la presente Resolución es por tanto la siguiente: el Decreto-ley traslada a los prestamistas la carga del IAJD y ello vulneraría el artículo 31 CE. El razonamiento del solicitante para alcanzar tal conclusión no es expuesto de forma clara a juicio de esta

institución, sino que aquel ha optado por una argumentación no lineal. Puede sintetizarse así:

- Hay repercusión de la carga fiscal al consumidor vía precios;
- El Gobierno no puede controlar esa repercusión;
- Por tanto, los consumidores seguirán pagando el impuesto, ahora como pago al banco por comisiones e intereses, incluso por repercusión del coste fiscal de la no deducción en el impuesto sobre sociedades;
- La modificación normativa puede acabar incluso perjudicando al consumidor, pues algunas comunidades autónomas establecen tipos reducidos para familias numerosas o por el importe del préstamo, lo que reduce el coste para las personas más necesitadas.

En realidad la alegación debe reconducirse a lo siguiente: el Decreto-ley modifica el sujeto pasivo del impuesto contraviniendo el artículo 31 de la Constitución.

La solicitud expresa que estamos ante una cuestión no resuelta, con «vaivenes jurisprudenciales recientes», vaivenes ciertamente manifiestos; e incluso con pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que no ha llegado a calificar la «posible» inconstitucionalidad del IAJD.

El centro del problema parece suscitarse en si el IAJD grava una determinada capacidad económica y de quién. Pero no es exacto sostener que tal capacidad económica sea «del propio acto documentado, que ya es gravado por otros tributos»; la capacidad económica se predica de las personas, no de los actos jurídicos ni de los documentos, que son expresión de la capacidad económica de alguien. Además, en nuestro sistema tributario la capacidad económica no se predica necesariamente de los obligados tributarios ni concretamente de los sujetos pasivos. Es sujeto pasivo el obligado tributario que, según la ley, debe cumplir entre otras la obligación tributaria principal, sea como contribuyente o como sustituto; no pierde la condición de sujeto pasivo quien debe repercutir la cuota tributaria a otros obligados, salvo disposición distinta por la ley de cada tributo. De entre los sujetos pasivos, lo es a título de contribuyente quien realiza el hecho imponible (artículo 36 LGT).

Pues bien, estas calificaciones son exclusivamente normativas: no se es formalmente contribuyente ni sujeto pasivo por un medio distinto de la disposición legal. No es el contribuyente, ni más en general el sujeto pasivo, quienes necesariamente manifiesten con sus actos la capacidad económica. Ya ha dicho el Tribunal

Constitucional que el principio de capacidad económica implica que cualquier tributo debe gravar un presupuesto de hecho revelador de riqueza, pero que la concreta exigencia de que la carga tributaria se module en la medida de esa capacidad solo resulta predicable del sistema tributario en su conjunto; solo cabe exigir que la carga tributaria de cada contribuyente varíe en función de la intensidad en la realización del hecho imponible en aquellos tributos que por su naturaleza y carácter resulten determinantes al concretarse el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Es el caso del impuesto sobre la renta de las personas físicas, pero no del IAJD (últimamente, STC 26/2017, FJ 2).

El Defensor del Pueblo no debe entrar por tanto en la polémica cuestión de si el IAJD grava «el beneficio que supone la especial protección que el ordenamiento jurídico otorga a determinadas formas de documentación notarial» ni en cuestiones afines, tales como si el IAJD en su modalidad de documentos notariales encierra dos hechos imponibles distintos (incluso dos tributos distintos): el gravamen documental y el gravamen sobre el acto o contrato reflejado en el documento notarial.

Algunos de los planteamientos del solicitante resultan a esta institución incluso erróneos, como preguntarse qué capacidad económica manifiesta la división horizontal de un edificio o la segregación de un terreno: pero el IAJD es un gravamen no sobre la división horizontal ni la segregación, sino sobre su documentación; o como sostener que el «objeto imponible» [debe de querer decir *objeto del tributo* o *materia imponible*, que son las expresiones usuales] del IAJD grava la especial protección del sistema de fe pública notarial y registral, protección que ya se sufragaría según el solicitante mediante los derechos o aranceles a los fedatarios: pero el IAJD no «sufraga» ninguna protección, fedataria ni de otro tipo. En fin, es evidente que no habría una «falacia justificativa» porque los documentos privados y públicos tuvieran «la misma protección registral»: véase por ejemplo el artículo 3 de la Ley Hipotecaria; este es además un razonamiento en sí mismo incorrecto porque el registro no protege propiamente documentos, sino que la ley otorga al registro efectos protectores de las personas, de sus datos, de derechos, incluso de las inscripciones, pero no en sentido estricto los documentos que se inscriben.

En general, esta institución considera que nos encontramos ante una serie de asuntos dudosos, polémicos, donde incluso en los círculos profesionales se advierte falta de rigor en el tratamiento de los términos jurídicos y económicos. El Defensor del Pueblo no puede juzgar la constitucionalidad de una disposición legal a los efectos de decidir interponer un recurso ante el Tribunal Constitucional si no es con arreglo a términos en los que haya un mínimo consenso científico, que en materia del IAJD en buena parte no existe.

En el IAJD no se trata de si un documento, sea público o privado, contiene o no una manifestación de capacidad económica merecedora de gravamen; se trata del hecho (imponible) de la documentación misma. Lo gravado por el IAJD es el *acto de documentar*, con independencia de que *lo documentado* sea o no objeto de gravamen por otros impuestos.

Es inexacto que el Decreto-ley «cambia el sujeto pasivo porque considera que el prestatario no demuestra capacidad económica para soportarlo», no hay tal afirmación en la disposición legal. Más bien al contrario, el mismo Decreto-ley en su preámbulo dice que el Tribunal Constitucional ha conectado de manera reiterada el deber de contribuir con el criterio de la capacidad económica, que está relacionado a su vez con el «conjunto del sistema tributario» y no con ninguna figura tributaria en particular (por ejemplo, STC 182/1997, FJ 7), aunque ciertamente cada tributo debe gravar de un modo u otro una manifestación de riqueza.

**CUARTO.** Ha de añadirse lo siguiente acerca de la documentación presentada por el solicitante después de su escrito inicial.

No son aptos para sostener una impugnación constitucional las reseñas y opiniones que no tienen por finalidad la argumentación jurídica propia de un recurso. Los trabajos doctrinales, alguno de autoría del propio solicitante, ni siquiera pretenden más que formular una opinión («el impuesto no parece muy concorde con el artículo 31 CE») sin la determinación característica de una impugnación; o se refieren al IAJD como tal y no al Decreto-ley objeto de la presente Resolución. Otros trabajos y reseñas se refieren a pronósticos sobre los efectos económicos del Decreto-ley («contraerá el crédito y encarecerá las hipotecas»), lo cual tampoco es un modo apto para argumentar en términos de constitucionalidad, que no puede basarse en la pronosticación de los efectos económicos de una modificación en el IAJD. Tampoco las denunciadas deficiencias de técnica legislativa son un canon de constitucionalidad autónomo, conforme a jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional (valgan como muestra las SS 341/2005, FJ 9, y 18/2011, FJ 18).

El solicitante, también por ejemplo, sostiene que «quien asume finalmente el IAJD, con independencia de lo que establezca la ley respecto al sujeto pasivo, es el consumidor final; lo que ha de tenerse en cuenta a la hora de analizar la constitucionalidad del impuesto», una pretensión que el Defensor del Pueblo no considera viable porque ya se ha dicho en el anterior fundamento primero (i) que aquí se trata de la constitucionalidad del Decreto-ley, no del impuesto; (ii) que la constitucionalidad del Decreto-ley no depende de quién asume finalmente el impuesto «con independencia del Decreto-ley», sino que la constitucionalidad del Decreto-ley

depende del ajuste de este a la Constitución; y (iii) que ese ajuste no puede verificarse ahora extendiendo la comprobación a la constitucionalidad de las disposiciones legislativas de 1980 y 1993.

En el contexto de esta Resolución no cabe una discusión sobre el diseño teórico del impuesto, sobre la naturaleza exacta de su hecho imponible, ni sobre ningún otro elemento del tributo que no haya variado tras la modificación normativa aprobada mediante el Decreto-ley. Como ya se ha señalado, los aspectos del impuesto vigentes desde antes de la aprobación del Decreto-ley 17/2018 no pueden ser, en el momento actual, objeto de impugnación por el Defensor del Pueblo.

Es más, tampoco corresponde a esta institución valorar o discutir los posibles efectos extrajurídicos derivados de la modificación normativa, tales como las eventuales reacciones de los agentes económicos implicados en el negocio hipotecario o los futuros ajustes del mercado financiero para repartir o eludir los costes del impuesto, cuestiones ajenas al análisis jurídico tributario que, en todo caso, deberán ser objeto de supervisión posterior, si llegara a confirmarse su efectiva realidad, por las administraciones y por el legislador. Basta con considerar razonable que lo gravado por el IAJD es la manifestación económica que se hace evidente en el documentar determinadas operaciones de naturaleza inmobiliaria-registral, y muy especialmente en un préstamo o en la constitución de una garantía hipotecaria, lo que generalmente, aunque no siempre, tiene lugar en el ámbito del negocio bancario. En todo intercambio, negocio u operación con contenido económico donde la manifestación de riqueza se produce como consecuencia, precisamente, de la confluencia o interacción de los dos agentes, es sumamente difícil cuantificar en qué proporción o medida tal manifestación de riqueza es atribuible a la acción de uno u otro. Es más razonable pensar que tal manifestación no tendría lugar sin la confluencia de ambos actores y que siendo por lo tanto ambos susceptibles de asumir la condición de sujeto pasivo del impuesto, entonces la atribución de tal condición recae en última instancia en un acto de voluntad del legislador, no arbitrario sino fundado en razones de legalidad y de oportunidad, razones susceptibles en todo caso de revisión en sede constitucional.

Se reitera que la cuestión aquí relevante es si el Decreto-ley 17/2018 es o no constitucionalmente aceptable. La solicitud no suscita al Defensor del Pueblo dudas de constitucionalidad suficientes sobre la decisión del legislador ni sobre sus razones para la modificación operada en el sujeto pasivo del impuesto, o lo que es lo mismo para pasar de un modelo fiscal que consideraba la capacidad de endeudarse como una manifestación de riqueza susceptible de ser gravada a un modelo en el que se considera manifestación de riqueza gravable la capacidad de otorgar un préstamo, generalmente en el contexto del negocio bancario y frecuentemente con ánimo de lucro. En lo que a la

concreta modalidad del IAJD se refiere, el Decreto-ley se atiene a la documentación de acto jurídico que requiere, por ejemplo en un préstamo, tanto capacidad de endeudarse de una parte como capacidad de otorgar un préstamo de otra.

En suma, esta institución considera que el cambio en la figura del sujeto pasivo introducido por el Decreto-ley no vulnera la Constitución, en particular no vulnera los principios de justicia tributaria y de capacidad económica de su artículo 31.

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

### **RESOLUCIÓN**

En virtud de cuanto antecede, y oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión de 6 de febrero de 2019, el Defensor del Pueblo, de acuerdo con la legitimación que le confieren los artículos 162.1.a) de la Constitución, 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que regula esta institución, ha resuelto NO INTERPONER recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre.

***Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de 2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales***

Se recibieron dos solicitudes para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra esta misma Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. La primera, al entender que su artículo 11 vulneraba la Constitución española. La segunda, relativa al artículo 58 bis.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, incorporado a esta por la disposición final tercera, punto, dos de dicha Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre. Respecto al artículo 11:

**ANTECEDENTES**

La solicitud de recurso se fundamenta en la presunta contradicción entre lo previsto en el artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, respecto de los deberes de información del titular del tratamiento de datos personales y el artículo 13 del Reglamento (UE) 2016/679 el cual, se dice, «exige que además se informe de la legitimación y de a quién se cederán los datos», obligación no prevista en el precepto citado lo que implicaría una vulneración del principio de jerarquía normativa al considerar la petición de recurso que la norma europea es jerárquicamente superior a la ley orgánica que contiene el precepto cuestionado.

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

**FUNDAMENTOS**

**PRIMERO.** El Tribunal Constitucional ha dejado claro desde su primera jurisprudencia al respecto 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.

Así, en el fundamento jurídico 6 de la STC 270/2015, se recuerda que «este Tribunal ha declarado reiteradamente que los tratados internacionales no constituyen por sí mismos parámetro de contraste para valorar la posible inconstitucionalidad de las leyes, pues 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, FJ 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 (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5, y 207/2013, de 5 de diciembre, FJ 4). En suma, no corresponde a este tribunal determinar la compatibilidad o no de un precepto legal con un tratado internacional, ni estos pueden erigirse en normas fundamentales y criterios de constitucionalidad (STC 142/1993, de 22 de abril, FJ 3)».

Así pues, «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» (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5).

El Reino de España se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, el cual —por decirlo con palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales (Sentencia Costa/E.N.E.L., de 15 de julio de 1964).

Ahora bien, la vinculación señalada no significa que se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni implica en modo alguno que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe a la vez una conculcación de la Constitución. De darse esa contradicción estaríamos, como dice el Tribunal, ante un «problema de selección del derecho aplicable» cuya resolución «corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan», por lo que la cuestión planteada en esta solicitud de recurso no es residenciable ante el Tribunal Constitucional.

## RESOLUCIÓN

Por todo cuanto antecede, el defensor del pueblo (e.f.), oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, acuerda NO INTERPONER el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra el artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

**Respecto al artículo 58 bis.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, incorporado a esta por la disposición final tercera, punto, dos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales:**

## **ANTECEDENTES**

1. El día 6 de diciembre de 2018 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* número 294, correspondiente a esa fecha la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

2. Tras la publicación de la ley, se han recibido diversas solicitudes instando del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad frente a la misma, solicitudes estas coincidentes en el cuestionamiento de la disposición final tercera por la que se añade a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, un nuevo artículo cincuenta y ocho bis, con el siguiente texto:

«Artículo cincuenta y ocho bis. Utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales.

1. La recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas.

2. Los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones electorales podrán utilizar datos personales obtenidos en páginas web y otras fuentes de acceso público para la realización de actividades políticas durante el período electoral.

3. El envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería y la contratación de propaganda electoral en redes sociales o medios equivalentes no tendrán la consideración de actividad o comunicación comercial.

4. Las actividades divulgativas anteriormente referidas identificarán de modo destacado su naturaleza electoral.

5. Se facilitará al destinatario un modo sencillo y gratuito de ejercicio del derecho de oposición».

3. La Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión del día 1 de marzo de 2019, y según determina el artículo 18.1.b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo, de fecha 6 de abril de 1983, tuvo conocimiento de los informes jurídicos elaborados por los servicios competentes de la institución en relación con la posible inconstitucionalidad mencionada, e informó por unanimidad favorablemente sobre la interposición del recurso de inconstitucionalidad.

## FUNDAMENTOS

**PRIMERO.** La integración de los sujetos en la sociedad digital tiene como consecuencia que estos están generando continuamente información sobre sus actividades, localizaciones, contactos, contenidos, intereses, consumo y otra gran variedad de datos. Esta información se encuentra en fuentes accesibles, como redes sociales, o se recopilan directamente de los dispositivos de los usuarios. Usando las técnicas de Big Data es posible recoger todo ese gran volumen de información de diversas fuentes, estructurarla para poder ser objeto de tratamiento, y todo ello en tiempo real. El objeto de dicho análisis puede ser el perfilado del individuo dentro de una categoría, es decir, como perteneciente a un colectivo y así ofrecer productos y servicios orientados a un grupo social o económico. Pero también puede ir más lejos, hasta perfilar a cada individuo como un elemento singular, determinando para cada sujeto sus preferencias, fortalezas y debilidades específicas, de tal forma que sea posible diseñar un servicio o mensaje único adaptado a cada uno de ellos, además, en tiempo real. Esto último es lo que se denomina *microtargeting*.

La posibilidad, o más bien la certeza como acredita el todavía reciente asunto de *Cambridge Analytica*, de la utilización de estas técnicas para modular, cuando no manipular, opiniones políticas evidencia la necesidad de que las garantías normativas y las limitaciones legales sean contundentes, precisas y efectivas en lo que se refiere a la recopilación y tratamiento de los datos personales relativos a las opiniones políticas que puedan llevar a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales.

**SEGUNDO.** El nuevo artículo 58 bis.1 incorporado a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), por la disposición final tercera punto dos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, establece que «*la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas*».

La lectura del precepto pone de manifiesto que, aparte de esas indeterminadas «garantías adecuadas», en nada limita el legislador el tratamiento (recopilación o recogida es tratamiento) de datos personales que revelen opiniones políticas por parte de los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales.

El legislador no establece cuáles sean esas garantías, ni siquiera los criterios para determinarlas, ni el vehículo normativo que deba contenerlas, ni la Autoridad o Poder Público que deba establecerlas ni, menos aún, referencia alguna a los derechos de los titulares de los datos ni al modo y condiciones en que estos puedan ejercitarlos.

De este modo cualquier dato personal relativo a opiniones políticas, aun siendo un dato sensible especialmente protegido, puede ser objeto de tratamiento sin que hubiera sido aportado para este fin, o sin que su titular lo consienta, o sin que tenga noticia del tratamiento ni de su finalidad y sin que sepa en qué condiciones puede ejercer sus derechos de oposición y cancelación. Todo es posible al no haber precisado el legislador como debía, *por mor* del artículo 53.1 de la Constitución, en qué consisten y cuáles son esas «garantías adecuadas», con lo que los poderes de disposición y control sobre los datos personales que forman parte del contenido esencial del derecho del artículo 18.4 de la Constitución quedan en cuestión, propiciándose una situación evidente de inseguridad jurídica contraria a su artículo 9.3 que, en el contexto tecnológico actual, afecta también al derecho a la libertad ideológica del artículo 16 y al derecho a la participación política de artículo 23.1, todos ellos de la Constitución.

**TERCERO.** Como ha declarado ese Tribunal en su Sentencia 292/2000, confirmada por otras posteriores:

«El contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele (FJ 7)».

El poder de disposición y control sobre los datos personales adquiere una relevancia extraordinaria cuando los datos concernidos son, como ocurre en este caso, los relativos a las opiniones políticas, los cuales, por su vinculación con otros derechos y libertades, como la ideológica (16.1 CE) y las de expresión y comunicación (20.1.a y d CE), así como el principio de igualdad (14 CE), pertenecen a la categoría de datos especialmente protegidos.

Aunque los tratados y acuerdos internacionales y el derecho comunitario derivado no son canon de constitucionalidad, pero sí constituyen cual —a tenor de lo previsto en el artículo 10.2 de la Constitución— valiosos criterios hermenéuticos del contenido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce a los ciudadanos, conviene hacer un repaso del tratamiento que en ellos se da a este asunto.

Ya el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, incluye en lo que denomina «categorías particulares de datos» a los datos personales «que revelen [...] las opiniones políticas» (artículo 6), los cuales «no podrán tratarse a menos que el derecho interno prevea las garantías apropiadas», admitiendo como única excepción a la regla anterior el supuesto de que «constituya una medida necesaria en una sociedad democrática» para la protección de la seguridad del Estado, de la seguridad pública, para los intereses monetarios del Estado, la represión de las infracciones penales o para la protección de la persona concernida y los derechos y libertades de otras personas.

En términos similares se pronuncia el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en su artículo 8 referido a la garantía de la intimidad individual y familiar, y aplicable también al tráfico de datos de carácter personal como recuerda ese tribunal en la ya citada Sentencia 292/2000 (FJ 9), donde se alude a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que exige que las limitaciones a ese derecho estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo

que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; «mutatis mutandis», caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997).

Por su parte, el Reglamento Europeo 2016/679/UE, de 27 de abril, de Protección de Datos (REPD), en línea con lo anterior, prohíbe el tratamiento de las que denomina categorías especiales de datos personales, entre las que se encuentran las que revelen opiniones políticas (artículo 9.1), prohibición que admite, no obstante, algunas excepciones.

Por lo que aquí interesa, el apartado g) del número 2 del mismo precepto autoriza el tratamiento cuando «es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado». A su vez el apartado a) autoriza el tratamiento en el supuesto de que el interesado hubiera dado su consentimiento explícito para ello, si bien esta excepción puede enervarse «cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado».

Y, precisamente, en esta línea más limitativa frente al tratamiento de datos sensibles y especialmente protegidos, la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDP), en su artículo 9.1 dispone que «a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico», aunque admite en el párrafo segundo que «lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá el tratamiento de dichos datos al amparo de los restantes supuestos contemplados en el artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 cuando así proceda».

**CUARTO.** Esta línea normativa, acorde con la regulación internacional y europea se rompe sin embargo con la tramitación de una enmienda de adición (la 331), ya que la previsión no figuraba en el proyecto, por la que se incorpora a la ley una nueva disposición final tercera que modifica la LOREG y añade a esta el nuevo artículo 58 bis, cuyo número 1, lejos de atender a la protección especial que en el contexto tecnológico

actual debe proporcionarse a los datos que revelen opiniones políticas de las personas, abre la puerta a su tratamiento por los partidos políticos en los siguientes términos:

«1. La recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas».

Este precepto ampara el tratamiento (la recopilación lo es), en principio prohibido, de datos personales relativos a opiniones políticas. Lo ampara genéricamente en el «interés público», no en un interés público *esencial* como pide la norma europea. Y para obtener este amparo basta con la oferta de unas inciertas e indeterminadas «garantías adecuadas» que ni el precepto ni la norma en la que se inserta (la LOREG) concretan en absoluto. Y lo hace a favor de los partidos políticos «en el marco de sus actividades electorales», otro concepto indeterminado que no tiene por qué coincidir con el período legalmente previsto en cada proceso de elecciones con la campaña electoral.

La justificación de la enmienda que introdujo el precepto cuestionado en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley fue la existencia de un Considerando, el 56, en la parte expositiva del Reglamento Europeo 2016/679/UE, cuyo tenor literal es el siguiente: «Si, en el marco de actividades electorales, el funcionamiento del sistema democrático exige en un Estado miembro que los partidos políticos recopilen datos personales sobre las opiniones políticas de las personas, puede autorizarse el tratamiento de estos datos por razones de interés público, siempre que se ofrezcan garantías adecuadas».

Sin embargo, el mero valor interpretativo y no normativo del considerando no solo no proporciona amparo al precepto impugnado en este recurso sino que confirma las dudas que este suscita, ya que la referencia al interés público al que genéricamente alude el artículo 58 bis.1 de la LOREG en el considerando citado se vincula al que se daría si lo «exige el funcionamiento del sistema democrático» y no cualquier otro.

A juicio del Defensor del Pueblo, la genérica mención al «interés público» sin especificar cuál es el concreto interés público en juego, esto es, qué interés público es el que justifica el tratamiento, no basta para fundamentar la intromisión que en el derecho a la protección de datos de carácter personal implica el amparo que se otorga al tratamiento de los datos relativos a opiniones políticas a favor de los partidos políticos en el también impreciso marco de sus actividades electorales.

Además, la determinación de las «garantías adecuadas» a las que alude el precepto sin concretarlas implica necesariamente la regulación de las facultades

atribuidas a los sujetos concernidos, esto es, a los titulares de los datos, así como las posibilidades de actuación que les correspondan, en definitiva, las facultades de disposición y control respecto de esos datos cuya recopilación se autoriza, lo que sin duda es parte integrante del contenido esencial del derecho a la protección de datos del artículo 18.4 de la Constitución.

Y esa regulación debe contenerse en la ley por imperativo del artículo 53.1 de la Constitución, sin que quepa derivarla en ningún caso, ni explícita ni implícitamente como aquí ocurre, a otro poder, operador o instancia, y sin que el legislador pueda abdicar de su deber de regular concreta y pormenorizadamente las restricciones al derecho fundamental que se derivan de la autorización concedida a los partidos políticos para recopilar datos personales relativos a las opiniones políticas.

Así, en el fundamento jurídico 10 de la ya citada sentencia 292/2000 se recuerda que:

«Tanto en la STC 254/1993 con carácter general como en la STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 7, este tribunal ha declarado que un régimen normativo que autorizase la recogida de datos personales, incluso con fines legítimos, vulneraría el derecho a la intimidad si no incluyese garantías adecuadas frente al uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano a través de su tratamiento informático, al igual que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de esta».

Por tanto, las facultades legalmente atribuidas a los sujetos concernidos y las consiguientes posibilidades de actuación de estos son necesarias para el reconocimiento e identidad constitucionales del derecho fundamental a la protección de datos. Asimismo, esas facultades o posibilidades de actuación son absolutamente necesarias para que los intereses jurídicamente protegibles, que constituyen la razón de ser del aludido derecho fundamental, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De manera que, privada la persona de aquellas facultades de disposición y control sobre sus datos personales, lo estará también de su derecho fundamental a la protección de datos, puesto que, como concluyó en este punto la STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 8), «se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

Y en el último párrafo de ese mismo fundamento jurídico ese tribunal afirma, en referencia a la norma antecesora de esta, que:

«[...] la LOPD puede ser contraria a la Constitución por vulnerar el derecho fundamental a la protección de datos (art. 18.4 CE), por haber regulado el ejercicio del

haz de facultades que componen el contenido del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal prescindiendo de las precisiones y garantías mínimas exigibles a una Ley sometida al insoslayable respeto al contenido esencial del derecho fundamental cuyo ejercicio regula (art. 53.1 CE)».

Eso es lo que ocurre a juicio del Defensor del Pueblo en el presente caso, en el que la mera mención al interés público y a las garantías adecuadas sin concretar ni cual es aquel ni cuales sean estas implica una intromisión directa en el derecho a la protección de datos personales contraria, por tanto, a los artículos 18.4 y 53.1 de la Constitución. Dicho de otro modo, no se respeta el contenido esencial del derecho a la protección de datos cuando se ampara la recopilación de datos relativos a opiniones políticas sin fijar los límites de tal amparo; y no se respeta el principio de reserva de ley cuando el legislador abdica de su deber de concretar detalladamente las condiciones y requisitos en las que ese tratamiento en principio prohibido deviene en legítimo.

**QUINTO.** La inconcreción de la norma respecto de las garantías que han de rodear la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas por parte de los partidos políticos, también produce una afectación indeseable respecto de la libertad ideológica que la Constitución garantiza en su artículo 16.

Como se pone de manifiesto en la Sentencia 20/1990, de 15 de febrero de ese tribunal «sin la libertad ideológica consagrada en el artículo 16.1 CE no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el artículo 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se instaura. Para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978. Ello hace necesario que el ámbito de la libertad ideológica no se recorte ni tenga «más limitación (en singular utiliza esta palabra el artículo 16.1 CE) en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley».

Además, como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985, de 13 de febrero, «el derecho fundamental recogido en el artículo 16 de la Constitución, comprende, junto a las modalidades de la libertad de conciencia y la de pensamiento, íntimas y también exteriorizadas, una libertad de acción respecto de las cuales, el artículo 16.2 establece un acotamiento negativo en cuanto dispone que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su conciencia, religión o creencias” (FJ 2)».

De nuevo, la redacción del artículo 58 bis.1, en cuanto ampara la recopilación por los partidos políticos de las opiniones políticas expresadas por los ciudadanos siempre que se «ofrezcan garantías adecuadas» pero sin establecer dichas garantías, supone una injerencia indebida en la libertad ideológica, al posibilitar el tratamiento de las opiniones políticas para un fin distinto del que motivó su expresión o manifestación y sin que quepa predecir las consecuencias que puedan derivarse de dicho tratamiento, el cual, además, con la tecnología disponible para el tratamiento combinado y masivo de datos procedentes de fuentes diversas, es potencialmente revelador de la propia ideología y contrario a la garantía del artículo 16.2 de la Constitución.

Al respecto, resulta indicativo que la enmienda 331, origen del precepto, incluía un número 2 con las siguientes previsiones:

«2. Cuando la difusión de propaganda electoral en redes sociales o medios equivalentes se base en la elaboración sistemática y exhaustiva de perfiles electorales de personas físicas, deberá realizarse una previa evaluación de impacto relativa a la protección de datos personales en los términos previstos en el artículo 35 del Reglamento (UE) 2016/679. Dicha difusión no podrá realizarse cuando se identifique un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas y no se adopten las medidas necesarias para impedirlo.

Quedan prohibidas las actividades de propaganda electoral basadas en la elaboración de perfiles electorales en redes sociales o equivalentes cuando no se informe a sus destinatarios sobre su finalidad, la identidad del responsable, o la entidad contratada para su realización y los criterios de selección».

Este punto 2 de la enmienda, que no superó el trámite y no figura en el texto finalmente aprobado, evidencia la preocupación por las consecuencias que sobre los derechos de los electores puede tener la elaboración sistemática y exhaustiva de perfiles electorales. Pese a ello el legislador, aun siendo consciente del riesgo que las nuevas tecnologías y el tratamiento masivo de datos puede suponer para los derechos y libertades de las personas y, en lo que aquí interesa, para la libertad ideológica y el derecho a no hacer pública la propia, ha abdicado de su deber de incluir detalladamente las garantías adecuadas para la recopilación de datos personales que revelen opiniones políticas.

Y no solo eso, sino que al tiempo que ampara esta recopilación autoriza a los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones electorales a utilizar datos personales (incluidos los relativos a opiniones políticas) obtenidos en páginas web y otras fuentes de

acceso público para la realización de actividades políticas durante el período electoral (art. 58 bis.2 de la LOREG).

En razón de todo ello, se considera que el artículo 58 bis.1 de la LOREG resulta contrario al artículo 16 de la Constitución.

**SEXTO.** Si la libertad ideológica se ve comprometida por la deficiente regulación del nuevo artículo 58 bis.1 de la LOREG también lo está el derecho a la participación política del artículo 23 que garantiza el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, «libremente elegidos» en elecciones periódicas por sufragio universal.

Esa libertad difícilmente puede darse en un entorno tecnológico en el que las modernas técnicas de análisis de conducta sobre la base del tratamiento masivo de datos y la inteligencia artificial permiten procedimientos complejos orientados a modificar, forzar o desviar la voluntad de los electores y sin que estos sea conscientes de ello.

A los poderes públicos les corresponde «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9 CE)». Y si bien ese tribunal tiene declarado que «en rigor, en el ámbito de los procesos electorales, solo en casos muy extremos cabrá admitir la posibilidad de que un mensaje tenga capacidad suficiente para forzar o desviar la voluntad de los electores, dado el carácter íntimo de la decisión del voto y los medios legales existentes para garantizar la libertad del sufragio» (STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 16), en el contexto actual, muy diferente al de hace dos décadas, la garantía de la libertad de sufragio exigiría una acción positiva del legislador para que la misma no se viera comprometida.

Nuevamente aquí la inconcreción del nuevo artículo 58 bis.1 de la LOREG respecto de los límites precisos en los que los partidos políticos pueden recopilar datos personales relativos a opiniones políticas de los ciudadanos y el uso que puedan darle a esa recopilación genera una afectación negativa de la libertad, en este punto en la de sufragio, contraria al artículo 23.1 de la Constitución.

**SEPTIMO.** Resta por último fundamentar la alegación referida a la infracción del principio de seguridad jurídica que la Constitución garantiza en su artículo 9.3.

La doctrina de ese tribunal al respecto la sintetiza la STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 9, en los términos siguientes:

«Hemos dicho, con relación al principio de seguridad jurídica previsto en el art. 9.3 CE que ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5), o como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4). De tal modo, que si en el Ordenamiento jurídico en que se insertan las normas, teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4; 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15; 104/2000, de 13 de abril, FJ 7; 96/2002, de 25 de abril, FJ 5; y 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 5)».

Como ya se ha expuesto reiteradamente el nuevo artículo 58 bis.1 de la LOREG declara amparada la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos con una total imprecisión. Un «interés público» genérico, unas «actividades electorales» que los partidos realizan o pueden realizar en cualquier momento y no solo durante la campaña electoral y unas «garantías adecuadas» que, en el mejor de los casos, un operador jurídico avezado tendría serias dificultades para deducir de la interpretación conjunta de la normativa electoral y de la vigente en materia de protección de datos personales tanto nacional (de aplicación solo supletoria artículo 2.3 LPD), como proveniente del derecho internacional y del europeo derivado.

La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean estas. Estas aseveraciones, extraídas de la sentencia de ese Tribunal 46/1990 (FJ 5) pueden aplicarse prácticamente sin matices al precepto aquí impugnado.

Sin ánimo de exhaustividad hay que fiar al criterio del operador jurídico de turno la determinación de si los sujetos legitimados para realizar la recopilación de datos son exclusivamente los partidos políticos a los que literalmente alude el precepto o si también

lo están los restantes sujetos que pueden concurrir al proceso electoral de acuerdo con la LOREG, esto es, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores. También hay que colegir si los datos recopilados pueden ser comunicados o transferidos a terceros, o si hay que entender prohibida tal práctica al tratarse de una habilitación de tratamiento excepcional.

Asimismo, hay que determinar el marco en el que se habilita el tratamiento y la finalidad del mismo, pues, como ya se ha dicho, las actividades electorales pueden realizarlas los partidos durante el periodo electoral definido en la LOREG o en cualquier otro momento, y si se circunscriben o no a los actos de propaganda y de campaña, como podría parecer, dada la inserción del precepto en la sección quinta del capítulo VI del título I de la LOREG.

También la determinación de las fuentes en las que pueden recogerse los datos personales que pueden ser objeto de tratamiento exige sopesar si éstas son las páginas web y otras fuentes accesibles al público a las que hace referencia el número 2 del precepto aquí impugnado, o si pueden ser cualesquiera otras, ya que su tenor literal no establece límite alguno al respecto.

Finalmente, y dado que el precepto ampara la recopilación, habrá de determinarse si ese amparo habilita o no a la realización de las restantes operaciones o conjunto de operaciones que a tenor del artículo 4.2 del RGPD constituyen el tratamiento. La literalidad del precepto parece apuntar a ello, aunque la mera recopilación de los datos sin una ulterior operación de organización, estructuración, consulta o utilización, entre otras operaciones incluidas en el concepto de tratamiento (artículo 4.2 del REPD) carece de sentido.

Si a estas y otras dificultades habrá de enfrentarse el operador jurídico que aplique la norma o el que supervise su aplicación o el que la enjuicie, mayores serán las que padezca el titular de los datos personales afectados, a quien la norma y el ordenamiento en el que se inserta, el electoral, no proporciona indicación alguna respecto de sus poderes de disposición y control sobre los mismos, ni sobre las condiciones de su ejercicio.

Ciertamente, como ese Tribunal ha expresado «cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten. Solo si, en el contexto ordinamental en que se inserta y teniendo en cuenta las reglas de interpretación

admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica» (STC 150/1990 FJ 8).

Entiende el Defensor del Pueblo que, en el contexto tecnológico actual y frente a los riesgos evidentes que el tratamiento masivo de la información puede suponer para la intimidad personal, la protección de datos personales, la libertad ideológica y la libertad de participación política, resulta inexcusable —por expresarlo en términos propios de ese tribunal— el esfuerzo del legislador por alumbrar una normativa abarcable y comprensible para la mayoría de los ciudadanos a los que va dirigida; puesto que una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia.

Se solicita, por ello, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 58 bis.1 de la LOREG por infringir el principio de seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución.

Por todo cuanto ha quedado expuesto en los fundamentos jurídicos anteriores

### **RESOLUCIÓN**

al Tribunal Constitucional que, teniendo por presentado este escrito en tiempo y forma, se sirva admitirlo y tener por INTERPUESTA demanda de recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 58 bis.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, incorporado a esta por la disposición final tercera punto dos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, por considerar que a través del mismo se vulneran los artículos 9.3, 16, 18.4, 23.1 y 53.1 de la Constitución, y que tras los trámites procesales oportunos acuerde dictar sentencia en la que se declare la inconstitucionalidad de dicho precepto. Todo ello por ser justicia que pido en Madrid, a cuatro de marzo de dos mil diecinueve.

***Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017***

Se recibió solicitud al Defensor del Pueblo de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, al entender que vulneraba la Constitución española.

## **ANTECEDENTES**

El artículo 195 de la Ley 2/2019 contra el que se solicita la interposición del recurso regula la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual y en sus apartados 4 y 5 —que es contra los que parece dirigirse concretamente la solicitud— habilita a la misma para la adopción de medidas tendentes a la interrupción de la prestación de servicios de la sociedad de la información o retirada de contenidos que vulneren derechos de propiedad intelectual, así como para requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad a efectos de la suspensión del correspondiente servicio a los infractores.

## **FUNDAMENTOS**

**PRIMERO.** La Comisión de Propiedad Intelectual es un órgano administrativo colegiado de ámbito nacional. Esta comisión, que se compone de dos secciones, tiene asignadas funciones de mediación, arbitraje y salvaguarda de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual. La Sección Primera ostenta la competencia en lo primero, es decir, en materia de mediación y arbitraje. Y la Sección Segunda, cuyas funciones son las que se cuestionan, se encarga de la indicada salvaguarda de los derechos en el ámbito de la propiedad intelectual.

Entre las funciones de la Sección Segunda de la comisión se encuentran la adopción de las medidas para el restablecimiento de la legalidad y que son la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual y la retirada de los contenidos que vulneren los citados derechos.

El cuestionamiento efectuado por el solicitante de recurso ya ha sido solventado (si bien en referencia a la normativa anterior, aunque igualmente válida para la actual) por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de mayo de 2013 (Recurso de Casación 185/2012) en cuyos fundamentos sexto y séptimo se dice lo siguiente:

«SEXTO

Pues bien, las indicadas medidas de interrupción del servicio y de retirada de contenidos no invaden ni interfieren el ejercicio de la potestad jurisdiccional que se encomienda por la Constitución en régimen de monopolio, a los jueces y tribunales, ex artículo 117.3 de la CE.

Tradicionalmente, y muy sucintamente, el concepto de jurisdicción, propio de nuestra actividad jurisdiccional (artículo 117.3 de la CE), se vincula con la función de determinar el derecho en un caso concreto, respecto de determinadas personas y sobre determinados actos. Y la diferenciación de la actividad administrativa y jurisdiccional radica en la nota de la irrevocabilidad, a pesar de las resoluciones administrativas firmes, y de los recursos procedentes en sede jurisdiccional.

Pues bien, la caracterización legal y reglamentaria de las funciones de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual no es la propia de quien ejerce una función jurisdiccional, y tampoco supone una suplantación ni usurpación de la función que constitucionalmente se atribuye, en régimen de exclusividad, a jueces y magistrados.

En este sentido, la atribución a la Sección Segunda de la citada comisión de las medidas de interrupción de la prestación de un servicio o de retirada de los contenidos que vulneren tales derechos, no guarda relación con el ejercicio de la función jurisdiccional. Simplemente se configura un órgano administrativo específico que se concibe con la finalidad de salvaguardar los derechos de propiedad intelectual, frente a la vulneración por los responsables de los servicios de los profesionales de la sociedad de la información, al tiempo que se diseña, a tal fin, un procedimiento presidido, por la propia naturaleza de la actividad a que se refiere, por la celeridad.

Repárese que la Ley de Propiedad Intelectual (artículo 158.4) expresamente señala que lo dispuesto se entiende sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso administrativas que, en su caso, sean procedentes. De manera que quedan a salvo, y no sustituye, las correspondientes vías jurisdiccionales que no se ven suprimidas ni restringidas.

Además, la disposición final cuadragésima tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, además de modificar el indicado artículo 158 de la Ley de Propiedad Intelectual, en el apartado ocho también modifica la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa, concretamente el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de dicha ley, e introduce una mención a la “Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual”, para atribuir el conocimiento de los recursos contencioso administrativos interpuestos contra sus actos administrativos, a la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional.

#### SÉPTIMO

Es cierto que están en juego derechos fundamentales, como indica la recurrente al citar, esencialmente, la libertad de expresión y de información. Ahora bien, la relevancia de estos derechos y su naturaleza como elementos indispensables para conformar una opinión pública libre y plural, y su proyección en el ámbito de internet como un mecanismo extraordinario para dinamizar la sociedad en sus ámbitos culturales, de ocio, de comunicación y comercial, no impide la intervención administrativa en este ámbito, que ya es una tradición en materia de telecomunicaciones y en el sector audiovisual.

Efectivamente estos derechos fundamentales, que no son ilimitados, no impiden crear un órgano administrativo, diseñar un procedimiento administrativo, y adoptar una serie de medidas para restablecer la legalidad en la red, siempre que se respeten las garantías constitucional y legalmente establecidas, especialmente que esa actuación administrativa pueda ser revisada por los jueces y tribunales, en cumplimiento de la función que la CE les atribuye de control de la legalidad de los actos y disposiciones administrativas, ex artículo 106.1 de la CE, para que la tutela judicial efectiva no se resienta.

Dicho de otro modo, en no pocos ámbitos sectoriales de la actividad administrativa también se encuentran afectados o comprometidos, con mayor o menor intensidad, derechos fundamentales y ello no determina que hayan de ser los jueces quienes deban adoptar directamente las medidas para el

restablecimiento de la legalidad, sino que puede ser un órgano administrativo, como la indicada Sección Segunda de la comisión que actúa conforme a los principios de objetividad y proporcionalidad (artículo 158.4 de la Ley de Propiedad Intelectual), como sucede en este caso, siempre que se respeten las garantías constitucional y legalmente exigidas.

Así es, para acordar la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere los derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren tales derechos, basta la decisión administrativa sujeta al correspondiente procedimiento que permite la audiencia del afectado, sin perjuicio de que la ejecución de tales medidas precise de autorización judicial, como señalan los artículos 9 y 122 bis de la LJCA, modificados por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en los términos que en seguidamente veremos. Interesa subrayar, en definitiva, que el propio real decreto recurrido, como también hacía el artículo 158 de la Ley de Propiedad Intelectual, imponen la necesidad de acudir a los jueces centrales de lo contencioso administrativo para ejecutar la medida adoptada, en el caso de que se haya incumplido el requerimiento realizado por la Administración, según el procedimiento que se diseña en el artículo 122 bis citado.

Téngase en cuenta que el artículo 9 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa (modificado por esa misma disposición final cuadragésima tercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible) atribuye a los juzgados centrales de lo contencioso administrativo la autorización para la identificación del responsable (que establece el artículo 8.2 de la Ley 34/2002, así como para autorizar la ejecución de los actos adoptados por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual “para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren los contenidos que vulneran la propiedad intelectual”»).

**SEGUNDO.** Lo dicho en su momento por el Tribunal Supremo es plenamente aplicable a la regulación contenida en la Ley 2/2019 ya que, como se indica en el preámbulo de la norma, la regulación actual de la Comisión de Propiedad Intelectual se lleva a cabo sobre la base de los artículos del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual que regulaba anteriormente este órgano.

Por otra parte, no debe perderse de vista que el propio artículo 195, en la redacción dada al mismo por la aquí examinada Ley 2/2019, dispone en el último párrafo de su número 5 que «En todo caso, la ejecución de la medida de colaboración dirigida al prestador de servicios de intermediación correspondiente, ante el incumplimiento del

requerimiento de retirada o interrupción, emitido conforme al apartado anterior, por parte del prestador de servicios de la sociedad de la información responsable de la vulneración, exigirá la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122.bis de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso administrativa».

Asimismo, y con carácter general, hay que tener en cuenta la previsión del número 7 del mismo precepto a tenor del cual «lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso administrativas que, en su caso, sean procedentes».

Así pues, resulta que la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual es un órgano de naturaleza administrativa que realiza funciones de este carácter y no de naturaleza jurisdiccional que son susceptibles de las acciones y recursos correspondientes ante los tribunales de justicia, lo cual ha de considerarse plenamente compatible con la salvaguarda de los derechos fundamentales concernidos y con el respeto pleno a la función jurisdiccional.

### **RESOLUCIÓN**

Por todo cuanto antecede, el defensor del pueblo (e.f.), oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, acuerda NO INTERPONER el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra el artículo 195 de la Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017.

***Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer***

Un ciudadano solicitó al Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/2019, de 1 de marzo, al entender que vulneraba los artículos 14 y 39 de la Constitución.

**ANTECEDENTES**

El 4 de abril de 2019 compareció ante esta institución don [...], presentando escrito firmado por él mismo. Solicita la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer (Boletín Oficial del Estado número 53, de 2 de marzo de 2019). Concreta sus rasgos de inconstitucionalidad en los siguientes motivos:

- A) Alega en primer lugar la vulneración del artículo 14 CE ya que «gracias a esta Ley se produce lo siguiente: si tu padre asesina a tu madre y quedas huérfano cobrarás 600 euros/mes como mínimo. Si tu madre asesina a tu padre y quedas huérfano, cobrarás 140 euros/mes o 0 euros si no cotizó lo suficiente. Se establecen huérfanos de primera categoría y de segunda, dependiendo de las circunstancias y sexo de la persona que fallezca».
- B) En segundo lugar alega la vulneración del artículo 39 CE, transcribiendo su contenido.

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

## FUNDAMENTOS

**PRIMERO.** Resulta preciso en primer lugar recordar que la búsqueda de la interpretación del precepto más acorde a la Constitución, es una obligación de todos los poderes públicos con carácter previo a la interposición de un proceso constitucional (STC 108/1986). Será pues necesario explorar las posibilidades interpretativas de los preceptos cuestionados, ya que si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución, más concretamente, la integridad del derecho a la tutela judicial efectiva, resultaría procedente un pronunciamiento interpretativo de acuerdo con las exigencias del principio de conservación de la Ley (STC 341/1993). La vinculación de todos los poderes públicos a la interpretación más favorable a los derechos fundamentales viene recogida en la conocida doctrina establecida, además, por las STC 112/1989 y 117/1987.

**SEGUNDO.** En cumplimiento de la anterior doctrina constitucional, se ha de hacer referencia en primer lugar a que la Disposición adicional segunda de la norma impugnada establece, bajo el epígrafe estudio sobre otros supuestos de orfandad absoluta, que el Gobierno en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley, realizará un estudio con la finalidad de analizar y abordar de manera adecuada otros supuestos de orfandad absoluta que pudieran no encontrarse suficientemente protegidos. Se prevé además que dicho estudio incluirá propuestas de idéntica cuantificación económica a la resultante de la norma cuya impugnación se pretende.

**TERCERO.** Es doctrina constitucional consolidada que el derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 14 CE, 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. La citada doctrina establece que 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», lo que veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. El principio de igualdad, no solo exige que la diferencia de trato resulte «objetivamente justificada», sino también que supere un «juicio de proporcionalidad» en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (por todas, SSTC 104/2004, de 28 de junio, FJ 4, y 112/2017, de 16 de octubre, FJ 3).

**CUARTO.** En materia de orfandad, el Tribunal Constitucional ha considerado contrario al artículo 14 CE cualquier trato normativo desigual que tenga su base en alguno de los

supuestos de prohibición de discriminación recogidos en el citado precepto. Así, la STC 154/2006 en relación con los hijos extramatrimoniales o la STC 200/2001 en relación con los hijos adoptivos. En ambos supuestos la doctrina constitucional prohíbe las desigualdades por razón del origen de la filiación por ir en contra del principio de no discriminación del artículo 14 CE.

**QUINTO.** Sin embargo, en el caso que se plantea, no se refiere a un trato discriminatorio sino a una mera desigualdad de trato fundamentada en el origen causal de la orfandad. Por tanto, se habrá de acudir como parámetro de control a la doctrina constitucional relativa a la igualdad. En esta materia el Tribunal Constitucional ha establecido que lo que se impiden son los tratos normativos desiguales que carezcan de una justificación objetiva y razonable.

En materia prestacional, la STC 200/2001, ya citada en el apartado anterior, recuerda que el derecho constitucional a la igualdad experimenta importantes matizaciones cuando se proyecta sobre la acción prestacional de los poderes públicos. El legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias económicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales (SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; 134/1987, de 21 de julio, FJ 5; 97/1990, de 24 de mayo, FJ 3; 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3, por todas).

Recuerda también que corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo en este caso el mandato constitucional del artículo 39.2 CE de asegurar la protección integral de los hijos, sin que ninguno de ellos resulte *a priori* constitucionalmente obligado [SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 4 a); 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5].

En atención a las disponibilidades económicas de cada momento para atender a las necesidades sociales el legislador puede, respetando estas prescripciones constitucionales, diferenciar al determinar los posibles beneficiarios de la prestación en atención a criterios de necesidad relativa o a otros que resulten igualmente racionales (SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 4).

**SEXTO.** La norma cuya impugnación se pretende se refiere a las prestaciones por orfandad como consecuencia de violencia contra la mujer, en los términos establecidos en la propia ley. En el caso de los hijos de víctimas de violencia de género la razonabilidad de un trato más favorable en la cuantificación de la pensión de orfandad, al igual que ocurre en los casos de ayudas públicas a víctimas del terrorismo y de otros delitos violentos, se basa en la singular naturaleza de estas situaciones de violencia.

Por lo que se refiere a la violencia de género, existe ya doctrina constitucional que ha establecido que el tratamiento punitivo diferente de la misma conducta, en función del sexo de los sujetos activo y pasivo, no es contraria al artículo 14 CE (SSTC 59/2008, 81/2008 y 45/2009). Esta interpretación analiza que este tratamiento diferenciado, de supuestos de hecho iguales, tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación. El análisis constitucional de razonabilidad de esta diferenciación se analiza mediante tres parámetros: la legitimidad del fin de la norma; la funcionalidad de la diferenciación cuestionada para la legítima finalidad perseguida y, por último, que la diferencia en las consecuencias jurídicas de las normas comparadas no entrañe una desproporción que conduzca a la inconstitucionalidad ex principio de igualdad.

Como ya estableció la STC 59/2008, la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género «tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas [...]».

Pues bien, la norma cuya inconstitucionalidad se alega, se refiere a los hijos e hijas de las víctimas de violencia de género, una vez han sido asesinadas por sus parejas. Esto es, tras no haber podido proteger a su madre de lo que nuestro Alto Tribunal ha calificado como «ese abominable tipo de violencia».

**SÉPTIMO.** El Defensor del Pueblo está particularmente preocupado por la situación de los hijos e hijas de las víctimas de violencia de género. En varias ocasiones ha mostrado su empeño en que no se considere a estos niños y niñas sujetos ajenos al escenario de violencia que desgraciadamente padecen a diario, sino que se les considere víctimas directas, aun en los casos en los que no lo sean de violencia física o moral infringida contra ellos en primera persona.

Este camino ya ha sido iniciado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Desde esa fecha se reconoce que las medidas de protección integral contra la violencia de género tienen por finalidad «prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia,

víctimas de esta violencia». Por tanto, la Ley reconoce expresamente que los menores también son víctimas de la violencia de género en el ámbito de las relaciones familiares.

Esta fue una de las cuestiones abordadas por varias expertas en las jornadas auspiciadas por el Defensor del Pueblo, con motivo del día de la infancia en 2017 (<https://www.defensordelpueblo.es/cursos-y-jornadas/jornada-hijos-victimas-violencia-genero>). Los niños y niñas, cuyas madres son asesinadas por sus propios padres, no son meros testigos de la violencia que viven a diario en sus casas. Son tan víctimas de la violencia como sus propias madres. Son numerosos los estudios psicológicos existentes que muestran que el comportamiento de los agresores tiene siempre un impacto sobre estos menores, una huella sobre su salud y sobre su desarrollo. De hecho, dentro de la definición del maltrato infantil se incluye la violencia psicológica, que a su vez contempla como uno de los tres subtipos, la exposición a la violencia de género familiar.

Estos estudios muestran además que estos menores expuestos a violencia de género, pueden presentar los mismos patrones que las víctimas de abusos sufridos en primera persona. Suelen presentar conductas agresivas y antisociales; un menor rendimiento académico y menores competencias sociales; promedios elevados de ansiedad, depresión y cuadros de estrés postraumático; alteraciones físicas, problemas cognitivos y problemas de conducta; y además pueden reproducir marcados roles de género y modelos violentos de relación con otras personas.

La violencia de la que son víctimas, por tanto, condiciona su vida tanto como las de sus madres, de modo que no hay razón para excluirlos de las políticas integrales de lucha contra la violencia de género, ni para invisibilizarlos en las normas, ni para ignorarlos en los procesos judiciales. Hemos de ponerlos en el centro del problema junto a sus madres y por ello se han de adoptar las medidas legislativas precisas para protegerlos de manera especial por su doble condición de menores y de víctimas de violencia de género.

**OCTAVO.** Por todo lo anterior, y a la vista de que el parámetro de control propuesto en la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad es indefinido y no se expone un criterio concreto, no se puede considerar que la norma impugnada afecte al contenido del artículo 14 CE.

## RESOLUCIÓN

Por cuanto antecede, 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, he resuelto NO INTERPONER recurso de inconstitucionalidad solicitado

contra la Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer.

## 5.1.2 A leyes y decretos autonómicos

### ***Ley 9/2018, de 8 de octubre, por la que se modifica la Ley 12/2017, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía***

Varios ciudadanos solicitaron al Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 9/2018, de 8 de octubre, de Andalucía, al entender que vulneraba los artículos 9, 14 y 20 de la Constitución española.

#### **ANTECEDENTES**

El 12 de diciembre de 2018 comparecieron ante esta institución [...]. En el citado escrito adjuntan un enlace a una dirección web en la que afirman que 506 personas más, que han accedido a la citada plataforma digital, apoyan la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad. Solicitan la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra los apartados e) y g) del artículo 76 de la Ley 9/2018, de 8 de octubre, por la que se modifica la Ley 12/2017, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía (*Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* número 199, de 15 de octubre de 2018), concretando sus rasgos de inconstitucionalidad en los siguientes motivos:

- A) Alegan en primer lugar que los apartados e) y g) del artículo 76 de la Ley 9/2018, de 8 de octubre, de modificación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, vulneran los artículos 9, 14 y 20 de la Constitución española.
- B) Exponen que «la sanción de esos comportamientos representa una vulneración muy grave de derechos fundamentales y libertades públicas tales como el derecho a la libertad de expresión o información (art. 20 CE) de quienes, mediante campañas de publicidad o anuncios, "utilicen la imagen de las mujeres asociada a comportamientos que justifiquen o inciten a la prostitución o a la violencia contra ellas" o realicen esa justificación "en actos culturales, artísticos o lúdicos de carácter sexista"». En apoyo de esa afirmación mencionan la propia doctrina del Tribunal Constitucional, en cuanto que «la libertad de expresión ocupa una posición preferente en el conjunto de los derechos fundamentales y

constituye la esencia misma del sistema democrático por lo que debe ser salvaguardado de modo que resulte invulnerable para cualquier poder público —aquí el Parlamento de Andalucía— que viene obligado a respetar el derecho al disenso de la ciudadanía sin poner trabas a su ejercicio y debiendo justificar en todo momento las razones materiales de su intervención legislativa».

- C) Se alega también la vulneración del derecho de las mujeres que ejercen la prostitución a no ser discriminadas (art. 14 CE). Se afirma que con infracciones como las recogidas en la norma que se impugna, se las condena a la inexistencia social para no comprometer la imagen pública de las mujeres. Se hace referencia a la obligación de protección de los colectivos tradicionalmente marginados y se considera que las «trabajadoras del sexo» pertenecen a uno de estos colectivos. A su juicio la norma impugnada, que pretende salvaguardar la igualdad de género, «refuerza las condiciones de inseguridad existencial y disminuye las expectativas de libertad y de indemnidad de las trabajadoras del sexo». Considera que «sancionar cualquier justificación que se haga de su actividad sexual —aquí, ejercer libremente la prostitución— repercute gravemente sobre ellas y contribuye a mantenerlas en los márgenes de la sociedad».
- D) Consideran que la norma impugnada viola el principio de legalidad del artículo 9 de la Constitución. En concreto consideran que la expresión «carácter sexista» del apartado g) del artículo 76 es extremadamente ambigua e imprecisa y que «alcanza a quienes justifican la prostitución sea mediante campañas publicitarias, en medios de comunicación o en actos sociales y culturales de diversa índole contribuyendo a generar un estado de incertidumbre acerca de si son sexistas o no, lo que resulta incompatible con los mandatos de seguridad y certeza que reclama nuestro Estado de Derecho».
- E) Alegan por último la vulneración del que denominan principio de lesividad «ya que no se describe en ningún momento el bien jurídico que se propone tutelar». Sin embargo, en este punto, ni en los argumentos que lo desarrollan, hacen referencia al derecho fundamental cuya vulneración se alega.

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

## FUNDAMENTOS

**PRIMERO.** Resulta preciso en primer lugar recordar que la búsqueda de la interpretación del precepto más acorde a la Constitución, es una obligación de todos los poderes

públicos con carácter previo a la interposición de un proceso constitucional (STC 108/1986). Será pues necesario explorar las posibilidades interpretativas de los preceptos cuestionados, ya que si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución, más concretamente, la integridad del derecho a la tutela judicial efectiva, resultaría procedente un pronunciamiento interpretativo de acuerdo con las exigencias del principio de conservación de la Ley (STC 341/1993). La vinculación de todos los poderes públicos a la interpretación más favorable a los derechos fundamentales viene recogida en la conocida doctrina establecida, además, por las STC 112/1989 y 117/1987.

**SEGUNDO.** En cumplimiento de la anterior doctrina constitucional, se ha de hacer referencia en primer lugar a la Exposición de motivos de la Ley 9/2018, de 8 de octubre, de modificación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía. En su apartado VI se refiere al papel de la Administración en la defensa del principio de igualdad de género. La norma define y delimita esta función y además aborda las infracciones y sanciones por el incumplimiento de este principio.

**TERCERO.** En el artículo 43.4, bajo el título Igualdad en las políticas sociales, se delimita el colectivo al que protege la norma centrándose en «las mujeres prostituidas y víctimas de trata y explotación sexual». Por su parte el artículo 47 se refiere, con el título «Trata y explotación sexual de mujeres», de nuevo exclusivamente a «las mujeres prostituidas y víctimas de trata y explotación sexual».

**CUARTO.** Por lo anterior, se ha de entender que los apartados e) y g) del artículo 76 de la norma impugnada, al tipificar las infracciones graves y mencionar el término prostitución se está refiriendo a aquellas mujeres que la ejercen y son víctimas de trata y explotación sexual.

**QUINTO.** Al analizar la infracción tipificada en el apartado e) del artículo 76 de la norma impugnada, se ha de tener por tanto en cuenta la anterior consideración. El apartado citado se refiere a «campañas de publicidad o anuncios». Se ha de recordar que la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, establece en su artículo 3 la ilicitud de aquella publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. Cita específicamente los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

El mismo argumento anteriormente expuesto se ha de aplicar a la alegación de que el apartado g) del mismo artículo vulnera el derecho a la libertad de expresión.

Por tanto, las infracciones tipificadas en los apartados e) y g) del artículo 76 de la Ley 9/2018, de 8 de octubre, de modificación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía no suponen más que el cumplimiento de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. La citada norma establece que las administraciones públicas velarán por el cumplimiento estricto de la legislación en lo relativo a la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales, con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres en todos los medios de comunicación social, de acuerdo con la legislación vigente.

Por todo lo anterior, y a la vista de que el parámetro de control propuesto en la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad es indefinido y no se expone un criterio concreto, no se puede considerar que las citadas infracciones vulneren el derecho fundamental a la libertad de expresión.

**SEXTO.** Se alega también la vulneración del derecho de las mujeres que ejercen la prostitución a no ser discriminadas (art. 14 CE). Dicha alegación se basa en que las infracciones tipificadas en los apartados e) y g) del artículo 76 de la norma impugnada «las condena a la inexistencia social para no comprometer la imagen pública de las mujeres».

Es doctrina constitucional consolidada que el derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 14 CE, 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», lo que veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.

El principio de igualdad, no solo exige que la diferencia de trato resulte «objetivamente justificada», sino también que supere un «juicio de proporcionalidad» en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado

producido y la finalidad pretendida (por todas, SSTC 104/2004, de 28 de junio, FJ 4, y 112/2017, de 16 de octubre, FJ 3).

En todo caso, la alegación que se realiza en este punto en la solicitud de interposición de un recurso de constitucionalidad por el Defensor del Pueblo no aporta un principio idóneo de comparación demostrativo de la identidad sustancial de las situaciones jurídicas que han recibido trato diferente. Por lo anterior, de conformidad con la doctrina constitucional, no se puede considerar que las citadas infracciones vulneren el derecho fundamental recogido en el artículo 14 de la Constitución española.

**SÉPTIMO.** Por último, se alega la violación del principio de legalidad del artículo 9 de la Constitución por la manera ambigua e imprecisa en que se formulan las infracciones.

De acuerdo con la doctrina constitucional consolidada, recogida en la STC 166/2012, el derecho a la legalidad sancionadora comprende una doble garantía «la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este tribunal ha señalado reiteradamente, el término “legislación vigente” contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora el derecho a la legalidad sancionadora comprende una doble garantía (entre muchas, STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2)».

Tomando en consideración lo anterior se analiza el catálogo de infracciones y sanciones de la Ley 9/2018, de 8 de octubre, por la que se modifica la Ley 12/2017, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía. Tras el examen de las mismas no se aprecia vulneración del alegado artículo 9 de la Constitución.

## RESOLUCIÓN

Por cuanto antecede, 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, he resuelto NO INTERPONER recurso de inconstitucionalidad solicitado contra los apartados e) y g) del artículo 76 de la Ley 9/2018, de 8 de octubre, por la que se modifica la Ley 12/2017, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

***Ley 4/2018, de 3 de octubre de 2018, de modificación del artículo 41.3 de la Ley 1/2018, de 22 de febrero, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad de Madrid***

Se solicitó ante el Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Comunidad de Madrid 4/2018, de 3 de octubre, al entender que vulneraba la Constitución española.

**ANTECEDENTES**

El precepto de la ley contra el que se solicita la interposición del recurso es el artículo 41.2.a) que exige a efectos de promoción interna «tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en la categoría inmediata inferior a la que se pretende promocionar».

Entienden los solicitantes de recurso que el texto finalmente aprobado resulta contrario a lo establecido en el artículo 18 del Estatuto Básico del Empleado Público y relativo a la promoción interna de los funcionarios de carrera y, más en particular, a lo dispuesto en el número 3 de la disposición transitoria tercera del citado estatuto a tenor del cual «los funcionarios del Subgrupo C1 que reúnan la titulación exigida podrán promocionar al Grupo A sin necesidad de pasar por el nuevo Grupo B, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de este Estatuto».

**FUNDAMENTOS**

**ÚNICO.** Como es sabido, el plazo para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad es de tres meses a partir de la publicación de la ley, disposición o acto con fuerza de ley cuya impugnación se pretenda. La Ley 4/2018, de 3 de octubre, se publicó, como antes se ha mencionado, en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* correspondiente al día 17 de octubre de 2018, por lo que las solicitudes de interposición estarían dentro del plazo antes citado si el recurso pretendiera dirigirse contra el contenido de dicha norma.

Sin embargo, la Ley 4/2018 únicamente modifica el punto tres del artículo 41 de la Ley 1/2018, de 22 de febrero, sin afectar al punto 2 de ese mismo precepto que es frente al que se solicita específicamente la interposición de recurso de inconstitucionalidad. Ello implica que el plazo para la interposición de recurso estaría ampliamente vencido, ya que el apartado 2.a) del artículo 41 está vigente a partir de la publicación de la Ley 1/2018, de 22 de febrero, en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* de 12 de marzo, y es esta última la fecha que ha de tenerse en cuenta para el cómputo del correspondiente plazo.

### **RESOLUCIÓN**

Por todo cuanto antecede, el defensor del pueblo (e.f.), oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, acuerda NO INTERPONER el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra Ley 1/2018, de 22 de febrero, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad de Madrid, modificada por la Ley 4/2018, de 3 de octubre.

***Ley 6/2018, de 26 de noviembre de 2018, de protección de los animales de la Comunidad Autónoma de La Rioja***

Varios ciudadanos solicitaron la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Comunidad Autónoma de La Rioja 6/2018, de 26 de noviembre, al entender que vulneraba el artículo 18 de la Constitución española.

**ANTECEDENTES**

La petición se dirige contra los artículos 30 y 39 de la Ley 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales de la Comunidad Autónoma de La Rioja (*Boletín Oficial de La Rioja* número 141, de 30 de noviembre de 2018), que regulan la participación de asociaciones de protección y defensa de los animales en procedimientos sancionadores e inspecciones, y las actuaciones inspectoras, respectivamente.

Por razones de sistemática, procede analizar en primer lugar el contenido del artículo 39, y en concreto lo dispuesto en sus apartados 1.a) y 2.

El artículo 39.1.a) autoriza a los funcionarios que desarrollen las funciones de inspección y vigilancia recogidas en la ley a acceder libremente, sin previa notificación, a todo establecimiento, instalación, vehículo o medio de transporte, o lugar en general, con la finalidad de comprobar el grado de cumplimiento de lo establecido en esta ley. Al efectuar una visita de inspección, deberán acreditar su condición ante el titular, su representante legal o persona debidamente autorizada o, en su defecto, ante cualquier empleado o persona compareciente que se hallara en el lugar.

Asimismo, el apartado 2 de dicho artículo establece que la actuación inspectora podrá llevarse a cabo en cualquier lugar en que pueda exigirse el cumplimiento de las condiciones previstas en esta ley.

En relación con lo anterior, el artículo 30 de la ley establece que las asociaciones de protección y defensa de los animales que actúen como entidades colaboradoras se

reconocerán como parte interesada en los procedimientos sancionadores abiertos en materia de protección animal. Asimismo, podrán participar en las inspecciones realizadas por la autoridad, conforme a lo dispuesto en la norma que reglamentariamente desarrolle la presente ley.

Considera el interesado que estos artículos, especialmente el artículo 39, implican una violación del derecho a la intimidad del domicilio, que consagra el artículo 28 de la Constitución. Expone que la ley afecta a domicilios particulares en gran parte de su articulado, sin autorización previa por parte de un juez, con la única finalidad de comprobar el cumplimiento de la norma sin indicio de delito, lo que genera una situación de indefensión al ciudadano.

Una vez expuesto lo anterior, procede realizar un análisis sobre el asunto, atendiendo a las alegaciones del interesado y a la doctrina y la jurisprudencia constitucionales.

Así, es preciso comenzar por el concepto constitucional de domicilio. El artículo 18 de la Constitución establece en su apartado 2 que el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

En este punto, procede citar lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero, dictada en el recurso de amparo número 59/1983, y en concreto su fundamento jurídico 5:

«5. El art. 18.2 de la Constitución contiene dos reglas distintas: una tiene carácter genérico o principal, mientras la otra supone una aplicación concreta de la primera, y su contenido es por ello más reducido. La regla primera define la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de esta, dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no solo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de

invasiones incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos.

La regla segunda establece un doble condicionamiento a la entrada y al registro, que consiste en el consentimiento del titular o en la resolución judicial. La interdicción fundamental de este precepto es la del registro domiciliario, entendido como inquisición o pesquisa, para lo cual la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental. Contempladas desde esta perspectiva las cosas, puede extraerse la conclusión de que en toda actividad de ejecución de sentencias o decisiones llevada a cabo por los órganos públicos, en que se produce, bien que necesariamente, el ingreso de los órganos ejecutores en un domicilio privado, se realiza en mayor o menor medida una inquisición de este. De la facultad que el titular del derecho sobre el domicilio tiene de impedir la entrada en él es consecuencia que la resolución judicial o la resolución administrativa que ordenan una ejecución que solo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, por sí solas no conllevan el mandato y la autorización del ingreso, de suerte que cuando este es negado por el titular debe obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas. La regla anterior no es aplicable únicamente a los casos en que se trata de una resolución tomada por la Administración en virtud de un principio de autotutela administrativa, como ocurre en el presente caso. A la misma conclusión se puede llegar cuando la decisión que se ejecuta es una resolución de la jurisdicción ordinaria en materia civil. Si los agentes judiciales encargados de llevar, por ejemplo, a cabo un desahucio o un embargo encuentran cerrada la puerta o el acceso de un domicilio, solo en virtud de una específica resolución judicial pueden entrar. Por consiguiente, el hecho de encontrarse ejecutando una decisión, judicial o administrativa, legalmente adoptada, no permite la entrada y el registro en un domicilio particular. Sin consentimiento del titular o resolución judicial, el acto es ilícito y constituye violación del derecho, salvo el caso de flagrante delito y salvo naturalmente las hipótesis que generan causas de justificación como puede ocurrir con el estado de necesidad».

Esta jurisprudencia está sólidamente asentada, y ha sido y continúa siendo a día de hoy defendida tanto por el Tribunal Constitucional como por los tribunales ordinarios.

Ahora bien, es necesario hacer hincapié precisamente en el concepto de domicilio que contiene el texto constitucional, en la interpretación que ha realizado el Tribunal. Se trata, en palabras de este, de «un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima». Es esta libertad íntima, por lo tanto, el núcleo esencial del bien jurídico protegido en este caso.

El artículo 39 de la Ley 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales en la Comunidad Autónoma de La Rioja, establece lo siguiente:

«Artículo 39. Actuaciones inspectoras.

1. Los funcionarios que desarrollen las funciones de inspección y vigilancia recogidas en esta ley están autorizados para:

a) Acceder libremente, sin previa notificación, a todo establecimiento, instalación, vehículo o medio de transporte, o lugar en general, con la finalidad de comprobar el grado de cumplimiento de lo establecido en esta ley. Al efectuar una visita de inspección, deberán acreditar su condición ante el titular, su representante legal o persona debidamente autorizada o, en su defecto, ante cualquier empleado o persona compareciente que se hallara en el lugar.

b) Exigir la comparecencia del titular o responsable de la empresa o instalación, o del personal de esta, en el lugar en que se estén llevando a cabo las actuaciones inspectoras, pudiendo requerir de estos información sobre cualquier asunto que presumiblemente tenga trascendencia en la aplicación de esta ley, así como la colaboración activa que la inspección requiera.

c) Examinar la identificación, en su caso, de los animales, la documentación, libros de registro, archivos, incluidos los mantenidos en soportes magnéticos y programas informáticos, correspondientes al establecimiento o lugar inspeccionado, y con trascendencia en la verificación del cumplimiento de la normativa en materia de protección animal.

d) Adoptar las medidas provisionales previstas en el artículo 57.

2. La actuación inspectora podrá llevarse a cabo en cualquier lugar en que pueda exigirse el cumplimiento de las condiciones previstas en esta ley».

Como puede apreciarse, una interpretación del artículo en su conjunto (esto es, los tres apartados) indica bien a las claras que el lugar al que se alude en este artículo no coincide con la idea de domicilio descrita con anterioridad. Se alude en el artículo a los establecimientos, instalaciones, vehículos o medios de transporte o lugares en general (apartado a). Sin embargo, en ese mismo apartado se menciona la necesidad de

acreditar la condición de inspector ante el titular, su representante legal o en su defecto ante cualquier empleado o persona compareciente que se halle en el lugar en cuestión.

El apartado b) menciona expresamente al titular o responsable de la empresa o instalación.

Y, por último, el apartado c) menciona la identificación de los animales y la documentación, libros de registro, archivos, incluidos los mantenidos en soportes magnéticos y programas informáticos, correspondientes al establecimiento o lugar inspeccionado.

Parece claro, de una lectura conjunta de los tres apartados, y del artículo en general, que en todo momento se está considerando un entorno profesional, y que los lugares a los que se está refiriendo la ley son lugares donde se llevan cabo actividades económicas de algún tipo (de ahí esas referencias a los titulares, a los empleados y al personal).

De acuerdo con esta interpretación, no se produciría esa violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio que consagra el artículo 18 de la Constitución.

Llegados a este punto, hay que traer a colación la doctrina, igualmente del Tribunal Constitucional, de la necesidad de interpretación de las normas conforme a la Constitución. En este sentido procede traer a colación el contenido del fundamento jurídico 7 de la sentencia del Tribunal Constitucional 62/2017, de 25 de mayo, que establece lo siguiente:

«... como afirmamos en la STC 14/2015, de 5 de febrero, FJ 5, tratándose del legislador democrático, la presunción de constitucionalidad ocupa un lugar destacado en dicho juicio, por lo que “es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan solo la derogación de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación” (SSTC 14/2015, de 5 de febrero, FJ 5, y 17/2016, de 4 de febrero, FJ 4), de modo que “siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera con arreglo a un criterio hermenéutico reiteradas veces aplicado por este Tribunal” (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 7). La segunda es que “la salvaguarda del principio de conservación de la norma encuentra su límite en las interpretaciones respetuosas tanto de la literalidad como del contenido de la norma cuestionada, de manera que la interpretación de conformidad con los mandatos constitucionales sea efectivamente deducible, de modo natural y no forzado, de la disposición impugnada (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 7), sin que corresponda a este Tribunal la reconstrucción de la norma en contra de su

sentido evidente con la finalidad de encontrar un sentido constitucional, asumiendo una función de legislador positivo que en ningún caso le corresponde (STC 14/2015, de 5 de febrero, FJ 5)" (STC 20/2017, de 2 de febrero, FJ 9)».

De estas manifestaciones del Tribunal, cabe inferir una interpretación constitucional de la norma, cual es la de que las actuaciones inspectoras a que se refiere el artículo controvertido en ningún caso pueden llevarse a cabo en el domicilio sin el consentimiento del titular o la previa autorización judicial, en su caso. El lugar de las actuaciones inspectoras ha de entenderse en el sentido de lugares donde se ejercen actividades de tipo profesional, sean estas cuales sean.

Con ello se ejerce una presunción de constitucionalidad de la norma que permite su conservación, sin que ello signifique una violación del derecho a la intimidad del domicilio que consagra el artículo 18 del texto constitucional.

No obstante lo anterior, parece procedente iniciar una actuación de oficio ante la Consejería de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente del Gobierno de La Rioja, competente para el desarrollo y ejecución de la ley, para que confirme esta interpretación, en su caso.

Con respecto al artículo 30 de la ley, este establece lo siguiente:

«Artículo 30. Participación en procedimientos sancionadores e inspecciones.

Las asociaciones de protección y defensa de los animales que actúen como entidades colaboradoras se reconocerán como parte interesada en los procedimientos sancionadores abiertos en materia de protección animal. Asimismo, podrán participar en las inspecciones realizadas por la autoridad, conforme a lo dispuesto en la norma que reglamentariamente desarrolle la presente ley».

Como se puede apreciar, la ley remite a un desarrollo reglamentario la regulación de la forma en que las asociaciones de protección y defensa de los animales puedan participar en las inspecciones para el cumplimiento de la ley en cuestión.

No se aprecia en este precepto violación alguna del texto constitucional, siendo necesario estar al citado desarrollo para poder pronunciarse sobre su adecuación o no al ordenamiento jurídico vigente.

## FUNDAMENTOS

**ÚNICO.** La solicitud de interposición del recurso de inconstitucionalidad considera que los artículos 30 y 39 de la Ley 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales en la Comunidad Autónoma de La Rioja, incurren en vicio de inconstitucionalidad, al vulnerar el derecho a la inviolabilidad del domicilio reconocido en el artículo 18 de la Constitución.

Sin embargo, como ya se ha demostrado, de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución, cabe entender que la ley no hace referencia al domicilio, sino que el uso del término «lugar» se refiere a aquellos lugares donde se ejercen actividades económicas y/o profesionales que puedan ser objeto de inspección; sin que pueda decirse que la ley incurre en inconstitucionalidad por este motivo.

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

## RESOLUCIÓN

En virtud de cuanto antecede, y oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión de 21 de febrero de 2019, el Defensor del Pueblo, de acuerdo con la legitimación que le confieren los artículos 162.1.a) de la Constitución, el 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y el 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que regula esta institución, ha resuelto NO INTERPONER recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 6/2018, de 26 de noviembre, de protección de los animales en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

***Ley 23/2018, de 29 de noviembre de 2018, de la Generalitat Valenciana, de igualdad de las personas LGTBI***

Varios representantes de distintas fundaciones solicitaron al Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Generalitat Valenciana 23/2018, de 29 de noviembre, al entender que vulneraba los artículos 1.1, 9, 10.1, 11, 14, 16, 18.1, 20.1, 27.2, 35.1, 38, 103.1 y 149.1 de la Constitución española.

**ANTECEDENTES**

El 12 de febrero de 2019 comparecieron ante esta institución [...], solicitando la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el texto de la Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI (*Diario Oficial de la Generalitat Valenciana* número 8436, de 3 de diciembre de 2018), concretando su rasgos de inconstitucionalidad en los siguientes motivos:

- A) Consideran que la Administración Pública y los poderes públicos en materia afectivo sexual asumen un único modelo concreto de persona y de familia acorde a lo que denominan ideología de género; que la ley confunde la mera manifestación de sentimientos LGTBI en materia afectivo sexual con la obtención de derechos que limitan y condicionan las libertades de terceros ajenos al colectivo LGTBI; que asigna a la Administración el interés del menor de edad, en perjuicio de la patria potestad; que confunde sexo y género con las diferentes orientaciones sexuales y sus diversas expresiones e identidades como si todas estas también fueran sexos o géneros de la especie humana. Finalizan considerando impropio que un Estado social y democrático de derecho privilegie una ideología y una forma concreta de entender la sexualidad, imponiéndola por ley.
  
- B) Consideran que los apartados 1, 2, 4 y 6 a 9 del artículo 4 de la Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI, vulneran los artículos 9.3, 103.1, 149.1 (apartados 1º y 8º) de la Constitución española (CE). El citado

artículo 4, define en los apartados cuya inconstitucionalidad se alega, los conceptos de orientación sexual, identidad de género, persona con comportamiento de género no normativo, intersexualidades o diferencias del desarrollo sexual, personas con variaciones intersexuales, cuerpo no binario y grupo familiar. Señalan que estas definiciones están ideologizadas y que generan inseguridad jurídica (artículo 9.3 CE). También consideran que se vulnera el artículo 149 CE ya que se legisla sobre cuestiones como la orientación sexual o la identidad de género que considera competencia estatal.

- C) Tachan también de inconstitucionalidad el artículo 7 de la Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI por vulneración de nueve artículos de la Constitución (1.1, 10.1, 14, 16.1, 18.1, 20.1.a y d, 27.2, 35.1 y 38). El artículo 7 establece la prohibición de las llamadas terapias de aversión. Se alega que vulnera el artículo 1.1 ya que ninguna persona podrá ejercer su libertad contra esta prohibición; el artículo 10.1 porque las personas que quieran modificar su orientación sexual, identidad o expresión de género no podrán ser ayudados o atendidos; el artículo 14 porque se podrán usar terapias acordes al colectivo LGTBI pero no así para quienes deseen dejar su orientación homosexual o bisexual; el artículo 18.1 porque no podrá modificar orientación sexual, identidad o expresión de género de conformidad con su sentimiento o autodeterminación, si esta consiste en dejar de ser homosexual o bisexual; los artículos 16.1 y 20.1 porque toda persona debería tener derecho a cambiar su orientación sexual, identidad o expresión de género y poder ser ayudado para ello; el artículo 27 puesto que a las personas se las educará en que los homosexuales y bisexuales no pueden modificar su orientación sexual, identidad o expresión de género, lo deseen o no; el artículo 35.1 ya que nadie podrá formarse ni practicar terapias de modificación de la orientación sexual, identidad o expresión de género y, por último, el artículo 38 ya que ningún profesional o institución podrá practicar las anteriores terapias.
- D) Bajo un mismo epígrafe alegan que los artículos 21, 23 y 24 de la Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI vulneran los artículos 16, 20.1 y 27 de la Constitución. En el caso del artículo 21, que establece acciones en materia de diversidad sexual, familiar y de género tachan de inconstitucional el apartado 2 b y d por entender que obliga a la Administración educativa a evaluar a los menores en los contenidos y criterios de la ideología de género. Respecto al artículo 23.2 a, acciones de formación, participación y divulgación, alegan que vulnera el derecho a la información veraz, libertad de pensamiento e ideológica al imponer que se garantizará en los planes de formación del profesorado que se eliminen los prejuicios basados en una concepción binaria de la sexualidad. Por lo

que se refiere al artículo 24 (1, 3, 5 y 7), actuaciones específicas en los centros educativos, consideran que es inconstitucional porque obliga a la comunidad educativa a incorporar al proyecto educativo la sensibilización en diversidad sexual y de género. Consideran que esa obligación vulnera el derecho de los padres a educar a los hijos según sus convicciones y anula la libertad de cátedra.

- E) Por último, consideran que la Ley 23/2018, de 29 de noviembre, otorga privilegios injustificados a las personas integrantes del colectivo LGTBI y a sus asociaciones que vulneran los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículos 11 y 9.2 CE), principios generales (artículo 9.3 CE) y derechos y libertades del resto de las personas, entre otros, el derecho a la igualdad (artículo 14 CE), la libertad ideológica y religiosa (artículo 16 CE), el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 CE) y la libertad de expresión y de información (artículo 20 CE).

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

## FUNDAMENTOS

**PRIMERO.** El Defensor 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 21/2014, 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. 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. Por último, previo informe de la Junta de Coordinación de 8 de noviembre de 2016, resolvió no interponer recurso de inconstitucionalidad contra 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. Las citadas normas 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.** Respecto a 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.** Por lo que se refiere a las alegaciones de vulneración del artículo 14 CE, el Defensor del Pueblo ya se ha pronunciado en las resoluciones citadas en el fundamento primero. Se resume a continuación la argumentación sostenida en las anteriores resoluciones. 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, el 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, resulta 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 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.

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)».

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 artículos 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».

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).

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». 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 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 séptimo que revisten especial relevancia 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 el Tribunal Constitucional 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.

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. 94112000, 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 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 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI de la Comunidad Valenciana, 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.** El Preámbulo 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 al 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 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI de la Comunidad Valenciana 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.

**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, como establece el artículo 2.1 h) de la Ley Orgánica

2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos (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 (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 (artículo 2.1 b), 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 Valenciana, 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.

### **RESOLUCIÓN**

Por cuanto antecede, 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, he resuelto NO INTERPONER recurso de inconstitucionalidad solicitado contra Ley 23/2018, de 29 de noviembre, de la Generalitat Valenciana, de igualdad de las personas LGTBI.

***Ley 26/2018, de 21 de diciembre de 2018, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia de la Generalitat Valenciana***

Tres entidades (una asociación, una fundación y una universidad) solicitaron del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 3.9, 19, 30.1, 36.3, 38 y 41, así como las disposiciones finales 1ª y 3ª de la Ley valenciana 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.** Mediante escrito que tuvo su entrada en esta institución el día 12 de febrero de 2019, la [...], solicitan del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 3.9, 19, 30.1, 36.3, 38 y 41, así como las disposiciones finales 1ª y 3ª de la Ley valenciana 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, publicada en el *Diario Oficial de la Generalitat Valenciana* número 8450, del 24 de diciembre de 2018.

[...] desarrollan siete motivos de inconstitucionalidad que, en puridad, han de considerarse seis ya que el motivo primero es un planteamiento de carácter crítico general con la Ley 26/2018, introductorio del resto de la solicitud y cuyo contenido se ciñe a cuestiones de legalidad, no de constitucionalidad, y a presuntas deficiencias de la técnica legislativa empleada. Esta institución no entrará pues a examinar este motivo.

**SEGUNDO.** En el motivo II de su escrito los solicitantes estiman inconstitucional el artículo 3.9 de la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, por vulneración de los artículos 1.1, 10.1, 14, 16, 20 y 39 CE, al introducir la perspectiva de género en el diseño, desarrollo y evaluación de las medidas que se adopten en las políticas públicas en relación con la infancia y la adolescencia.

En el motivo III entienden los solicitantes inconstitucional el artículo 19 de la Ley valenciana 26/2018, relativo a la libertad ideológica, de conciencia y religión, ya que, a su

juicio, vulnera los artículos 81 y 149.1.8ª CE, en conexión con la disposición final 21ª.3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Consideran que la ley autonómica establece unas obligaciones para los representantes legales de los menores no previstas en la legislación orgánica.

En el motivo IV, esgrimen que el artículo 30.1 de la Ley valenciana 26/2018, relativo al derecho a la información de los menores de edad, sería inconstitucional de nuevo por vulneración de los artículos 81 y 149.1.8ª CE y del artículo 5.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en conexión con la disposición final 21ª.3., al invadir materias reservadas a Ley orgánica y la competencia estatal.

En el motivo V, [...] cuestionan la constitucionalidad del artículo 36.3, de la Ley valenciana 26/2018, sobre información relativa al estado de salud, diagnóstico y tratamiento, por estimar que contradice y es menos garantista que el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Estiman asimismo, en el motivo VI de su solicitud, que el artículo 38 de la Ley 26/2018, relativo a la educación afectivo-sexual, vulnera el artículo 27 CE.

En el motivo VII, [...] estiman inconstitucional el artículo 41 de la Ley 26/2018 porque, según alegan, la interrupción del embarazo no es un derecho sino una prestación sanitaria para una casuística legal cuyas condiciones son de carácter orgánico al amparo del artículo 81 CE, al estar determinadas en el capítulo I del Título II de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y carecer la Comunitat Valenciana de competencia para calificar el aborto como tal.

En el motivo VIII consideran los comparecientes inconstitucional la disposición final 1ª de la Ley 26/2018, que modifica el artículo 55 de la Ley 14/2008 de asociaciones de la Comunitat Valenciana relativo a las «asociaciones infantiles y juveniles», por vulneración de la Ley Orgánica del Derecho de Asociación y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Por último, cuestionan, en el motivo IX de su solicitud, la disposición final tercera de la Ley 26/2018, que modifica el artículo 43 de la Ley 10/2014, de salud de la Comunitat Valenciana, en lo que se refiere al consentimiento informado, porque, en su opinión, contradice legislación básica estatal, infringiendo el artículo 149.1.16ª CE y por tanto la distribución constitucional de competencias.

## FUNDAMENTOS

**PRIMERO.** Las asociaciones comparecientes consideran inconstitucional el artículo 3.9 de la Ley valenciana 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia cuyo tenor literal es el siguiente:

«3. Son principios rectores de las políticas públicas en relación con la infancia y la adolescencia los siguientes:

[...]

9. La introducción de la perspectiva de género en el diseño, desarrollo y evaluación de las medidas que se adopten en esta materia».

A juicio de los solicitantes de la interposición del recurso el mandato constitucional de neutralidad implica que no haya perspectivas predominantes o privilegiadas por parte de las instituciones públicas, ya que en caso contrario, se estaría en contra del pluralismo, la libertad ideológica y el libre desarrollo de la personalidad de los menores. En su opinión, cuando por imperativo legal se introduce la perspectiva de género en todas las políticas públicas relacionadas con la infancia y adolescencia, se impone un concreto punto de vista ético-moral y antropológico de la persona y se descartan otras perspectivas en materia afectivo sexual.

Ha de señalarse, sin embargo que, según una ya consolidada doctrina constitucional, los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del artículo 9.2 CE, pueden 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 basada «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 introducción de la perspectiva de género en las políticas públicas en relación con la infancia y la adolescencia en la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y

garantías de la infancia y la adolescencia, 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.

**SEGUNDO.** Exponen los solicitantes que el artículo 19 de la Ley valenciana 26/2018, relativo a la libertad ideológica, de conciencia y religión vulnera los artículos 81 y 149.1.8ª CE, en conexión con la disposición final 21ª.3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, al invadir materias reservadas a ley orgánica y de competencia estatal.

A su juicio, la ley autonómica establece un plus de obligaciones para los representantes legales de los menores (escuchar sus opiniones, fomentar el desarrollo de un criterio, respetar sus convicciones) que no tendrían sentido sin la madurez suficiente; en definitiva, el artículo 19 de la ley autonómica limitaría el ejercicio de la patria potestad frente a la ley estatal que trata sobre lo mismo.

Debe advertirse 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, 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.

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.

Dado que tal riesgo no concurre en el supuesto aquí tratado, esta institución no considera procedente hacer uso de la legitimación de la que dispone para la interposición del recurso de inconstitucionalidad solicitado.

No obstante lo anterior, la interposición de recurso por razones competenciales no estaría justificada en el presente caso, ya que los preceptos cuestionados no incurren, a juicio de esta institución, en la infracción constitucional que se les adjudica, tal y como se

argumenta en el fundamento jurídico que nos ocupa y en los fundamentos jurídicos tercero, cuarto, sexto, séptimo y octavo de la presente resolución.

El artículo 19 de la Ley 26/2018 dispone que «las personas progenitoras y tutoras, en el desempeño de su derecho y deber de cooperar en el ejercicio del derecho de niños, niñas y adolescentes a la libertad de ideología, conciencia y religión, escucharán sus opiniones, fomentarán el desarrollo de un criterio propio y respetarán sus convicciones».

En virtud del artículo 81 CE son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas; el artículo 149.1.8ª atribuye la competencia exclusiva al Estado sobre legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan; la disposición final 21ª.3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor dispone que los preceptos no orgánicos de esta ley se aplicarán «sin perjuicio de la normativa que dicten las comunidades autónomas con competencia en materia de Derecho civil, foral o especial».

Consideran los comparecientes que la Generalitat Valenciana carece de competencia para regular derechos que son competencia exclusivamente estatal; en concreto, el artículo 6 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, relativo a la libertad ideológica, dispone que «1. El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión. 2. El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás. 3. Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral». Entienden que la ley autonómica establece un plus de obligaciones para los representantes legales de los menores (escuchar sus opiniones, fomentar el desarrollo de un criterio, respetar sus convicciones) que no tendrían sentido sin la madurez suficiente; en definitiva, el artículo 19 de la ley autonómica limitaría, a su juicio, el ejercicio de la patria potestad frente a la ley estatal que trata sobre lo mismo.

El análisis de la posible vulneración de los artículos 81 y 149.1.8ª exige responder a dos cuestiones; la primera, si el artículo 6 de la Ley de Protección Jurídica del Menor tiene naturaleza orgánica; la segunda si la Comunitat Valenciana puede legislar en la materia en que lo ha hecho pese a lo dispuesto en el artículo 149.1.8ª CE.

La primera cuestión debe responderse de forma afirmativa: el artículo 6 de la Ley de Protección Jurídica del Menor tiene naturaleza orgánica. Así se establece de forma indubitable en la disposición final vigésima tercera: al enumerarse el elenco de los

artículos con rango de ley ordinaria (1, 5, apartados 3 y 4, 7, apartado 1, etcétera) en el que no se incluye el artículo 6.

La segunda cuestión debe responderse de forma también afirmativa: la Comunitat Valenciana tiene entre sus objetivos la «protección específica del menor» (artículo 10.3 del Estatuto valenciano). También tiene, por otra parte, competencia exclusiva para la conservación, desarrollo y modificación del derecho civil foral que le es propio (artículo 49.1.2ª del Estatuto valenciano). No resulta por ello extraño que haya promulgado esta ley que sucede a la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia.

Debemos plantearnos si, desde la premisa de que cabe que la Comunitat Valenciana legisle para la «protección específica del menor», lo ha hecho en contradicción con la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor o en contra del interés superior del menor. Ha de ponerse de relieve, de nuevo, que no es lo más relevante para esta institución verificar si la Comunitat Valenciana se ha extralimitado en sus competencias, sino más bien si ha legislado en contra de los derechos del menor.

En respuesta, debe afirmarse que, a juicio de esta institución, no ha habido tal extralimitación. Es doctrina constitucional consolidada que la reserva de ley orgánica no significa que esta haya de agotar todos y cada uno de los aspectos relacionados con el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional, desde la STC 5/1981, ha aplicado un criterio estricto o restrictivo para determinar el alcance de la reserva de ley orgánica y ello tanto en lo referente al término «desarrollar», como a «la materia» objeto de reserva. Requiere ley orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad pública que desarrolle la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero, igualmente, relativa a aspectos esenciales del derecho [STC 6/1982, FJ 6; STC 67/1985, STC 140/1986, STC 160/1987 y STC 127/1994, FJ 3 b)]. La STC 132/1989 (FJ 16), afirma que lo que está constitucionalmente reservado a la ley orgánica es «la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas». Esta doble referencia a «aspectos esenciales» y al «establecimiento de restricciones o límites» se halla también en las SSTC 88/1995, FJ 4; 140/1986, FJ 5, y 101/1991, FJ 2.

Así pues el artículo. 81.1 CE reserva al Estado la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o «en

cuanto tal», en tanto que se atribuye la regulación de la «materia» sobre la que se proyecta el derecho al legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma (SSTC 127/1994, 61/1997, STC 67/1985 y 157/1992, y STC 173/1998). La Comunitat Valenciana puede por tanto regular, en principio, numerosos aspectos de la libertad ideológica, de conciencia y religión, de los menores, esto sí, sin entrar en contradicción con la ley orgánica estatal correspondiente.

Sentado lo anterior, debe precisarse que lo que regula la ley autonómica es el rol de progenitores y tutores. El Tribunal Constitucional ha distinguido desde la STC 197/1991, FJ 4, entre titularidad y ejercicio en la medida en que nuestra jurisprudencia constitucional considera a los menores como titulares de los derechos fundamentales y libertades públicas, teniendo en cuenta que estos no pueden ejercitar por sí solos todo su contenido durante el amplio período de la minoría de edad. Por ello es posible y en ocasiones imprescindible modular el ejercicio por el menor del derecho fundamental, dando entrada a distintas modalidades de heteroejecución, de ordinario a través de los padres o tutores. Esa modulación habrá de efectuarse atendiendo, entre otros factores, a la naturaleza del derecho fundamental de que se trate, y a la edad y grado de madurez del menor. Estos dos últimos son los criterios empleados por el Código Civil en sus artículos 154 y siguientes e irradian todo nuestro Ordenamiento Jurídico. También figuran en el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, a tenor del cual «los Estados Parte garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño», indicándose también que «con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional».

En sentido similar al expresado, el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor indica que «el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez». Por su parte, el artículo 9.2 de la misma Ley dispone que «[s]e considera, en todo caso, que [el menor] tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos». La exposición de esos preceptos es una muestra de que la participación del menor en el ejercicio de sus propios derechos puede ser de diferente alcance en función de las circunstancias de edad y madurez que concurran en

él. En su caso, la heteroejecución asegura la máxima efectividad posible del concreto derecho fundamental del que es titular el menor, y permite a la par el cumplimiento del mandato tuitivo a que se refiere el artículo 39 CE (STC 31/2018, de 10 de abril, FJ 7).

A juicio de esta institución, lo que los solicitantes de recurso al Defensor del Pueblo llaman «condicionar o limitar» el contenido de los derechos fundamentales de los menores a la libertad de ideología, conciencia y religión, es una especificación de previsiones y principios que ya existen en la legislación estatal e internacional, a las que no contradice. Es claro, por una parte, que cualquier previsión ha de modularse en función de la madurez de la persona en situación de minoría de edad (período de tiempo que cubre 18 años en los que la evolución es muy intensa). Y, por otra, que los conceptos de «escucha», «fomento del desarrollo de un criterio propio» y «respeto a las convicciones» (que es el alegado «plus» que tendría la legislación autonómica con respecto a la estatal) están también, con diversas expresiones, en la Convención de Derechos del Niño, en la Constitución y en los principios de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, siquiera porque son elementales consecuencias concretas del debido respeto a la dignidad de la persona (mayor o menor) que es fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10.1 de la CE). Nada hay, pues, contrario al reparto constitucional de competencias ni —lo que es más importante para el Defensor del Pueblo— al interés superior del menor.

**TERCERO.** El artículo 30.1 de la Ley valenciana 26/2018 determina que «Con el fin de contribuir al ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a buscar, recibir y utilizar información, la Generalitat, mediante su servicio público audiovisual, debe ofrecer contenidos informativos en formato accesible y amigable para la infancia y la adolescencia. La Generalitat debe velar para que la información que reciban los niños, las niñas y los adolescentes sea veraz, plural y respetuosa con los principios contenidos en la Constitución, el Estatuto de autonomía de la Comunitat Valenciana y el resto del ordenamiento jurídico».

Según [...] esta materia está reservada y regulada por la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. Además, al no reproducir el contenido de su artículo 5.2, en donde se establece que «Los padres o tutores y los poderes públicos velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales», se estaría excluyendo a los padres del deber de velar por que la información que reciban sus hijos sea veraz y plural, y limitando ese deber única y exclusivamente a la Generalitat Valenciana, en perjuicio del artículo 81 CE y de la institución de la patria potestad de los legales representantes de los menores.

Al respecto, deben traerse a colación los argumentos expuestos en el fundamento jurídico anterior respecto a que las materias reservadas a la ley orgánica son solo las que desarrollan aspectos esenciales del derecho en tanto que tal y no las materias conexas, como sería este el caso dado que se refiere a la información ofrecida por el servicio público audiovisual autonómico, sin que pueda entenderse, por lo demás, que los deberes impuestos a la Generalitat excluyan los que el artículo 5.2 de Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor exige a los padres y tutores.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 56.1.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, corresponde a la Generalitat, en el marco de las normas básicas del Estado, el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen de radiodifusión y televisión y del resto de medios de comunicación en la Comunitat Valenciana. La Generalitat podrá regular, crear y mantener televisión, radio y demás medios de comunicación social, de carácter público, para el cumplimiento de sus fines.

**CUARTO.** [...] cuestionan también la inconstitucionalidad del artículo 36.3 de la Ley 26/2018 según el cual «Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a recibir información sobre su estado de salud, diagnóstico y tratamiento. Para ello, se debe utilizar un lenguaje comprensible y accesible a su capacidad de entendimiento y su situación emocional».

De acuerdo con el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: «Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley».

Entienden los comparecientes que la norma básica estatal es más garantista al referirse a toda la información disponible sobre cada actuación posible en el ámbito de su salud mientras que la ley autonómica solo obliga al facultativo a informar sobre el diagnóstico y el tratamiento y no obliga a informar de las actuaciones que posibilitan la elección del paciente, de sus riesgos y de sus consecuencias.

No puede compartir esta institución tal apreciación porque la circunstancia de que una norma no recoja literalmente lo dispuesto en otra no quiere decir que la contradiga ni vulnere, tal y como se desarrolla más extensamente en el fundamento jurídico octavo de la presente resolución, y porque es fácil y posible una interpretación conjunta integradora de ambas leyes, la autonómica y la básica estatal.

**QUINTO.** Se cuestiona asimismo la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 26/2018 de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Las consellerías competentes en materia de educación y salud pública, de manera conjunta y coordinada, proporcionarán a las personas menores de edad una educación afectivo-sexual que les permita desarrollar las habilidades y actitudes necesarias para tomar decisiones informadas en este ámbito, reconociendo el derecho a la sexualidad. Las acciones educativas se desarrollarán preferentemente en el ámbito escolar y adoptarán una perspectiva inclusiva y de género, reconociendo la diversidad afectivo sexual, y atendiendo especialmente a personas con diversidad funcional o discapacidad y a otros colectivos que requieran una actuación educativa compensatoria».

El cuestionamiento del precepto se centra fundamentalmente en la posible vulneración del artículo 27 CE y en particular respecto del derecho que asiste a los padres, que debe ser garantizado por los poderes públicos, para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (27.3 CE).

Es notorio, y así lo ha expresado esta institución dando respuesta a otras solicitudes anteriores de interposición de recursos de inconstitucionalidad materialmente próximas a la presente, que las cuestiones 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, las entidades solicitantes de recurso expresan su desacuerdo con las indicaciones que da el legislador en el precepto cuestionado a las consellerías competentes en materia de educación y salud pública respecto de la educación afectivo sexual de los menores y del contenido de las acciones educativas que al respecto se promuevan.

Esta institución ha venido insistiendo, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, en que 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. art. 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. art. 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. art. 2.1.b), 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 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (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 según el cual «A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza, conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas». El caso trataba, como es sabido, del desacuerdo de padres de alumnos con las iniciativas del Gobierno danés de impartir contenidos de educación sexual a los alumnos y sobre el derecho de los padres a que se les educase de acuerdo con sus convicciones.

Al respecto en el párrafo 53 de la sentencia citada se dice, tras afirmar que «la definición y la elaboración del programa de estudios son, en principio, competencia de los Estados contratantes», que «la segunda frase del artículo 2 del Protocolo no impide a los Estados difundir, mediante la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, carácter religioso o filosófico», afirmando a continuación que la previsión reseñada «no autoriza, ni siquiera a los padres, a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar, sin lo cual cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de mostrarse impracticable».

A juicio del Tribunal esta interpretación se concilia a la vez con la primera frase del artículo 2 del Protocolo, con los artículos 8 a 10 del Convenio (derecho al respeto de la vida privada y familiar; libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; y libertad de expresión, respectivamente) y con el espíritu general de este, destinado a proteger y promover los valores de una sociedad democrática.

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.

Desde esta perspectiva resulta a juicio de esta institución constitucionalmente lícito el objeto de la norma que no es otro que proporcionar «a las personas menores de edad las habilidades y actitudes necesarias que les permitan tomar decisiones informadas» en el ámbito afectivo sexual. Y también lo es el reconocimiento del derecho a la sexualidad desde el momento en que el sexo, o lo que es lo mismo, la condición sexual, forma parte de la personalidad humana, cuyo libre desarrollo es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (artículo 10.1 CE) y es parámetro fundamental de contraste para la efectividad del principio de igualdad (artículo 14 CE).

Tampoco parece cuestionable la previsión normativa respecto a la preferencia de las acciones educativas en el ámbito escolar, que es el natural para este tipo de acciones y menos aún que la perspectiva de las mismas sea inclusiva y de género, ya que la inclusividad es uno de los principios básicos y estructurales de nuestro sistema educativo y la perspectiva de género está incorporada a la legislación internacional, europea y nacional en materia de igualdad desde la Plataforma de Acción de Beijing de 1995.

Por su parte, si la educación sirve como ya se ha dicho a la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros, resulta necesario reconocer la diversidad afectivo-sexual, que es patente en la sociedad contemporánea. Y nada puede objetarse a que se atienda especialmente a las personas con diversidad funcional o discapacidad y a otros colectivos que requieran una actuación educativa compensatoria, tal y como dispone la norma aquí examinada.

**SEXTO.** [...] estiman, en el motivo VII de su solicitud, que el artículo 41 de la Ley 26/2018 según el cual «La Generalitat garantizará a las personas menores de edad el derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los plazos y con los requisitos establecidos en la legislación sobre la materia» es inconstitucional porque la interrupción del embarazo no es un derecho sino una prestación sanitaria para una casuística legal cuyas condiciones son de carácter orgánico al amparo del artículo 81 CE, al estar determinadas en el capítulo I del Título II de la Ley Orgánica 2/2010, 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y carecer la Comunitat Valenciana de competencia para calificar el aborto como tal.

En primer lugar, debe precisarse que, de acuerdo con la disposición final tercera de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, los preceptos contenidos en el Título Preliminar, el Título I, el Capítulo II del Título II, las disposiciones adicionales y las disposiciones finales segunda, cuarta, quinta y sexta no tienen carácter orgánico. Por tanto, las garantías de acceso a la prestación sanitaria, sitas en el capítulo II de Título II de la Ley 2/2010, no tienen tal carácter. De ahí que el artículo 41 de la Ley 26/2018, relativo a la garantía de acceso a la prestación sanitaria respecto a las menores de edad por el servicio público de salud de la Comunitat Valenciana, no haya entrado a regular una materia reservada a ley orgánica ni haya en consecuencia infringido el artículo 81 CE.

En segundo lugar, hay que señalar que no se aprecia la contradicción alegada entre la norma autonómica y la estatal ya que la propia Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en su artículo 18, dentro del Capítulo II del Título II, referido a la «Garantía del acceso a la prestación», utiliza exactamente los mismos términos que el artículo 41 de la Ley 26/2018 «derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo». Dice así: «Los servicios públicos de salud, en el ámbito de sus respectivas competencias, aplicarán las medidas precisas para garantizar el derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos y con los requisitos establecidos en esta Ley. Esta prestación estará incluida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud». No estamos pues ante un derecho a la interrupción voluntaria del embarazo sino ante un derecho a una prestación sanitaria en los términos establecidos en la ley de ámbito estatal.

A lo anterior se añade que el artículo 3.4 de la Ley 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, exige a los poderes públicos, de conformidad con sus respectivas competencias, llevar a cabo las prestaciones y demás obligaciones que establece la Ley en garantía de la salud sexual y reproductiva.

Finalmente, el precepto cuestionado deja claro que se garantiza a los menores la interrupción voluntaria del embarazo «en los plazos y con los requisitos establecidos en la legislación sobre la materia» por lo que la sujeción a lo fijado por la ley orgánica estatal no admite duda alguna.

Por todo lo expuesto, la norma legislativa de la Comunitat Valenciana no ha regulado materia reservada a ley orgánica ni implica modificación o derogación de la Ley Orgánica 2/2010. Debe considerarse, al contrario, que el artículo 41 de la Ley valenciana 26/2018 está dando cumplimiento a los artículos 3.4 y 18 de la Ley Orgánica 2/2010 sin que se aprecie la inconstitucionalidad alegada por los solicitantes.

**SÉPTIMO.** En el motivo VIII consideran los comparecientes inconstitucional la disposición final 1ª de la Ley 26/2018, que modifica el artículo 55 de la Ley 14/2008, de asociaciones de la Comunitat Valenciana, relativo a las «asociaciones infantiles y juveniles», por vulneración de normativa con rango de ley orgánica (Ley Orgánica del Derecho de Asociación, artículo 3.b y disposición final 1ª y Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, artículo 7.2 y disposición final 3ª). Ponen de manifiesto la diferente manera de regular diversas cuestiones en la legislación autonómica, por un lado, y en la orgánica estatal por otro, poniendo de relieve la falta de competencia, a su criterio, de la Comunitat Valenciana.

Debe rechazarse de plano esta argumentación, pues el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, en el artículo 49.1.23ª, establece la competencia exclusiva de la Generalitat sobre «fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico y benéfico asistencial, de voluntariado social y semejantes, cuyo ámbito principal de actuación sea la Comunitat Valenciana».

En el año 2008, la Comunitat Valenciana dictó la Ley 14/2008, de 18 de noviembre, de asociaciones de la Comunitat Valenciana, cuyo artículo 55 ahora se modifica, y que se denomina «Asociaciones infantiles y juveniles», definidas como aquellas cuya finalidad sea la promoción, inclusión, participación activa, ocio educativo o defensa de los derechos de la infancia, la adolescencia o la juventud. Puede por tanto la Comunitat Valenciana, en el territorio de la misma, regular estas asociaciones —de ámbito territorial no superior a la comunidad autónoma— de manera distinta a como lo hace el artículo 3.b de la Ley Orgánica del Derecho de Asociación (en conexión con el 7.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor) para las asociaciones de ámbito supraautonómico.

Ha de notarse que el artículo 3.b de la Ley Orgánica del Derecho de Asociación (invocado por los solicitantes) no es uno de los artículos que resulta de aplicación en

todo el Estado, que son los enumerados en la disposición final primera, apartado 2, de esta Ley Orgánica: «Los artículos 2.6; 3 g); 4.1, y 4; 5; 6; 7; 8; 9; 10.2, 3 y 4; 11; 13.2; 15; 17; 18.4; 22; 25.2; 26; 27; 28; 30.1, 2 y 5; la disposición adicional cuarta y la disposición transitoria primera son de directa aplicación en todo el Estado, al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1.ª CE».

No parece necesario extenderse más en este debate competencial, resuelto a favor de la competencia de la Comunitat Valenciana para regular de manera diferente al Estado algunos aspectos de las asociaciones infantiles y juveniles de su territorio. En todo caso, ha de reiterarse lo indicado en otro momento de esta resolución: No es lo más relevante para el Defensor del Pueblo verificar si la Comunitat Valenciana se ha extralimitado o no en sus competencias, sino más bien si ha legislado en contra del interés superior del menor. Y nada hay en la nueva redacción del artículo 55 de la ley valenciana de asociaciones que afecte en modo alguno al mencionado interés.

**OCTAVO.** En este fundamento jurídico se analizan los motivos de impugnación del punto IX referidos a la disposición final tercera de la Ley valenciana 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, que ha dado nueva redacción al artículo 43 de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana.

Los solicitantes de la interposición del recurso consideran que ese precepto incurre en extralimitación competencial porque regula materias de competencia estatal conforme a los apartados 1 y 16 del artículo 149.1 CE. Consideran que vulnera los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La cuestión competencial suscitada se sitúa en el ámbito de lo que la doctrina del Tribunal Constitucional ha denominado como inconstitucionalidad mediata o indirecta, toda vez que, según el parecer de los solicitantes de la interposición del recurso, los términos de la disposición final tercera de la Ley 26/2018, son inconstitucionales y nulos por contravenir la normativa estatal de carácter básico.

Es doctrina constante del Tribunal Constitucional que «[p]ara constatar la existencia de una inconstitucionalidad mediata o indirecta es necesario que concurren dos condiciones; por un lado, que la norma estatal infringida por la ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; y, por otro, que la contradicción entre ambas normas, estatal y

autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa» (STC 54/2018, de 24 de mayo, FJ 6, y las allí citadas).

En consecuencia, es preciso determinar si la normativa estatal que se cita como básica por los recurrentes tiene formal y materialmente este carácter de básico.

A este respecto, no cabe duda de que los artículos aludidos de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, tienen carácter básico en sentido formal pues se aprueban mediante una ley, que les atribuye tal carácter. El conjunto de la Ley 41/2002 tiene tal carácter formal, ya que su disposición adicional primera así lo determina: «Esta Ley tiene la condición de básica, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1.<sup>a</sup> y 16.<sup>a</sup> CE. El Estado y las comunidades autónomas adoptarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para la efectividad de esta Ley».

Asimismo la ley es básica en sentido material pues su contenido está destinado a regular el régimen general de la autonomía del paciente, de los derechos y obligaciones en materia de información y, en concreto, el consentimiento informado, estableciendo los criterios comunes a todo el sistema sanitario, aspectos todos ellos, ciertamente, esenciales y nucleares de la regulación relativa a sanidad, respecto a la que el Estado dispone de competencia exclusiva para las bases y la coordinación general (artículo 149.1.16 CE) y a las comunidades autónomas, de acuerdo con sus estatutos, les corresponde el desarrollo legislativo y su ejecución.

En lo que atañe a la materia de sanidad, lo básico debe responder a los principios normativos generales que informan u ordenan esta materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Estos principios, concretados en la exigencia de que exista un sistema normativo sanitario nacional «con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las comunidades autónomas en virtud de sus respectivas competencias (por todas, SSTC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7; 173/1998, de 23 de julio, FJ 9; 188/2001, de 29 de septiembre, FJ 12; 37/2002, de 14 de febrero, FJ 12, y 152/2003, de 17 de julio, FJ 3)» deben tender al establecimiento «de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos» (STC 22/2012 FJ 3).

Aceptado el carácter básico formal y material del precepto normativo estatal procede analizar los preceptos legales autonómicos que los alegantes consideran inconstitucionales.

La disposición final tercera de la Ley valenciana 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, ha dado nueva redacción al artículo 43 de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana, sobre el «derecho al consentimiento informado».

En primer lugar, según los solicitantes de la interposición del recurso, el artículo 43.3 de la Ley valenciana 10/2014, en su nueva redacción, elimina parte de los casos en que el consentimiento debe prestarse por escrito de acuerdo con el artículo 8.2 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Afirman que no figura que el consentimiento escrito será necesario en: (1) procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, (2) en general, en aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

El tenor literal del artículo 43.2 de la Ley 10/2014 ofrece una lectura opuesta a la afirmación de los solicitantes, ya que precede al 43.3 cuestionado y se ciñe al artículo 8.2 de la Ley 41/2002, recogiendo los mismos supuestos y literalmente en los mismos términos que la normativa básica: «El consentimiento será verbal, por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, ante la aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente».

La razón por la que el artículo 43.3 de la Ley 10/2014 estipula que el consentimiento deberá recabarse por el profesional sanitario responsable de la intervención quirúrgica, diagnóstica o terapéutica, sin hacer referencia específica a los procedimientos invasores ni a los procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, radica en que en este apartado el legislador autonómico se refiere a todos los consentimientos (verbales y escritos) y a todas las intervenciones y procedimientos quirúrgicos, diagnósticos y terapéuticos. La distinción entre procedimientos invasores o no invasores y entre procedimientos que suponen o no riesgos o inconvenientes notorios y negativos tiene sentido para el consentimiento informado escrito, tal y como recoge el artículo 43.2, pero no para el consentimiento general, al que se refiere el artículo 43.3, que hay que recabar en todos los casos aunque por regla general de manera verbal. No hay pues contradicción alguna con la Ley de ámbito estatal 41/2002 en este punto.

Por otra parte y en segundo lugar, los solicitantes estiman que el artículo 43.3 vulnera el artículo 8.3 de la Ley 41/2002, el cual exige no solo que el consentimiento escrito del paciente sea necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el

artículo 8.2 sino también que el paciente tenga «información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos».

Los solicitantes estiman que con la nueva redacción de la normativa autonómica cabe un consentimiento escrito para un procedimiento diagnóstico y terapéutico invasor (citan como ejemplo el bloqueo hormonal o la hormonación cruzada de menores), en el que se impida al paciente tener información sobre el procedimiento de aplicación y sus riesgos.

No puede sin embargo compartirse tal apreciación. El hecho de que el artículo 43.3 de la Ley valenciana 10/2014, reformado por la disposición adicional tercera de la Ley 26/2018, no recoja literalmente las previsiones del artículo 8.3 de la Ley 41/2002 no quiere decir que lo contradiga ni vulnere, menos aun cuando el apartado 1 del mismo artículo 43 de la Ley valenciana estipula con claridad y rotundidad que «toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario de la persona afectada tras haber recibido la información asistencial, con la suficiente antelación y en formato accesible y comprensible, y haber valorado las opciones propias del caso». Hay que recordar además que el artículo 4.1 de la Ley 41/2002 considera la información asistencial como toda la información disponible sobre cualquier actuación en el ámbito de la salud del paciente y que esta comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. La información asistencial incluye pues la información sobre el procedimiento de aplicación y sus riesgos.

El apartado 9 del artículo 43 de la Ley valenciana 10/2014 abunda en esta cuestión al disponer que «la información previa al consentimiento se facilitará con la antelación suficiente y, en todo caso, al menos veinticuatro horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes. En ningún caso se dará información al paciente cuando esté adormecido ni con sus facultades mentales alteradas, ni tampoco cuando se encuentre ya dentro del quirófano o la sala donde se practicará el acto médico o el diagnóstico».

A continuación y en tercer lugar, los solicitantes del recurso aluden a la ausencia de una serie de previsiones en los artículos 41 y 43 de la Ley valenciana 10/2014 que sí estarían en cambio recogidas en los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2002, lo que consideran inconstitucional. Debe señalarse, al respecto, que la legislación básica se aplica sin necesidad de interpretación alguna en los aspectos en los que la norma autonómica no regule nada de forma específica, sin que concurran en estos supuestos colisión alguna que pueda plantear una duda de constitucionalidad. El hecho de que la ley autonómica no regule una determinada cuestión que sí está prevista en la legislación básica no

quiere decir que la contradiga sino simplemente que el legislador autonómico ha resuelto no regular ese aspecto.

Así sucede con la falta de previsión normativa a lo largo del artículo 43 la Ley valenciana 10/2014 respecto al contenido del artículo 8.4 de la Ley 41/2002 («Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud») el cual será de aplicación en la Comunitat Valenciana cuando concurren los supuestos que contempla.

De la misma manera, también es de plena aplicación en esa comunidad autónoma el artículo 9.2 de la Ley 41/2002, relativo a los dos supuestos en los que los facultativos pueden llevar a cabo intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente sin contar con su consentimiento (riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley y riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo no siendo posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él).

También es de aplicación el artículo 9.5 in fine de la Ley 41/2002 en las interrupciones de embarazos en la Comunitat Valenciana de menores de edad, como en el resto del Estado, y con independencia de que el artículo 41 de la Ley valenciana 26/2018 no se pronuncie al respecto. De hecho, el artículo 43.7 de Ley 10/2014, en los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, estipula que se actuará según lo establecido en la normativa específica que sea de aplicación y en la legislación civil. La normativa específica de aplicación es precisamente el artículo 9.5 in fine de la Ley 41/2002, por lo que será necesario el consentimiento expreso de los representante legales junto con la manifestación de voluntad de la menor que decide interrumpir su embarazo. No se aprecia tampoco aquí contradicción alguna entre la ley autonómica y la ley básica estatal.

En cuanto a que el artículo 43.7 de la Ley valenciana 10/2014 no recoge la mayoría de edad para la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida que exige el artículo 9.5 de la Ley 41/2002, los argumentos son similares: no hay contradicción entre el tenor literal de ambos preceptos y además el 43.7 de la Ley valenciana, al remitir a la normativa específica que le sea de aplicación lleva de forma directa al artículo 9.5 de la Ley 41/2002, según el cual estas prácticas han de regirse «por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las

disposiciones especiales de aplicación». En ninguno de estos casos se aprecia inconstitucionalidad indirecta alguna por las razones ya expuestas.

En cuarto lugar, a criterio de los solicitantes de la interposición del recurso, el artículo 43.4 de la Ley valenciana solo obliga a informar y tener en cuenta la decisión de los padres mientras que el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 determina que el consentimiento lo han de prestar los representantes legales.

El artículo 43.4 in fine de la Ley 10/2014 dispone que «Cuando se trate de personas menores de edad emancipadas o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres y madres y sus representantes legales serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente».

Por su parte, el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 establece que «Cuando se trate de personas menores de edad emancipadas o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tomada en cuenta la opinión del mismo».

En este caso podría apreciarse colisión porque una cosa es informar y tener en cuenta la decisión de los padres sin que estos decidan y otra determinar que el consentimiento lo prestan los representantes legales una vez han escuchado al menor. No obstante, lo relevante constitucionalmente es que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa, algo que no concurre ya que cabe la interpretación conforme de la normativa autonómica con la legislación básica. En ese sentido hay que tener en cuenta que el apartado 4 del artículo 43, relativo al consentimiento informado por representación, donde se incluye la cláusula que analizamos, está encabezado por una remisión clara y rotunda a la legislación básica que condiciona el resto de supuestos que regula a continuación, los cuales ha de sujetarse a los supuestos y condiciones de la norma de ámbito estatal: «El consentimiento se otorgará por representación o sustitución en los supuestos y condiciones previstos en la legislación básica estatal y podrá ser retirado en cualquier momento en interés de la persona afectada».

Por tanto, cuando se trate de personas menores de edad emancipadas o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, si según el criterio del facultativo, ante una actuación que entrañe grave riesgo,

debe de acudir a un refuerzo de la voluntad del menor emancipado o con dieciséis años cumplidos, habrá de interpretarse que la información ofrecida a los representantes legales y los padres y madres (siempre que ellos sean los representantes legales) y la opinión recabada, a las que hace referencia el artículo 43.3 de la Ley 10/2014, tienen un plus añadido de vinculación y constituyen el consentimiento informado por representación que exige el artículo 9.4 de la Ley estatal básica 41/2002, correspondiéndoles la decisión en estos supuestos.

Ha de recordarse que, según una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la validez de una Ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución, de manera que será preciso explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, ya que si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución, entonces resultaría procedente un pronunciamiento interpretativo de acuerdo con las exigencias del principio de conservación de la Ley (STC 108/1986, SSTC 76/1996, FJ 5; 233/1999, FJ 18, entre otras).

En quinto y último lugar, los solicitantes estiman que el apartado 8 del artículo 43 de la Ley valenciana 10/2014 determina excepciones a la exigencia del consentimiento informado inexistentes en la normativa estatal con lo que vulnera el artículo 9.6 de la Ley 41/2002.

El artículo 9.6 de la Ley 41/2002 estipula que «En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del ministerio fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 43.8 de la Ley valenciana 10/2014, «Constituyen excepciones a la exigencia de consentimiento informado las previstas en la legislación básica estatal, así como aquellas situaciones en que no fuera posible el consentimiento por representación o sustitución por no existir representante legal o personas vinculadas al paciente o bien porque estos se negasen injustificadamente a prestarlo, de forma que ocasionen un riesgo grave para la salud del paciente y siempre

que se deje constancia de ello por escrito. Una vez superadas dichas circunstancias se procederá a informar al paciente».

En el primer supuesto de excepción a la exigencia de consentimiento informado, definido en el artículo 43.8 de la Ley valenciana 10/2014, las «situaciones en que no fuera posible el consentimiento por representación o sustitución por no existir representante legal o personas vinculadas al paciente» el conflicto entre la ley autonómica y la ley básica estatal es solo aparente, no hay en realidad una colisión entre ambas leyes ya que el supuesto regulado por la ley autonómica no lo está en la norma estatal. No se olvide que lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en todo el Estado, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada comunidad autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia. El Tribunal Constitucional ha dejado claro en su jurisprudencia, ya desde la SSTC 32/1981 y 5/1982 que la normativa autonómica dictada al amparo de las competencias de desarrollo legislativo y ejecución no necesita esperar a que el Estado dicte la legislación básica.

En el segundo supuesto previsto en el artículo 43.8 de la Ley valenciana 10/2014, ha de precisarse que la presunta colisión entre la ley autonómica y la ley básica ha de enmarcarse, dado el tenor literal del precepto, en el ámbito de consentimiento por representación, no en el de la excepción a la exigencia del consentimiento informado, toda vez que el supuesto que previene es aquel en el que el facultativo ha solicitado el consentimiento al representante legal pero este no lo ha dado, de forma injustificada y ocasionando un riesgo grave para la salud del paciente.

Delimitado el presupuesto normativo en el ámbito del consentimiento por representación, y como quiera que la norma autonómica no hace referencia a que la decisión haya de adoptarla el facultativo, no existe colisión entre la ley autonómica y la básica en tanto puede y debe interpretarse de manera armonizadora el precepto autonómico conforme a la normativa básica. De esta forma, ha de interpretarse que la no prestación del consentimiento por el representante legal, a criterio del facultativo de forma injustificada y con riesgo grave para la salud del paciente, prevista en el 43.8 de la Ley 10/2014, se corresponde con la decisión contraria al mayor beneficio para la vida o salud del paciente que recoge el artículo 9.6 de la Ley 41/2002 como presupuesto para su comunicación a la autoridad judicial que será quien adopte la decisión. En suma, el

facultativo habrá de poner tales casos en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del ministerio fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo en situaciones de urgencia. Interpretado así el segundo supuesto del artículo 48.3 de la Ley 10/2014 es compatible con la normativa básica y el orden constitucional de competencias.

### **RESOLUCIÓN**

Por todo cuanto antecede, el defensor del pueblo (e.f.), oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, acuerda NO INTERPONER el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra los artículos 3.9, 19, 30.1, 36.3, 38 y 41, así como las disposiciones finales 1ª y 3ª de la Ley valenciana 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia.

***Ley 27/2018, de 27 de diciembre de 2018, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat Valenciana***

Se recibieron peticiones solicitando al Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de la Generalitat Valenciana 27/2018, de 27 de diciembre, al entender que vulneraba los artículos 45 de la Constitución española.

**ANTECEDENTES**

Las peticiones se dirigían contra el artículo 69 de la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión financiera y de organización (*Diario Oficial de la Generalitat Valenciana* número 8453, de 28 de diciembre de 2018) que modifica determinados artículos de la Ley 13/2004, de 27 de diciembre, de caza de la Comunidad Valenciana. En concreto, el artículo citado modifica los artículos 12.1, letras a y d, el apartado 2 del artículo 32, el apartado 2 del artículo 33, el artículo 48, el apartado 3 del artículo 52 y la disposición adicional segunda de la Ley 13/2004.

El artículo 12.1.d establece la prohibición de la caza de especies de caza menor en aguaderos o cebaderos artificiales, salvo en los acotados de aves acuáticas y las especies migratorias, siempre que se les dispare en vuelo. A los efectos de la presente ley, tienen la consideración de cebadero los comederos y las porciones de terreno en las que se deposita alimento en abundancia o de manera reiterativa con la finalidad de atraer las piezas de caza.

La modificación respecto del régimen anterior consiste en que se permite la caza de especies migratorias, siempre que se les dispare en vuelo. Además, se elimina la extensión de cincuenta metros desde los aguaderos o cebaderos que existía en la redacción original.

El artículo 33 en su apartado 2 establece que en las zonas comunes de caza podrán practicarse las modalidades que reglamentariamente se determinen y conforme a los períodos habilitados y otras normas que se establezcan en las directrices de

ordenación cinegética de la Comunidad Valenciana y órdenes de vedas para asegurar el ordenado aprovechamiento del recurso.

La modificación respecto del régimen anterior consiste en que se ha eliminado la frase «En estas zonas podrá habilitarse un único período de caza con armas no superior a 8 semanas».

Por último, el artículo 48 regula las órdenes de vedas. La modificación en este caso consiste en la supresión del término «anual» del apartado 1 del artículo.

Considera la interesada que estos artículos implican una violación del derecho a disfrutar del derecho a un medio ambiente adecuado que consagra el artículo 45 de la Constitución, así como del deber de los poderes públicos de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales que establece el mismo artículo. Las razones se exponen a continuación.

Así, respecto de las modificaciones introducidas en el artículo 12, considera la interesada que el permitir la práctica de la caza de especies migratorias implica una violación de lo dispuesto en la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres, que en su artículo 7.4 establece la obligación de los Estados miembros de velar por que las especies migratorias a las que se aplica la legislación de caza no sean cazadas durante su período de reproducción ni durante su trayecto de regreso hacia su lugar de nidificación.

Respecto a la eliminación de la distancia de cincuenta metros, considera la interesada que se vulnera lo dispuesto en el Decreto 506/1971, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley de caza de 4 de abril de 1970, aplicable en la Comunidad Valenciana de forma supletoria. Este decreto establece en su artículo 33 la prohibición de tirar a las palomas en sus bebederos habituales o a menos de 1.000 metros de una palomar cuya localización esté debidamente señalizada.

En cuanto a la modificación del artículo 33, según la interesada la supresión del límite existente hasta este momento (un único período de caza no superior a ocho semanas de duración) implica a *sensu contrario* la posibilidad de establecer más de un período de caza, sin limitaciones temporales. Considera que ello implica de forma automática autorizar la denominada «media veda», práctica cinegética según la cual se permite cazar entre el 15 de agosto y el 15 de septiembre. Una práctica, por otra parte, no exenta de polémica y que ha sido denunciada por las organizaciones ecologistas por afectar a las especies de paloma torcaz, tórtola y codorniz.

Por su parte, el interesado considera que al no existir un registro de zonas comunes de caza en la Comunidad Valenciana, cualquier terreno que no tenga la condición de coto de caza, reserva de caza, zona de caza controlada, zona de seguridad o refugio de fauna es zona común de caza. Y como consecuencia de ello la probabilidad de que se ejerza la actividad de la caza y se produzcan accidentes es mucho mayor, así como de que se pongan en riesgo las personas y los bienes. Considera el interesado que esto implica una violación de la libertad de circulación consagrada en el artículo 19 de la Constitución.

Por último, respecto a la modificación del artículo 48, considera la interesada que la eliminación del carácter anual de las órdenes de vedas posibilita la aprobación de una orden con carácter indefinido, desvirtuando así su carácter y naturaleza y, en definitiva, vulnerando lo establecido en la normativa, en particular en el artículo 65 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

Una vez expuesto lo anterior, procede realizar un análisis sobre el asunto, atendiendo a las alegaciones de la interesada y a la doctrina y la jurisprudencia constitucionales.

Así, es preciso comenzar por poner de manifiesto el hecho de que la Comunidad Valenciana tiene atribuida la competencia exclusiva en materia de caza, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 148.1.11 de la Constitución y el artículo 49.1.17 del Estatuto de Autonomía aprobado por Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio. Por lo que puede regular esta práctica como considere conveniente, siempre y cuando no se vulnere el texto constitucional. Ello implica, y es importante resaltarlo, que no está vinculada por lo que puedan disponer los preceptos de la Ley 1/1970, de 4 de abril, ni su reglamento de ejecución, aprobado por el Decreto 506/1971, de 25 de marzo de Caza.

Entrando en el análisis de los preceptos impugnados, la interesada considera que la modificación realizada en el artículo 12 respecto de las aves migratorias vulnera la Directiva 2009/147/CE, conocida como la Directiva de Aves. En concreto, el artículo 7.4 de esta norma. Sin embargo, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 65.3.b de la Ley 42/2007 (citada), que prohíbe con carácter general el ejercicio de la caza de aves durante la época de celo, reproducción y crianza y la caza durante el trayecto de regreso hacia los lugares de cría en el caso de especies migratorias, en consonancia con lo dispuesto en la Directiva. Artículo que tiene carácter básico.

Lo anterior implica que el artículo 12 de la ley valenciana ha de interpretarse en este marco, que no prohíbe de forma total y absoluta la práctica de la caza de especies migratorias, sino que establece una limitación para la misma.

Llegados a este punto, hay que traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de interpretación de las normas conforme a la Constitución. En este sentido procede traer a colación el contenido del fundamento jurídico 7 de la sentencia del Tribunal Constitucional 62/2017, de 25 de mayo, que establece lo siguiente:

«... como afirmamos en la STC 14/2015, de 5 de febrero, FJ 5, tratándose del legislador democrático, la presunción de constitucionalidad ocupa un lugar destacado en dicho juicio, por lo que “es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan solo la derogación de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación (SSTC 14/2015, de 5 de febrero, FJ 5, y 17/2016, de 4 de febrero, FJ 4)”, de modo que “siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera con arreglo a un criterio hermenéutico reiteradas veces aplicado por este Tribunal (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 7)”. La segunda es que “la salvaguarda del principio de conservación de la norma encuentra su límite en las interpretaciones respetuosas tanto de la literalidad como del contenido de la norma cuestionada, de manera que la interpretación de conformidad con los mandatos constitucionales sea efectivamente deducible, de modo natural y no forzado, de la disposición impugnada (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 7), sin que corresponda a este Tribunal la reconstrucción de la norma en contra de su sentido evidente con la finalidad de encontrar un sentido constitucional, asumiendo una función de legislador positivo que en ningún caso le corresponde (STC 14/2015, de 5 de febrero, FJ 5)” (STC 20/2017, de 2 de febrero, FJ 9)».

De estas manifestaciones del Tribunal, cabe inferir una interpretación constitucional de la norma, cual es la de que la caza de especies migratorias está permitida, siempre que se respete el límite que marca la normativa básica del Estado. Con ello se ejerce una presunción de constitucionalidad de la norma que permite su conservación.

En cuanto a la eliminación de la distancia de cincuenta metros, ya se ha mencionado la no vinculación de la normativa valenciana a lo dispuesto en la regulación anterior a la Constitución.

Respecto de la modificación del artículo 33, tampoco la eliminación de la limitación existente implica, como defienden las interesadas, que se permita la denominada «media veda». Habrá que estarse a lo que dispongan las directrices de ordenación cinegética de la Comunidad Valenciana y las correspondientes órdenes de vedas, sin que la modificación implique una vulneración del texto constitucional.

En cuanto a las alegaciones respecto del registro de zonas comunes de caza, hay que decir que la variación que se ha producido respecto de la situación anterior no afecta a la cuestión planteada, que ya se daba en la anterior redacción de la ley. Por lo que no cabe entrar en su valoración.

Por último, y respecto de la eliminación del carácter anual de las órdenes de vedas, tampoco cabe entender que el hecho de que la ley no establezca la obligatoriedad de su carácter anual implique una vulneración del texto constitucional. Al igual que sucede en el caso de la modificación del artículo 12 de la ley, también en este supuesto la Ley de Patrimonio Natural y Biodiversidad contiene las garantías correspondientes para evitar una actuación arbitraria de la Administración. Así, el artículo 65 de la ley citada establece en su apartado 2 que en todo caso, el ejercicio de la caza y la pesca continental se regulará de modo que queden garantizados la conservación y el fomento de las especies autorizadas para este ejercicio, a cuyos efectos las comunidades autónomas determinarán los terrenos y las aguas donde puedan realizarse tales actividades, así como las fechas hábiles para cada especie.

Por lo que tampoco en este supuesto se aprecia un vicio de inconstitucionalidad.

En conclusión, no se aprecia en las modificaciones llevadas a cabo violación alguna del texto constitucional, siendo necesario, en su caso, estar a la aplicación de los preceptos legales para poder pronunciarse sobre su adecuación o no al ordenamiento jurídico vigente.

## **FUNDAMENTOS**

**ÚNICO.** La solicitud de interposición del recurso de inconstitucionalidad considera que el artículo 69 de la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat Valenciana, en cuanto modifica los artículos 12, 33 y 48 de la Ley 13/2004, de 27 de diciembre, de caza de la Comunidad Valenciana, incurre en vicio de inconstitucionalidad, por los motivos que se han descrito más arriba.

Sin embargo, como ya se ha demostrado, de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución, cabe entender que las modificaciones no vulneran lo dispuesto en la normativa básica del Estado en esta materia (esencialmente la Ley 42/2007); sin que pueda decirse que la ley incurre en inconstitucionalidad por rebajar la protección básica en esta materia.

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

## **RESOLUCIÓN**

En virtud de cuanto antecede, y oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión de 21 de marzo de 2019, el Defensor del Pueblo, de acuerdo con la legitimación que le confieren los artículos 162.1.a) de la Constitución, el 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y el 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que regula esta institución, ha resuelto NO INTERPONER recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat Valenciana.

### ***Ley 1/2019, de 21 de enero, de memoria histórica y democrática de Extremadura***

Se solicitó la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 1/2019, de 21 de enero, al entender que vulneraba los artículos 14, 16, 20 y 27 de la Constitución española.

#### **ANTECEDENTES**

La solicitud de recurso, que afecta a diversos preceptos de la ley, se fundamenta respecto de varios de ellos en la posible existencia de discriminación por motivos ideológicos y religiosos y contraria por tanto a los artículos 14 y 16 de la Constitución y, respecto de otros, en el desconocimiento del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos en los términos del artículo 27.3 de la Constitución, así como en la posible violación de la autonomía universitaria y la libertad de cátedra y la libertad de pensamiento (arts. 27.10, 20.1.a y c CE).

#### **FUNDAMENTOS**

**PRIMERO.** Las alegaciones formuladas por la solicitante de recurso se limitan únicamente a la lectura parcial e interpretación subjetiva de determinados preceptos de la norma cuestionada, sin aportar en ningún caso fundamentos jurisprudenciales en apoyo de las mismas ni establecer la ligazón precisa entre tales preceptos y la vulneración constitucional que se atribuye a cada uno de ellos. Ello al margen de que buena parte de la exigua argumentación se dirige a cuestionar la norma no por lo que dice sino por la ausencia en ella de previsiones destinadas a la reparación o reconocimiento de víctimas cuando lo hubieran sido no por su significación política o por motivos ajenos a la represión franquista y a la defensa de derechos y libertades.

Respecto de esto último, cabe recordar que el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 24/82 viene afirmando de manera reiterada 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 de

todo punto evidente que aquí no nos hallamos ante una ley de desarrollo constitucional y por lo tanto el contenido de la misma no está condicionado ni predeterminado por la norma suprema.

De ello se desprende que las alegaciones relativas al supuesto carácter excluyente de diversos preceptos de la ley no son atendibles, a juicio de esta institución, en la medida en que el legislador, en el marco de su libertad de opción política, puede concretar en la norma su objeto y definir los destinatarios de la misma.

Al respecto cabe reseñar, además, que los preceptos cuestionados no responden uniformemente a un único objeto, puesto que la ley en su artículo primero proclama que la misma sirve a varios diferentes. Así, en el punto uno del artículo primero se declara como objeto de la ley «recuperar la memoria histórica en relación con las personas extremeñas que padecieron persecución o violencia por razones políticas, ideológicas, de creencia religiosa, de género o identidad y de orientación sexual durante la Guerra Civil y la Dictadura»; y en el segundo se señala como objeto «la regulación de las políticas públicas para la recuperación de la memoria histórica de Extremadura en el período que abarca la Segunda República, la Guerra Civil, la Dictadura franquista y la transición a la democracia, hasta la promulgación de la Constitución española de 1978»; y también en el punto tercero se señala como objeto de la ley «facilitar el conocimiento y estudio de la represión franquista en sus variadas formas acaecida en Extremadura y reconocer el derecho de la ciudadanía extremeña a la verdad, la justicia y la reparación»; y, finalmente, es también objeto declarado de la ley «establecer el derecho de las personas descendientes directas de las víctimas de la represión que así lo soliciten, a exhumar a sus familiares y darles una sepultura digna, incluyendo todas las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas y cuyo paradero se ignore».

Por otra parte, el legislador, en el marco de estos diversos objetos de la ley, fija el concepto de víctima en los términos de la Resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 16 de diciembre de 2005, considerando como tales a quienes «hayan sufrido la muerte, represión, trabajos forzados, daños, lesiones físicas o psíquicas, sufrimiento emocional o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violan las normas internacionalmente reconocidas relativas a derechos humanos». Concepto este que se circunscribe al período de la Guerra Civil, la Dictadura franquista y la transición hasta la publicación de la Constitución española de 1978 y que se concreta en quienes lo hayan sido a causa de su lucha en defensa de los derechos y libertades fundamentales.

Además, y dado que se alude a una presunta discriminación, es preciso recordar la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad ante la ley o en la ley, que significa (por todas, STC 49/1982, de 14 de julio, fundamento jurídico 2) «que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también, y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados» (en el mismo sentido SSTC 49/1985, de 28 de marzo, o 39/2002, de 14 de febrero).

Esa doctrina general la matiza respecto al legislador el fundamento jurídico 1 de la STC 144/1988, de 12 de julio, cuando afirma que el principio de igualdad prohíbe a aquel «configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran 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» (en el mismo sentido, SSTC 96/1997, de 19 de mayo, fundamento jurídico 4, y 181/2000, de 29 de junio, fundamento jurídico 10, entre otras muchas).

Cabe considerar por tanto la regulación cuestionada como una opción legítima del legislador que, en el marco de su libertad de acción política, puede definir los objetivos perseguidos por la norma, así como el ámbito temporal al que se refiere y las circunstancias o situaciones tomadas en consideración para concretar las consecuencias de la misma, sin que quepa apreciar en ella ninguna de las vulneraciones constitucionales que la solicitante de recurso le atribuye.

**SEGUNDO.** Como se ha mencionado en los antecedentes, se cuestiona también lo que la solicitante de recurso denomina «proyección en el campo educativo y cultural» de la ley, en atención a la intención «formadora y promocionadora» de la misma.

El reproche se centra en la incorporación y actualización de contenidos, criterios de evaluación y estándares de aprendizajes en los currículos educativos, así como en la previsión de planes de formación del profesorado y celebración de convenios de colaboración con la Universidad de Extremadura, previsiones contenidas en el artículo 49 de la ley. Según considera la solicitante de recurso, estas previsiones son contrarias al derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos y a las libertades de cátedra y pensamiento, así como a la autonomía universitaria.

Al respecto debe recordarse, como esta institución ha puesto de manifiesto en más de una ocasión al tratar desacuerdos similares, que 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. art. 2.1.h) LOE], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. art. 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. art. 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. art. 2.1.b), 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 según el cual «A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza, conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas». Al respecto, en el párrafo 53 de la sentencia citada se dice, tras afirmar que «la definición y la elaboración del programa de estudios son, en principio, competencia de los Estados contratantes», que «la segunda frase del artículo 2 del Protocolo no impide a los Estados difundir, mediante la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, carácter religioso o filosófico», afirmando a continuación que la previsión reseñada «no autoriza, ni siquiera a los padres, a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar, sin lo cual cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de mostrarse impracticable».

A juicio del tribunal esta interpretación se concilia a la vez con la primera frase del artículo 2 del Protocolo, con los artículos 8 a 10 del Convenio (derecho al respeto de la

vida privada y familiar; libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; y libertad de expresión, respectivamente) y con el espíritu general de este, destinado a proteger y promover los valores de una sociedad democrática.

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.

Pues bien, a juicio de esta institución, el precepto supera sin dificultades la comprobación. En efecto, su contenido se limita, sin más concreciones, a instar a la consejería competente en materia de educación a que incorpore y actualice los contenidos, criterios de evaluación y estándares de aprendizajes relacionados con la Memoria Histórica y Democrática en los correspondientes currículos. Y esa incorporación y actualización de contenidos ha de hacerse precisamente en el marco de lo establecido en el artículo 6.bis de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, modificada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, que es donde el legislador básico estatal regula el currículo de las enseñanzas. Además, el precepto especifica que los contenidos deberán basarse en las prácticas científicas propias de la investigación historiográfica.

Asimismo, y con el objetivo de dotar al profesorado de herramientas conceptuales y metodológicas adecuadas, se insta también de la consejería competente en materia de educación la correspondiente incorporación a los planes de formación del profesorado de la actualización científica, didáctica y pedagógica en relación con el tratamiento escolar de la Memoria Histórica y Democrática de Extremadura. Y en este marco es en el que se prevé la colaboración con la Universidad de Extremadura para la incorporación de la repetidamente citada Memoria Histórica y Democrática en los estudios universitarios que proceda y que la norma no concreta.

Estas previsiones son, a juicio del Defensor del Pueblo, plenamente compatibles con el vigente orden constitucional y con las funciones y competencias que corresponden a la Comunidad Autónoma de Extremadura en el ámbito regulatorio de la instrucción y la educación, todo ello con independencia de que en su momento puedan examinarse los contenidos, criterios de evaluación y estándares de aprendizajes que la consejería competente incorpore a los currículos y, en su caso, ejercitar contra ellos los recursos administrativos o jurisdiccionales que procediesen.

### **RESOLUCIÓN**

Por todo cuanto antecede, el defensor del pueblo (e.f.), oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, acuerda no interponer el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra la Ley 1/2019, de 21 de enero, de memoria histórica y democrática de Extremadura.

***Decreto-ley 4/2019, de 29 de enero, de medidas urgentes en materia de transporte de viajeros mediante el alquiler de vehículos con conductor del Gobierno de la Generalitat de Cataluña***

Se solicitó al Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 4/2019, de 29 de enero, al entender que vulneraba los artículos 38 y 51 de la Constitución española y el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

**ANTECEDENTES**

**ÚNICO.** La petición se dirige contra el Decreto-ley 4/2019 (publicado en el *Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña* número 7800, de 31 de enero de 2019) fundada en que la regulación aprobada supone, *de facto*, expulsar del mercado a los servicios de vehículos de turismo con conductor (VTC), lo que contravendría la libre competencia, la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución), el principio de unidad de mercado y los legítimos intereses de los consumidores (artículo 51 de la Constitución); ni respetaría los principios de buena regulación recogidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La solicitud fue presentada ante esta institución mediante escrito fechado el día 30 de enero, es decir antes de la publicación del Decreto-ley en el *Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya*. Mediante escrito del día 31 siguiente el solicitante ratificó su pretensión.

La impugnación se pide sustentándola en la cita de la siguiente documentación, que la solicitud referencia:

- Información oficial del Gobierno de Cataluña del 29 de enero de 2019, sobre contratación del servicio, control de la actividad, sanciones, etcétera;

- Documentación oficial, que según el solicitante demuestra el desorden y confusión normativa que rige en la materia:
  - informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) sobre la normativa reguladora de taxis y VTC (se trata de referencia fechada el 24 de enero de 2019, con una nota de prensa, el Informe PRO/CNMC/003/18 y una sección del Blog CNMC Las cinco preguntas que nos planteamos sobre el taxi y las VTC);
  - diversos documentos de la Autoridad Catalana de la Competencia en los que se insiste en que «los usuarios se verán gravemente perjudicados si se limita la competencia entre taxis y VTC e insta a las administraciones a que, en lugar de imponer restricciones a los VTC, se modifique la regulación del taxi a fin de que ambos puedan competir en igualdad de condiciones».
- Información relacionada: Observaciones OB 42/2019, nota de prensa sobre el posicionament de l'ACCO (10 de enero de 2019), nota de prensa sobre el posicionament de l'ACCO (21 de enero), entrevista al presidente de la ACCO (22 de enero), programa 'Bàsics' de Betevé, entrevista al presidente de la ACCO (23 de enero), programa 'Els Matins' de TV3.

En envíos posteriores el solicitante remite al Defensor del Pueblo tres reseñas de prensa, que considera de interés para la resolución del asunto: sobre un informe del Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat que concluye que la regulación de las empresas de alquiler de coches con conductor promulgada contraviene la Constitución; sobre una empresa titular de licencias VTC que ha presentado un expediente de regulación de empleo (ERE) que afecta a 392 personas en Cataluña; y sobre una comunicación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) a las comunidades autónomas acerca de que la regulación de los servicios VTC debe beneficiar a todos los consumidores.

## FUNDAMENTOS

**ÚNICO.** La solicitud se dirige contra el Decreto-ley 4/2019 aduciendo lo siguiente:

- Un efecto de hecho: supondrá expulsar del mercado a los servicios de VTC;
- Este efecto contraviene:
  - la libre competencia;

- la libertad de empresa (artículo 38 CE);
- el principio de unidad de mercado;
- los legítimos intereses de los consumidores (artículo 51 CE);
- los principios de buena regulación (artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

A los efectos de la presente Resolución únicamente son admisibles a examen los argumentos de constitucionalidad. De los referidos en el listado anterior solo tienen tal carácter la libertad de empresa y la defensa de los consumidores y usuarios. Los demás tienen carácter no constitucional, bien por ser Derecho de la Unión Europea o ser de mero rango legal, aunque podrían ser considerados en cuanto tuvieran alguna relación directa y determinante con reglas constitucionales, entre ellas las dos citadas. En particular en cuanto al «principio de unidad de mercado», el solicitante no da argumentos explícitos más allá de su mera invocación; no se refiere siquiera al artículo 139 CE, ni por tanto alega cómo el Decreto-ley contendría medidas que directa o indirectamente obstaculizan la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.

Por otra parte, el solicitante no razona directamente la alegada contravención de la Constitución, salvo las meras afirmaciones de que se producirá un efecto de hecho (expulsar del mercado a los servicios de VTC) y de que tal efecto vulnera los artículos 38 y 51 CE. Como argumentación el solicitante redirige a esta institución a información del Gobierno de Cataluña, documentación oficial que demostraría el desorden y confusión normativa en la materia (informe de la CNMC, notas y reseñas de prensa, una sección de blog, documentos de la Autoridad Catalana de la Competencia) y otra «información relacionada» (observaciones, notas de prensa, entrevistas y programas de TV). Se trata de meras remisiones, sin razonamiento alguno propio de la petición, que parece simplemente hacer suyos los argumentos que haya en tales informaciones.

Por tanto, el solicitante no aporta en sentido estricto ningún razonamiento que conduzca a deducir que todo o parte del Decreto-ley vulnera los artículos 38 y 51 CE. Se trata de apreciaciones, legítimas pero genéricas y no razonadas según las cuales el Decreto-ley 4/2019 supondría expulsar del mercado a los servicios de VTC y ello infringiría la libertad de empresa y la defensa de los consumidores.

El Defensor del Pueblo considera que este modo genérico de proceder, no jurídico-constitucional y por remisión a documentación tampoco propiamente jurídico-

constitucional, no puede conducir a un juicio sobre la validez constitucional de una disposición normativa. Solo a título de ejemplo, el informe de la CNMC PRO/CNMC/003/18 Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, que modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de arrendamiento de vehículos con conductor no se expresa ni se refiere a la constitucionalidad de la disposición estatal de 2018, además de que lógicamente esa disposición no es el Decreto-ley 4/2019, que el solicitante no examina, ni cita ni analiza.

En cuanto al informe del Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat, el reclamante no lo ha aportado sino mediante una reseña de prensa. No obstante, esta institución lo ha examinado y llegado a la siguiente conclusión: el Consell dice que, en primer lugar y ante todo, debe recuperarse el contenido del concepto precontratación en el régimen jurídico de las VTC, que ya se recogía en la regulación que dio lugar a su reconocimiento administrativo temprano (RD 1211/1990, en su versión original): «Dicha condición forma parte del núcleo del régimen jurídico de este tipo de transporte, lo hace reconocible como tal y, conjuntamente con la limitación de buscar y captar clientes en la vía pública, contribuye, en gran parte, a diferenciarlo del servicio de taxi». Pero ello no es exactamente así a juicio del Defensor del Pueblo: el Real Decreto 1211/1990 en su versión original no recogía ningún contenido característico del concepto «precontratación» más allá de servir para acreditar la disponibilidad del vehículo arrendado, lo cual podía hacerse también mediante un «documento análogo» e incluso con un común «contrato». Por ello mismo tampoco comparte el Defensor del Pueblo que de «la exigencia normativa de que los VTC han de actuar en condiciones de precontratación» resulten condiciones fijas tales que sean características. De esto se deduce a su vez que cuando el Consell dictamina que el Decreto-ley impone «una exigencia excesivamente constrictiva», por tanto lesiva del ejercicio del derecho constitucional del artículo 38 CE, y en consecuencia ilegítima a efectos del interés general, estamos ante una valoración imprecisa. En efecto, para la formulación de un recurso de inconstitucionalidad el Defensor del Pueblo ha de disponer de un juicio más resuelto y reglado, pues cabe razonablemente sostener que, contra lo dictaminado por el Consell, la introducción de un tiempo de espera sí es un mecanismo de control preventivo y no es irrazonable como garantía del cumplimiento efectivo de la condición o exigencia de precontratación o de contratación. Afectando sin duda a la libertad de empresa limitándola, ello no hace que la regla sea inconstitucional; y desfavoreciendo a los potenciales usuarios del servicio VTC, no está sólo en ellos radicado el interés general. Incluso admitiendo que «la alteración artificial del tiempo de espera sí implica una modificación sustancial del régimen jurídico (las condiciones de prestación del servicio) aplicable a las VTC de ámbito nacional», por el contrario para esta institución toda alteración de un régimen jurídico es «artificial» y una modificación sustancial del régimen jurídico no es por eso inconstitucional. El transporte es una actividad regulada,

es decir donde la libertad de empresa se encuentra legítimamente sujeta a una estricta reglamentación, según la cual por ejemplo los titulares de las autorizaciones deben cumplir las condiciones específicas necesarias para la adecuada prestación de los servicios «que reglamentariamente se establezcan, atendiendo a principios de proporcionalidad y no discriminación, en relación con la clase de transporte de que se trate en cada caso» (letra g del apartado 1, artículo 43 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres). En suma, siendo un dictamen valioso y digno de consideración, el del Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat no tiene el carácter terminante propio de una impugnación ni lleva al convencimiento del Defensor del Pueblo de que el Decreto-ley infrinja la libertad de empresa constitucionalmente garantizada.

En todo caso, la actuación de esta institución se rige por los principios de informalidad y sumariedad (artículo 18 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo), de modo que la presente Resolución no debe localizar por el solicitante los argumentos de inconstitucionalidad. La labor argumentativa corresponde inicialmente al solicitante, no al Defensor del Pueblo; congruentemente, esta institución no puede razonar acerca de argumentos de constitucionalidad inexistentes. No es modo apropiado de sostener una impugnación constitucional la remisión a reseñas, opiniones e información cuya finalidad no es la argumentación jurídica propia de un recurso de inconstitucionalidad, sino la oportunidad, la viabilidad económica o el Derecho de rango no constitucional. Esta Resolución no puede discutir el diseño normativo ni los pronósticos sobre el efecto económico de una disposición normativa; tampoco tratar las apreciaciones genéricas de sus efectos sobre la libertad de empresa, que no es una libertad absoluta, ni sobre los derechos de los consumidores y usuarios. Cabe incluso pensar en otros derechos e intereses legítimos, como los de los trabajadores o el medio ambiente, que están presentes en este tipo de disposiciones. En nuestro caso, el Decreto-ley se refiere expresamente a la movilidad, a la congestión de tráfico y a los efectos ambientales del aumento de la oferta de transporte urbano en vehículos de turismo en los núcleos urbanos; es decir, no se trata solo de la libertad de empresa ni de los derechos de los consumidores y usuarios.

Por todo lo dicho, el Defensor del Pueblo no deduce que la solicitud esté fundada, de modo que la presente Resolución ha de desestimarla.

### **RESOLUCIÓN**

En virtud de cuanto antecede, y oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión de 23 de abril de 2019, el Defensor del Pueblo, de acuerdo con la legitimación que le confieren los artículos 162.1.a) de la Constitución, 32 de la Ley Orgánica 2/1979,

de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que regula esta institución, ha resuelto NO INTERPONER recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 4/2019, de 29 de enero, de medidas urgentes en materia de transporte de viajeros mediante el alquiler de vehículos con conductor.

***Respecto a la interposición de recurso a este mismo Decreto-ley 4/2019, de 29 de enero, de medidas urgentes en materia de transporte de viajeros mediante el alquiler de vehículos con conductor del Gobierno de la Generalitat de Cataluña***

Una empresa dedicada al transporte público VTC solicitó al Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley de la Generalitat de Cataluña 4/2019, de 29 de enero, al entender que vulneraba los artículos 14 y 38 de la Constitución española.

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.** La petición es formulada por una empresa dedicada al transporte público en la modalidad de arrendamiento de vehículos con conductor (VTC), mediante autorizaciones de los órganos de movilidad de la Generalitat de Cataluña. [...]

Sostiene la entidad solicitante que el Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat 4/2019 (publicado en el *Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña* número 7800, de 31 de enero de 2019) basándose presuntamente en un desarrollo normativo de la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, establece, entre otras medidas, un plazo de precontratación mínimo de quince minutos para los servicios VTC. Esta medida, además de antijurídica (por vulnerar los principios de necesidad y de proporcionalidad, y ser discriminatoria respecto del sector del taxi, entre otras razones que aquí no explicita), resulta a juicio de la solicitante muy perjudicial e injusta para el sector VTC, y por tanto también para la propia solicitante, que se ve obligada a cesar sus operaciones en Cataluña. El 99 % de sus servicios se han venido prestando con un tiempo de espera inferior al cuarto de hora establecido en el Decreto-ley, de modo que su actividad quedará sin rentabilidad alguna. Ello implicará el inminente despido colectivo de los trabajadores, [...] en Cataluña, un mínimo de 726 personas, que fueron contratadas indefinidamente, por la vocación de permanencia y estabilidad que la

empresa tenía hasta la entrada en vigor del Decreto-ley. Calcula que serán más de 4.000 en el conjunto del sector. Todo ello *a fortiori* de los perjuicios para la libre competencia y para los usuarios del transporte, tal y como han señalado la Autoritat Catalana de la Competencia y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

**SEGUNDO.** Según la solicitud el Decreto-ley invade competencias estatales: si bien el Real Decreto-ley 13/2018 permite en su disposición adicional primera a las comunidades autónomas modificar las condiciones de explotación de las autorizaciones VTC, tal habilitación no puede ejercerse, como mínimo, hasta que transcurran los cuatro años establecidos en la disposición transitoria única, según la cual las condiciones de explotación de las autorizaciones VTC deben mantenerse durante un plazo mínimo cuatrienal en la misma situación existente a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 13/2018, a modo de indemnización por las modificaciones introducidas. Así lo habría apuntado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su Auto de 11 de octubre de 2018 (P.O. 150/2018). En otras palabras según la solicitante, durante un plazo mínimo de cuatro años las competencias continúan siendo exclusivamente estatales, razón por la que el Decreto-ley autonómico sería inconstitucional.

**TERCERO.** La solicitud considera como otros motivos de inconstitucionalidad, que ve palmarios: vulneración de la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución) y de la igualdad (artículo 14) respecto del taxi, al que no se le impone un requisito semejante pese a que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha afirmado que «el servicio de taxis y el de VTC constituyen dos formas de transporte urbano que hoy en día compiten directamente en el mismo mercado y que prestan un servicio semejante (sentencia de 4 de junio de 2018, P.O. 438/2017)».

**CUARTO.** La solicitud termina solicitando que esta institución plantee de oficio recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley si fuera finalmente convalidado por el Parlamento de Cataluña.

## FUNDAMENTOS

**PRIMERO.** Debe ante todo despejarse algunos aspectos de la solicitud que no pueden ser admitidos como aptos para argumentar acerca de la constitucionalidad del Decreto-ley 4/2019, en particular el efecto económico de establecer un plazo de precontratación mínimo de quince minutos para los servicios VTC.

Dice la solicitante que es una medida muy perjudicial para el sector VTC porque en lo sucesivo la actividad resultará sin ninguna rentabilidad, con anunciados despidos colectivos. Ciertamente se trata de alegatos de gravedad y que no pueden

desconocerse, pero el legislador, más allá de no trasgredir la prohibición de arbitrariedad, no está sujeto por la Constitución a no promulgar disposiciones que conduzcan a perjuicios o a desventajas. Es decir, la Constitución no obliga a que el legislador se mantenga siempre dentro del ámbito de lo que no perjudica a nadie, sino que establece límites muy variados, en forma de pesos y contrapesos, con que se mantengan los principios y reglas constitucionales de fondo: justicia, igualdad, libre empresa, protección de los consumidores, subordinación al interés general de toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica, potestad de reservar al sector público recursos o servicios esenciales, etcétera. Pues bien, la solicitud no muestra que alguna de estas reglas constitucionales se haya vulnerado por haberse establecido un lapso de precontratación mínimo de quince minutos para los servicios VTC, como además enseguida se razonará de forma complementaria.

No tiene rango constitucional la libre competencia, ni puede en consecuencia ser aquí considerada para valorar la posible inconstitucionalidad de una disposición legislativa. Tampoco lo tienen, a menos que su vulneración trasgrediera la prohibición de arbitrariedad, los principios de necesidad y de proporcionalidad.

Por tanto y completando esta institución la no siempre explícita fundamentación aportada por la entidad solicitante, los aspectos que sí deben ser objeto de examen por el Defensor del Pueblo en la presente Resolución son los atinentes a:

- La injusticia, contra un valor superior de nuestro ordenamiento (artículo 1 CE);
- La desigualdad respecto del sector del taxi, también contra un valor superior de nuestro ordenamiento (artículo 1 CE) y por sí misma un derecho fundamental (artículo 14 CE);
- Los perjuicios a los usuarios del transporte (artículo 51 CE);
- La invasión de competencias estatales (artículo 149 CE).

**SEGUNDO.** Comenzando por el último aspecto referido, según la solicitud el Decreto-ley invade competencias estatales. Se trataría de que el Real Decreto-ley 13/2018 permite en su disposición adicional primera a las comunidades autónomas modificar las condiciones de explotación de las autorizaciones VTC, pero tal habilitación no puede ejercerse hasta transcurridos cuatro años, según la disposición transitoria única del Real Decreto-ley 13/2018.

Al respecto ha de atenderse a que la disposición transitoria única del Real Decreto-ley 13/2018 (sobre «Autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor existentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley o cuyas solicitudes estuvieran pendientes de resolverse») establece un régimen precisamente transitorio, de cuatro años, aplicable a las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor existentes a su entrada en vigor, es decir: años contados a partir del 30 de septiembre de 2018 (apartado 1 de la transitoria). Aunque la solicitud no lo especifica, debe entenderse que se refiere sobre todo a este caso, no a los demás tratados en la disposición transitoria (apartado 2: indemnización por las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley, en particular por la nueva delimitación del ámbito territorial de las autorizaciones; apartado 3: autorizaciones otorgadas después de la entrada en vigor por solicitudes anteriores al 30 de septiembre de 2018).

Pues bien, debe tenerse en cuenta que la letra c) del apartado 1 de la disposición transitoria única del Real Decreto-ley 13/2018 dice que los servicios de transporte prestados en el ámbito urbano quedan sujetos a todas las determinaciones y limitaciones que establezca el órgano competente en materia de transporte urbano en el ejercicio de sus competencias sobre utilización del dominio público viario, gestión del tráfico urbano, protección del medio ambiente y prevención de la contaminación atmosférica; especialmente en materia de estacionamiento, horarios y calendarios de servicio o restricciones a la circulación por razones de contaminación atmosférica. Esto implica que la alegación de la entidad solicitante no puede estimarse.

En efecto, no es exacto que las comunidades autónomas no puedan modificar las condiciones de explotación de las autorizaciones VTC hasta transcurridos cuatro años; lo que la disposición estatal establece es un régimen transitorio, al que deben plegarse las administraciones autonómicas, pero sin que estas pierdan sus potestades propias. En consonancia, el Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 4/2019 no establece reglas contrarias a la disposición estatal, que en lo transitorio no versa sobre, por ejemplo, precontratación. El mismo preámbulo de la disposición autonómica lo explica coherentemente (apartado I): es la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 13/2018 la que, por delegación del Estado, habilita a la Generalitat para modificar las condiciones de explotación (del artículo 182.1 del Reglamento de la Ley de ordenación de transportes terrestres), en términos que no tienen que ver con los establecidos en el Decreto-ley autonómico. La modificación solo puede afectar a los servicios cuyo itinerario se lleve a cabo íntegramente en su ámbito territorial y se puede referir a condiciones de precontratación, solicitud de servicios, captación de clientes, recorridos mínimos y máximos, servicios u horarios obligatorios y especificaciones técnicas del vehículo. Dicho de otro modo, no es cierto que, como parece sostener la solicitud, las condiciones de explotación de las autorizaciones VTC deban mantenerse

sin modificaciones durante cuatro años al menos; las competencias no «continúan siendo exclusivamente estatales», es esta una conclusión que el Defensor del Pueblo no puede compartir, como se explica a continuación.

Ha de tenerse muy presente tanto el Estatuto de Autonomía de Cataluña como la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de Delegación de Facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable. Esta, como deriva de su rótulo, entre otras disposiciones delegó en las comunidades autónomas competencias estatales sobre transportes por carretera, incluidas potestades sobre transportes públicos discrecionales y transportes privados. Pero en cuanto a los transportes terrestres de viajeros que discurran íntegramente dentro del territorio de Cataluña la competencia es de titularidad exclusivamente autonómica (es decir, no delegada por el Estado), conforme al artículo 169 del Estatuto de Autonomía, además de la competencia sobre servicios de movilidad y gestión del transporte de viajeros municipal (artículo 84 del Estatuto). El Decreto-ley 4/2019 se aplica a los servicios de transporte de viajeros mediante el arrendamiento de vehículos con conductor, de carácter urbano e interurbano íntegramente desarrollados en Cataluña. No hay por tanto inconstitucionalidad, porque no hay invasión por la Generalitat de competencias estatales. Cabe entonces concluir que el Decreto-ley 4/2019 no es solo «un desarrollo normativo de la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 13/2018», sino que tiene también una legitimidad propia, estatutaria y legal (artículos 147 y 150.2 CE).

**TERCERO.** La solicitud considera motivos de inconstitucionalidad la vulneración por el Decreto-ley 4/2019 de la libertad de empresa y de la igualdad respecto del taxi.

En cuanto a la primera alegada vulneración, no la aprecia el Defensor del Pueblo. El artículo 38 CE establece la libertad de empresa pero no de manera absoluta, sino condicionada a unos límites en el marco de la economía de mercado, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación. Los límites han de respetar siempre el contenido esencial de la libertad de empresa. La STC 225/1993 (FJ 3) ha delimitado ese contenido como el derecho a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial. Si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial «en libertad», ello entraña en el marco de una economía de mercado —donde este derecho opera como garantía institucional— el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no solo para crear empresas, y por tanto para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. La actividad empresarial, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad; pero también, de otra parte, con plena sujeción a las normas de ordenación del mercado y de

la actividad económica general. Entonces, de la doctrina jurisprudencial se deduce que la libertad de empresa (de acceso al mercado, de ejercicio y de cesación en el mercado) no se ve contrariada por toda norma que afecte a alguno de esos elementos. Los derechos que la Constitución reconoce no constituyen garantías absolutas y las restricciones que se puede imponer son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que contribuyan a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo (SSTC 127/1994, 109/2003, 112/2006, 18/2011, 135/2012, 53/2014).

Se trataría entonces de comprobar si el Decreto-ley 4/2019 vulnera el artículo 38 CE en el sentido expresado por la jurisprudencia constitucional. Pero la solicitud no lo razona, salvo la mera invocación de esa libertad y de la falta de proporcionalidad. No se ha llevado al convencimiento de esta institución que la disposición autonómica prive a los particulares de su libertad de decisión de crear empresas de VTC, ni de su libertad para actuar en el mercado, para establecer sus objetivos empresariales, o para dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. El transporte es una actividad regulada, es decir donde la libertad de empresa se encuentra legítimamente sujeta a una estricta reglamentación, según la cual por ejemplo los titulares de las autorizaciones deben cumplir las condiciones específicas necesarias para la adecuada prestación de los servicios «que reglamentariamente se establezcan, atendiendo a principios de proporcionalidad y no discriminación, en relación con la clase de transporte de que se trate en cada caso» (letra g del apartado 1, artículo 43 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres). Por tanto, la alegación no puede estimarse.

Tampoco puede estimarse que el Decreto-ley 4/2019 vulnere el artículo 14 CE. El sector del taxi es un sector diferente del sector de VTC, a aquel según la solicitud no se le impone un requisito semejante al impuesto a este. Sin duda alguna el servicio de taxi y el de VTC son dos formas de transporte urbano, que en la actualidad compiten directamente y prestan un servicio semejante, pero ello no los hace sectores iguales, ni merecedores a todos los efectos de un trato igual. Concurrir en competencia o prestar un servicio semejante no hace que los actores hayan de recibir un trato igual en todo caso o en cualquier sentido. Se trata de servicios semejantes pero distintos, a los cuales por tanto se da una regulación distinta. Habría desigualdad de trato si hubiera reglas diferentes para, por ejemplo, dos grupos o tipos de VTC o dos grupos o tipos de taxi; y la diferente regulación sería inadmisibles si la discriminación careciera de razonabilidad o proporcionalidad, lo que no se deduce de la solicitud.

**CUARTO.** La entidad solicitante alega que el Decreto-ley 4/2019 vulnera los artículos 1 y 51 de la Constitución, que no cita explícitamente.

Se sostiene la vulneración del artículo 1 porque el Decreto-ley incurriría en injusticia. Esta alegación es excesivamente genérica para poder ser estimada. Una regulación que contraría los intereses de un sector empresarial no es por ello necesariamente injusta. La injusticia, como vulneración de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, no puede entenderse desde la perspectiva exclusiva de quien se siente perjudicado de un modo u otro por la promulgación de las normas.

También se alega la inconstitucionalidad del Decreto-ley 4/2019 porque perjudica a los usuarios del transporte, contra el artículo 51 CE. De nuevo estamos ante una alegación excesivamente genérica, de un lado porque no va referida a ningún aspecto o aspectos concretos del Decreto-ley, que es tratado por la solicitante como una sola pieza sin referencia a ningún precepto o regla en particular; y de otro porque el precepto constitucional contiene varios mandatos a los poderes públicos, respecto de los cuales la solicitud no argumenta sino de forma general: el Decreto-ley 4/2019 perjudicaría a los usuarios del transporte. Sin embargo, el Defensor del Pueblo no encuentra cómo la disposición autonómica no garantiza la defensa de los usuarios, o no protege mediante procedimientos eficaces su seguridad, su salud o sus legítimos intereses económicos. Esta institución no puede en la presente Resolución suplir la falta de concreción de la solicitud. Por tanto, la alegación tampoco puede estimarse.

Ha de tenerse presente que en la materia tratada no están implicados solo los prestadores del servicio y los usuarios. Hay otros intereses que atender en un asunto como es la regulación del transporte urbano, y ya han sido citados: utilización del dominio público, congestión del tráfico, protección ambiental o movilidad, en suma un no pequeño círculo de intereses generales que trascienden los intereses de los empresarios y trabajadores del sector VTC y los derechos de los usuarios.

**QUINTO.** La solicitud pide que el Defensor del Pueblo plantee de oficio recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-Ley 4/2019 si fuera finalmente convalidado por el Parlamento de Cataluña. Hay aquí que aclarar, primero, que esta institución puede actuar de oficio incluso cuando no admite a trámite o no estima las quejas y peticiones de los ciudadanos; y segundo, que para la impugnación en inconstitucionalidad de un decreto-ley es indiferente que haya o no convalidación parlamentaria pues, aun siendo preceptiva y determinante, la convalidación no sana los defectos de constitucionalidad, es decir que puede impugnarse al Tribunal Constitucional un decreto-ley convalidado, e incluso uno derogado. Se trata entonces de una solicitud que no puede atenderse, tal y como viene planteada. A su vez, esto no significa que el Defensor del Pueblo quede desapoderado de su legitimación activa ni que no pueda impugnar el Decreto-ley de oficio, por argumentos distintos de los desestimados en la presente Resolución.

La presente Resolución debe ceñirse a comprobar la alegada inconstitucionalidad, no la oportunidad o calidad técnica del Decreto-ley, ni sus efectos económicos, mejores o peores para unos u otros sectores, colectivos y grupos de personas afectadas, para las usuarias e incluso para las no usuarias.

Por todo lo dicho, ha de desestimarse la solicitud.

### **RESOLUCIÓN**

En virtud de cuanto antecede, y oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión de 23 de abril de 2019, el Defensor del Pueblo, de acuerdo con la legitimación que le confieren los artículos 162.1.a) de la Constitución, 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que regula esta institución, ha resuelto NO INTERPONER recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 4/2019, de 29 de enero, de medidas urgentes en materia de transporte de viajeros mediante el alquiler de vehículos con conductor.

**Ley 8/2019, de 19 de febrero, de residuos y suelos contaminados de las Illes Balears**

Varios ciudadanos solicitaron al Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 8/2019, de 19 de febrero, al entender que vulneraba los artículos 14, 38 y 149 de la Constitución española.

**ANTECEDENTES**

La petición se dirige contra los artículos 2.2.c), j) y k); 22.1.b; 23.1.d, e y f; 25.2, 4 y 6; 27.7, 8 y 9; y 28.2 y 4 de la Ley 8/2019, de 19 de febrero, de residuos y suelos contaminados (*Boletín Oficial de las Illes Balears* número 23, de 21 de febrero de 2019).

El artículo 2 de la ley regula su finalidad y objetivos. En concreto, el apartado 2 establece lo siguiente (se transcriben los apartados que se tachan de inconstitucionales):

«2. A los efectos de lo que establece el apartado anterior, y de conformidad con la legislación básica estatal y la legislación comunitaria, se establecen en las Illes Balears los objetivos siguientes en materia de prevención, reutilización, preparación para la reutilización y reciclaje:

c) Reciclar como mínimo, antes del año 2030, un 75 % de los residuos de envases no industriales, entendiéndose como tales la valorización material de los generados.

j) Alcanzar para el año 2030 los siguientes objetivos de reutilización de envases de bebida en el canal HORECA:

i. Aguas embotelladas: reutilización de un 40 % de los envases.

ii. Cerveza: reutilización de un 80 % de los envases.

iii. Bebidas refrescantes: reutilización de un 70 % de los envases.

k) Alcanzar para el año 2030 un 15 % de reutilización para los envases usados en canales de consumo diferente del canal HORECA».

El artículo 22 regula las medidas de prevención, reutilización y disminución de la condición de peligrosidad de los residuos. En concreto, el apartado 1.b establece lo siguiente:

«1. Las administraciones de las Illes Balears, en el ámbito de las propias competencias, a los efectos de alcanzar un mayor nivel de prevención en la generación de los residuos, entre otras medidas, tienen que adoptar las siguientes:

b) Potenciar, favorecer y regular el mercado de envases retornables con el fin de incrementar aquellos que sean reutilizables. Y fomentar la disminución de los que sean de un solo uso, especialmente de los de reutilización o reciclaje difíciles».

El artículo 23 de la ley establece la regulación relativa a los productos de un solo uso. En concreto, se establece lo siguiente (se transcriben únicamente los apartados que se tachan de inconstitucionales):

«1. A partir del 1 de enero de 2021 se adoptarán las medidas siguientes:

d) No se podrá hacer uso de productos alimenticios en monodosis, a excepción de aquellas restricciones establecidas por el Real Decreto 895/2013, ni utensilios de un solo uso en los establecimientos y las empresas turísticas del sector HORECA para el consumo de alimentos y bebidas en el mismo local, a excepción de los consumibles de celulosa.

A partir de la aprobación de esta ley se impulsarán campañas de sensibilización en el sector HORECA para eliminar el uso de productos alimenticios en monodosis y utensilios de un solo uso elaborados con plásticos y otros productos de difícil gestión.

e) Solo se podrán distribuir, comercializar y usar en las Illes Balears las pajitas de bebidas, los bastoncillos para orejas y los bastoncillos para caramelos fabricados con materiales compostables.

f) Las cápsulas de un solo uso de café, infusiones, caldos y otras utilizadas en cafeteras, puestas en venta en las Illes Balears, tendrán que ser fabricadas con

materiales compostables o bien fácilmente reciclables, orgánica o mecánicamente.

A tal efecto, los fabricantes, importadores o distribuidores que opten por su reciclaje tendrán que organizar un sistema individual o colectivo que garantice y acredite ante el Gobierno de las Illes Balears el reciclaje correcto de los productos y el cumplimiento de los objetivos de esta ley. El órgano competente en materia de residuos del Gobierno de las Illes Balears autorizará y registrará estos sistemas de responsabilidad ampliada del productor».

El artículo 25 regula las medidas de prevención de envases. Los apartados 2, 4 y 6 de este artículo establecen lo siguiente:

«2. No se podrán distribuir, con carácter general, bebidas en envases de un solo uso en edificios e instalaciones de las administraciones y entes públicos, con independencia de su modalidad de gestión, a partir del 1 de enero de 2021.

4. En los acontecimientos públicos, incluidos los deportivos, que tengan el apoyo de las administraciones públicas, sea en el patrocinio, la organización o en cualquier otra fórmula, se tienen que implantar alternativas a la venta y la distribución de bebidas envasadas y de vasos de un solo uso y, en todo caso, se tiene que garantizar el acceso a agua no envasada o en botellas reutilizables. Además, se tiene que implantar un sistema de depósito para evitar el abandono de envases y vasos o su gestión incorrecta.

6. No se podrán distribuir paquetes de latas o botellas de bebidas sujetas mediante anillas de plástico ni otros envases colectivos secundarios, que, en todo caso, tendrán que ser de material biodegradable e indicarlo así al consumidor a partir del 1 de enero de 2021».

El artículo 27 regula los sistemas de responsabilidad ampliada del productor. Los apartados 7, 8 y 9 de este artículo establecen lo siguiente:

«7. El Gobierno de las Illes Balears podrá establecer la obligatoriedad de otros sistemas colectivos de responsabilidad ampliada del productor o de depósito, devolución y retorno para residuos peligrosos o no peligrosos, a través de los instrumentos de planificación correspondientes, en alguno o algunos de los supuestos siguientes:

- a) Si se trata de residuos de difícil valorización o eliminación.

b) Si se trata de residuos cuya peligrosidad exija el establecimiento de este sistema para garantizar la gestión correcta.

c) Cuando no se cumplan los objetivos de gestión fijados en la normativa vigente.

8. La implantación de un sistema de depósito, devolución y retorno, en cualquier caso, garantizará la devolución de las cantidades depositadas y retorno del producto para reutilizarlo o del residuo para tratarlo, en aplicación de la responsabilidad ampliada del productor. Ello, con la finalidad de reducir el «littering» (abandono de residuos en el medio), promover la prevención y mejorar la reutilización, el reciclaje de alta calidad y la valorización material de los residuos.

9. El sistema de depósito, devolución y retorno afectará a los envases que delimite el Gobierno de las Illes Balears, con independencia de que se comercialicen en la industria, comercio, administración, sector servicios o en cualquier otro lugar o vía. Para su implantación se observará la obligación siguiente: los fabricantes, importadores, distribuidores mayoristas o minoristas, intermediarios, comerciantes, establecimientos o cualquier otro agente responsable de la primera puesta de los productos en el mercado insular estarán obligados a cobrar a los clientes, hasta el consumidor final, una cantidad individualizada para cada producto que sea objeto de transacción y que fijará el Gobierno de las Illes Balears. Esta cantidad no tendrá la consideración de precio, ni estará sujeta, por lo tanto, a tributación».

Por último, el artículo 28 regula los sistemas de responsabilidad ampliada del productor para residuos de envases. Los apartados 2 y 4 de este artículo establecen lo siguiente:

«2. Los sistemas de responsabilidad ampliada del productor de residuos de envases tienen que compensar a las administraciones por la totalidad de los costes del ciclo de gestión de todos los residuos de envases destinados a valorización, incluida la parte proporcional por los residuos de envases recogidos no selectivamente y de aquellos procedentes de la limpieza vial y de otros espacios como las playas.

4. Dada la potestad prevista por razones de protección ambiental adicional, que prevé el artículo 30.46 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, si en el año 2020 no se han cumplido los objetivos marcados por esta ley o por la normativa estatal o europea más restrictiva, el Gobierno de las Illes Balears podrá

establecer otros sistemas complementarios de gestión de residuos de envases, como el de depósito, devolución y retorno».

El interesado considera que estos artículos son inconstitucionales por los motivos que se exponen a continuación.

Así, considera el interesado que los artículos 2.2.c), j) y k) vulneran la normativa básica en materia de residuos, que la Constitución atribuye al Estado en exclusiva en el artículo 149.1.23 de la Constitución. En concreto, se estaría vulnerando el artículo 31.3 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, que atribuye al Consejo de Ministros la competencia para adoptar medidas en desarrollo de la responsabilidad ampliada del productor, al fijar unilateralmente objetivos y establecer obligaciones adicionales a los productores.

El mismo argumento se predica respecto del artículo 22.1.b de la Ley 8/2019.

Respecto del artículo 23.1.d, e y f, además de esgrimir las razones ya expuestas, considera el interesado que su contenido vulnera el principio de libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución, por no respetar el canon de razonabilidad exigible, al establecer medidas restrictivas, incluso prohibiciones de comercialización y uso de determinados alimentos en razón de su envase, innecesarias y absolutamente desproporcionadas. Cita a este respecto el interesado la sentencia del Tribunal 111/2017, de 5 de octubre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en relación con diversos preceptos de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

Añade el interesado que se vulnera también lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Constitución, que prohíbe a las autoridades adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.

Además, este artículo contradice lo dispuesto en el artículo 34 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación y las medidas de efecto equivalente. Se cita en este punto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de febrero de 1979, conocida como Cassis de Dijon.

También considera el interesado que estos artículos son en realidad una norma técnica en el sentido de la Directiva 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en

materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

Por último, considera el interesado que se vulneran los artículos 14 y 149.1.13 de la Constitución, ya que se produce una situación de discriminación de los ciudadanos de Illes Balears frente a los ciudadanos de otras comunidades autónomas, y se viola la competencia exclusiva del Estado en materia de bases para la coordinación de la planificación general de la actividad económica, al establecerse restricciones y prohibiciones en el territorio balear a la actividad de distribución y comercialización de determinados alimentos en razón del envase en el que se presentan o el material del que se acompañan.

Los mismos argumentos se predicán respecto del artículo 25 apartados 2, 4 y 6 de la ley balear.

Respecto de lo dispuesto en los artículos 27 apartados 7, 8 y 9 y 28 apartados 2 y 4, de acuerdo con la interesada también implican una violación de la normativa básica del Estado, al contradecir lo dispuesto en el artículo 31.3 de la Ley 22/2011 y, por ende, el artículo 149.1.23 de la Constitución.

En el caso del artículo 28.2, se vulnera lo dispuesto en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases, y en concreto su artículo 10.2, que regula la financiación de los sistemas integrados de gestión. Ya que, de acuerdo con este artículo, los sistemas integrados de gestión deberán compensar a las entidades locales que participen en ellos por los costes adicionales que, en cada caso, tengan efectivamente que soportar de acuerdo con lo indicado en el párrafo anterior, en los términos establecidos en el correspondiente convenio de colaboración.

Sin embargo, el citado artículo 28.2 establece que los sistemas de responsabilidad ampliada del productor de residuos de envases tienen que compensar a las administraciones por la totalidad de los costes del ciclo de gestión de todos los residuos de envases destinados a valorización, incluida la parte proporcional por los residuos de envases recogidos no selectivamente y de aquellos procedentes de la limpieza vial y de otros espacios como las playas.

Lo que implica, según el interesado, una contradicción con la normativa estatal que hace a la norma balear incurrir en inconstitucionalidad.

Para concluir, considera el interesado que la ley vulnera el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, pues los preceptos cuya inconstitucionalidad se postula son inciertos, poco claros y con efectos no determinados.

Se ponen como ejemplo de ello los términos de «monodosis», «productos alimenticios en monodosis» o «acontecimientos públicos».

Una vez expuesto lo anterior, es preciso en primer lugar exponer las siguientes consideraciones acerca de la distribución constitucional de competencias en materia de medio ambiente entre el Estado y las comunidades autónomas.

El artículo 149.1.23 establece la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el alcance de este artículo. Así, la STC 33/2005, de 17 de febrero, sintetiza la doctrina constitucional relevante para la delimitación del alcance funcional de la competencia estatal ex art. 149.1.23 CE. Según se indica en el fundamento jurídico 6 de esta sentencia, «lo básico, como propio de la competencia estatal en la materia de medio ambiente, cumple una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que deben permitir que las comunidades autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección más altos». Lo que les está vedado a las comunidades autónomas es reducir esos niveles de protección (STC 69/2013, de 14 de marzo, FJ 6).

Por otra parte, el artículo 30.46 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears establece como competencia exclusiva de la comunidad autónoma la protección del medio ambiente, ecología y espacios naturales protegidos, sin perjuicio de la legislación básica del Estado, así como las normas adicionales de protección del medio ambiente.

Por lo tanto, el hecho de que el Estado apruebe la legislación básica en materia de medio ambiente no impide a las comunidades autónomas el aprobar, dentro de su territorio, una normativa ambiental más estricta en las materias en las cuales el Estatuto de Autonomía contempla esa posibilidad. Como es el caso que nos ocupa.

Así, las críticas formuladas a los objetivos contemplados en los distintos apartados del artículo 2, y el mandato a la administración contenido en el artículo 22 carecen de fundamento, por cuanto se trata, en uno y otro caso, del legítimo ejercicio de las competencias constitucionales por parte del Parlamento balear; competencias que amparan tanto el establecer los objetivos que se consideren oportunos como el establecimiento de medidas de prevención en materia de residuos, incluso aunque sean más ambiciosos que los contemplados en la legislación básica del Estado.

Respecto de las regulaciones del artículo 23 de la ley, es necesario realizar una exposición sistemática de las mismas. Así, de acuerdo con los preceptos tachados de inconstitucionales:

- a) Se prohíbe el uso de productos alimenticios en monodosis, a excepción de aquellas restricciones establecidas por el Real Decreto 895/2013, y de utensilios de un solo uso en los establecimientos y las empresas turísticas del sector HORECA para el consumo de alimentos y bebidas en el mismo local, a excepción de los consumibles de celulosa.
- b) Solo se pueden distribuir, comercializar y usar en las Illes Balears las pajitas de bebidas, los bastoncillos para orejas y los bastoncillos para caramelos fabricados con materiales compostables; y las cápsulas de un solo uso de café, infusiones, caldos y otras utilizadas en cafeteras, puestas en venta en las Illes Balears, tendrán que ser fabricadas con materiales compostables o bien fácilmente reciclables, orgánica o mecánicamente.

A estos efectos, los fabricantes, importadores o distribuidores de cápsulas de un solo uso de café, infusiones, caldos y otras utilizadas en cafeteras que opten por el reciclaje tendrán que organizar un sistema individual o colectivo que garantice y acredite ante el Gobierno de las Illes Balears el reciclaje correcto de los productos y el cumplimiento de los objetivos de esta ley. El órgano competente en materia de residuos del Gobierno de las Illes Balears autorizará y registrará estos sistemas de responsabilidad ampliada del productor.

- c) A partir de la aprobación de esta ley se impulsarán campañas de sensibilización en el sector HORECA para eliminar el uso de productos alimenticios en monodosis y utensilios de un solo uso elaborados con plásticos y otros productos de difícil gestión.

Respecto del apartado c, no se aprecia vicio de inconstitucionalidad alguno en el impulso de las campañas de sensibilización a las que alude el artículo.

En cuanto a los apartados a y b, que establecen prohibiciones y limitaciones a la distribución y comercialización de determinados productos, se exhiben como argumentos por el interesado una posible violación de la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la Constitución, así como del principio de libertad de circulación de bienes en todo el territorio español, garantizado por el artículo 139.2 del texto constitucional. Es en este punto donde se cita el fundamento jurídico 4 de la sentencia del Tribunal Constitucional 111/2017. En concreto, se cita el siguiente extracto:

«a) El artículo 38 CE asegura a los individuos la libertad de intercambio comercial; esto es, la capacidad de ofrecer servicios o productos en el mercado (STC 71/2008, de 26 de febrero). Tal libertad es compatible con la regulación de condiciones; típicamente las destinadas a proteger a los consumidores, a preservar el medio ambiente, a organizar el urbanismo o a asegurar la “adecuada utilización del territorio por todos” [STC 227/1993, de 9 de julio, FJ 4.e)]. Ahora bien, el artículo 38 CE impone límites a la configuración legislativa de este tipo de condiciones por parte del Estado, las comunidades autónomas y los entes locales. Las condiciones que se establezcan deben ajustarse a un canon de razonabilidad en el sentido de que respondan a un objetivo constitucionalmente legítimo y sean idóneas o adecuadas para conseguirlo sin que su intensidad llegue al punto de suponer un impedimento práctico del libre ejercicio de la actividad económica. El canon ha de ser más incisivo si los requisitos o condiciones a la libertad de empresa afectan, no ya a su desarrollo o ejercicio, sino al acceso mismo al mercado (SSTC 53/2014, de 10 de abril, FJ 7; 30/2016, de 18 de febrero, FJ 6; 35/2016, de 3 de marzo, FJ 4, y 89/2017, de 4 de julio, FJ 14).

El artículo 139.2 CE asegura la libre circulación de mercancías y personas en todo el territorio español. Proscribe con ello las regulaciones o medidas de signo proteccionista; esto es, que dificultan injustificadamente en un territorio la comercialización de productos de otras zonas o el ejercicio de actividades empresariales por parte de personas procedentes de otros lugares. Consecuentemente, bajo el prisma del artículo 139.2 CE, cobra relevancia una única modalidad de límite o condición a la libertad empresarial: la que favorece a productos u operadores de un territorio en detrimento de los de otros lugares. Una restricción a la libre circulación de bienes y personas será compatible con el artículo 139.2 CE solo si la autoridad pública que la ha adoptado acredita que no persigue ni produce efectos discriminatorios, por responder a un objetivo constitucionalmente legítimo y ser idónea, necesaria y proporcionada. No contradice necesariamente el artículo 139.2 CE toda medida que en la práctica produzca efectos restrictivos más onerosos sobre las cosas o personas provenientes de fuera; únicamente lo hará “cuando persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar la libre circulación o genere consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que pretenda la medida adoptada” (STC 66/1991, de 22 de marzo, FJ 2, que cita la STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2)».

En opinión de esta institución, no es posible admitir, como pretende el interesado, que la ley balear viola el texto constitucional. De acuerdo con la sentencia citada, tanto la libertad de empresa como la libre circulación de bienes pueden someterse a restricciones o limitaciones, siempre que estas sean razonables al responder a un objetivo

constitucionalmente legítimo y sean adecuadas para conseguirlo, idóneas y proporcionadas.

El propio preámbulo de la ley contiene la motivación de la misma. Se citan a este respecto los siguientes párrafos:

«Por otra parte, se han mantenido reuniones sectoriales para tratar cuestiones específicas que afectan a diferentes sectores, como por ejemplo el de hostelería o el comercial y, finalmente, se ha tomado en consideración, además de toda la legislación sectorial, estatal y europea vigente y en tramitación, los dos borradores anteriores, de 2001 y 2012, de propuestas de aprobación de una ley balear de residuos.

También en la redacción de la norma se han tenido en cuenta el Plan de Acción de Economía Circular de la Unión Europea que afecta a las diferentes normativas en materia de residuos, así como las propuestas de modificación de la legislación ambiental en materia de residuos: Directiva marco de residuos, 2008/98/CE, Directiva 1994/62/CE de envases y residuos de envases, Directiva 1999/31/CE de vertederos, Directiva 1987/101/CEE de gestión de aceites usados, Directiva 2006/66/CE de pilas y acumuladores, Directiva 2000/53/CE de vehículos al final de su vida útil, y Directiva 2012/19/UE sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, así como su reciente modificación. Con ello, el legislador pretende renovar los objetivos de reutilización y reciclaje, actualizar la responsabilidad ampliada del productor, consolidar algunos conceptos clave como el de subproducto, establecer instrumentos comunes de medición y control, aumentar las restricciones al vertido de determinados productos y sustancias contaminantes y, en definitiva, mejorar el tratamiento y la gestión de los residuos producidos; todo ello, con ambición propia de mejora ambiental y desde la nueva perspectiva de la Unión Europea.

En la exposición de motivos de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo (Bruselas 2015.12.02) 2015/0275 (COD), por la que se modifica la Directiva 94/62/CE, relativa a los envases y residuos de envases, se afirma que la economía de la Unión pierde actualmente una cantidad significativa de posibles materias primas secundarias que se encuentran en los flujos de residuos, y que “la Unión desperdicia así oportunidades importantes para mejorar la eficiencia en el uso de los recursos y para crear una economía más circular”.

Efectivamente, la adopción de las medidas efectivas que propone el legislador autonómico, así como la aplicación de las mejores técnicas disponibles, persiguen avances reales y significativos en el uso eficiente de los recursos, de los que hay que obtener ventajas económicas, ambientales y sociales importantes en el marco de las

nuevas directivas europeas. El motivo esencial es la conversión de los residuos en recursos, que constituye una parte esencial del aumento de la eficiencia en el uso de los recursos y del “cierre del círculo” en una economía circular. La fijación de objetivos jurídicamente vinculantes en la legislación de la Unión Europea sobre residuos ha sido clave para mejorar las prácticas de gestión de residuos, estimular la innovación en el reciclaje, limitar el uso de vertederos y crear incentivos para modificar el comportamiento de los consumidores.

La Unión Europea entiende que la gestión de residuos se tiene que mejorar con vistas a proteger, preservar y mejorar la calidad del medio ambiente y proteger la salud humana, garantizar la utilización prudente y racional de los recursos naturales y promover una economía más circular. Para ello, entiende que conviene modificar los objetivos establecidos en las directivas en materia de valorización y reciclaje de los envases y residuos de envases, fomentando la preparación para la reutilización y el reciclaje de residuos de envases con el fin de reflejar mejor la ambición de la Unión de avanzar hacia una economía circular, así como en la lucha contra la contaminación ambiental por plásticos.

En esta línea conviene señalar que en la Asamblea del Programa de Medio Ambiente de las Naciones Unidas (UNEP) más de 200 países aprobaron una resolución histórica ante la “crisis planetaria” que comporta la contaminación de los océanos, especialmente de plásticos (muchos de estos provenientes de envases y productos de un solo uso). El documento incluye diez recomendaciones para poner fin al problema, una de las cuales es un llamamiento a la industria de la alimentación y la bebida y a los grandes supermercados para aplicar “prácticas innovadoras como el uso de sistemas de responsabilidad ampliada del productor como los sistemas de depósito”, y prevén en el punto 4.c) que se elaboren y apliquen “planes de acción para la prevención de las basuras marinas y los microplásticos, fomentando la eficiencia en el uso de los recursos, en particular mediante actividades de prevención; incrementando los porcentajes de recogida y reciclaje de desperdicios de plástico; rediseñando y reutilizando productos y materiales; y evitando el uso innecesario de productos de plástico y plásticos que contengan sustancias químicas que son motivo de especial preocupación, cuando proceda”.

En este mismo ámbito, la Comisión Europea (CE) llegó a un acuerdo el 18 de diciembre de 2017 con representantes del Parlamento Europeo sobre medidas legislativas en materia de residuos, que se plasmarán en las nuevas directivas que modifican aquellas aprobadas en materia de residuos subiendo el objetivo de reciclaje de residuos urbanos y endureciendo el sistema de cálculo de material reciclado. También hay que mencionar la Resolución del Parlamento Europeo sobre la gobernanza

internacional de los océanos, aprobada el 16 de enero de 2018: una agenda para el futuro de los océanos en el contexto de los ODS 2030 (2017/2055 INI), que destaca el compromiso de la Unión Europea de conseguir la conservación y el uso sostenible de los océanos y los mares, y los recursos marinos identificados en el ODS 14 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. En este documento se reconoce la naturaleza transversal de la materia y la necesidad de un enfoque coordinado e integrado para garantizar una mejor gobernanza; se pide a la Comisión que presente propuestas legislativas y trabaje con los estados miembros para mejorarla y para implementar con éxito las acciones enumeradas en la comunicación conjunta, destacando las disposiciones sobre los principios de precaución y de quien contamina paga, y se insta a los estados miembros ribereños a que respeten el deber que les impone Naciones Unidas de prevenir y controlar la contaminación marina.

Efectivamente, estos precedentes sirven para orientar la nueva política ambiental autonómica. El legislador autonómico pretende acertar con medidas y sistemas más efectivos, que hagan posible la consecución de los objetivos que marque la futura legislación de la Unión Europea en materia de residuos».

No se aprecia por lo tanto que las medidas adoptadas en la ley a este respecto sean irrazonables, innecesarias y desproporcionadas, ni que estén dirigidas a obstaculizar el ejercicio de la libertad de empresa ni la libre circulación de bienes, sino a la mejora del medio ambiente en las Illes Balears y, en especial, de lo relativo a los residuos.

Por otra parte, respecto a la prohibición de restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente establecida en el derecho comunitario, es necesario en primer lugar recordar que el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, establece que las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

A su vez, el artículo 3.11 de la Ley 17/2009 define las razones imperiosas de interés general del siguiente modo (el subrayado es nuestro): «Razón imperiosa de interés general: razón definida e interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas a las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del

régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural».

Así, es posible establecer restricciones en el ejercicio de actividades económicas basadas en la protección del medio ambiente, como es el caso. A mayor abundamiento, procede citar aquí el fundamento jurídico 7 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017, de 22 de junio de 2017, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña respecto de varios preceptos de la Ley 20/2013:

«El concepto de razón imperiosa de interés general tiene su origen en el Derecho de la Unión Europea [si bien, aunque no con tal denominación, el concepto teórico está presente ya en la jurisprudencia de los años 70, por ejemplo, en el asunto Van Wesemael, Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de enero de 1979, asuntos acumulados 110/78 y 111/78; sobre libre prestación de servicios y que se refiere a “normas justificadas por el interés general”]. En efecto, tal concepto [junto con el concepto de exigencias imperativas utilizado específicamente en el ámbito de la libre circulación de mercancías desde el asunto Cassis de Dijon, Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1979, 120/78], supuso el reconocimiento por parte del Tribunal de Justicia de la existencia de intereses públicos —más allá de aquellos recogidos explícitamente en los tratados—, capaces de justificar, en ausencia de armonización normativa europea, las medidas de los Estados miembros que obstaculizan el comercio intracomunitario. Las razones imperiosas de interés general y las exigencias imperativas se encuentran, por tanto, en el Derecho de la Unión abiertas a su reconocimiento jurisprudencial, pues es así como se salva la falta de enunciación explícita en el derecho codificado de determinadas finalidades consideradas legítimas».

Respecto a la posible vulneración del artículo 149.1.13 de la Constitución, procede en este punto traer a colación el fundamento jurídico 5 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2017, que dice lo siguiente:

«Como hemos tenido oportunidad de recordar ya, en relación con la competencia estatal del artículo 149.1.13 CE, este Tribunal ha declarado repetidamente desde la STC 95/1986, de 10 de julio (posteriormente, entre otras muchas, en las SSTC 152/1988, de 20 de julio y 188/1989, de 16 de noviembre), que “las bases de la planificación general de la actividad económica consisten en el establecimiento de ‘las normas estatales que

fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector' (STC 135/2012, de 19 de junio, FJ 2), admitiendo que esta competencia ampara todas las normas y actuaciones, sea cual sea su naturaleza, orientadas a la ordenación de sectores económicos concretos y para el logro de fines entre los que la doctrina constitucional ha situado el de garantizar el mantenimiento de la unidad de mercado (SSTC 118/1996, de 27 de junio, FJ 10; y 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 6) o de la 'unidad económica' (SSTC 152/1988, de 20 de julio, FJ 2; 186/1988, de 17 de octubre, FJ 2; 96/1990, de 24 de mayo, FJ 3, y 146/1992, de 16 de octubre, FJ 2), pero también el de 'alcanzar los objetivos de la política económica general o sectorial' (STC 96/1990, FJ 3 y en el mismo sentido SSTC 80/1985, FJ 1; y 188/1989, FJ 5), así como el de incidir en principios rectores de la política económica y social (SSTC 95/2002, FFJJ 7 y 11, seguida por las SSTC 190/2002, de 17 de octubre; 228/2003 y 230/2003, de 18 de diciembre)" (STC 20/2016, de 4 de febrero, FJ 3).

No obstante, debemos igualmente subrayar que el artículo 149.1.13 CE exige una lectura restrictiva, puesto que una excesivamente amplia podría constreñir e incluso vaciar las competencias sectoriales legítimas de las comunidades autónomas (SSTC 29/1986, FJ 4, y 141/2014, FJ 5). Este Tribunal ha señalado que "el posible riesgo de que por este cauce se produzca un vaciamiento de las concretas competencias autonómicas en materia económica obliga a enjuiciar en cada caso la constitucionalidad de la medida estatal que limita la competencia asumida por una comunidad autónoma como exclusiva en su Estatuto, lo que implica un examen detenido de la finalidad de la norma estatal de acuerdo con su objetivo predominante, así como su posible correspondencia con intereses y fines generales que precisen de una actuación unitaria en el conjunto del Estado [por todas, STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3.d)]" (STC 143/2012, de 2 de julio, FJ 3). No toda medida por el mero hecho de tener una incidencia económica puede incardinarse en este título; es preciso que tenga "una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, pues de no ser así se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico" (SSTC 21/1999, de 25 de febrero, FJ 5; 141/2014, FJ 5). Y es que si bien es evidente, como ya hemos afirmado, que "el Estado retiene ciertas capacidades en aquellos aspectos sectoriales de la economía que pudieran ser objeto de competencia exclusiva de las comunidades autónomas pero que deben acomodarse a las directrices generales mediante las que aquel fija las bases de la planificación económica y coordina la misma", no lo es menos que "dichas facultades de supervisión no pueden suponer en ningún caso que se desfigure un reparto constitucional y estatutario de competencias en el que las comunidades autónomas han recibido importantes responsabilidades en materia

económica (STC 77/2004, de 29 de abril, FJ 4)” (STC 74/2014, de 8 de mayo, FJ 3 y STC 11/2015, de 5 de febrero, FJ 4)».

De acuerdo con esta doctrina, ha de entenderse que es conforme con la distribución constitucional de competencias la aprobación por la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de la legislación que nos ocupa; sin que el título competencial del artículo 149.1.13 de la Constitución pueda constreñir el ejercicio de las competencias de esa comunidad autónoma en materia de medio ambiente. Por lo que este motivo tampoco puede ser estimado.

Tampoco puede estimarse la alegación de que los preceptos de la ley violan el principio de igualdad de todos los españoles reconocido en el artículo 14 de la Constitución. No se percibe en qué punto pueda establecerse una discriminación de los ciudadanos de las Illes Balears respecto de los del resto del Estado español por el hecho de establecer unas obligaciones determinadas en cuanto a los residuos de determinado tipo y a su gestión.

Valga todo lo anterior respecto de los presuntos vicios de inconstitucionalidad de lo dispuesto en los artículos 27 apartados 7, 8 y 9 y 28 apartados 2 y 4.

En cuanto al artículo 28.2 de la ley, y su posible contradicción con lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases, ha de partirse en primer lugar de lo dispuesto en el apartado V del Preámbulo de la Ley 8/2019, que expone la motivación de esta cuestión.

Además, el artículo 10.2 de la Ley 11/1997 establece literalmente que los sistemas integrados de gestión de residuos de envases y envases usados financiarán la diferencia de coste entre el sistema ordinario de recogida, transporte y tratamiento de los residuos y desechos sólidos urbanos en vertedero controlado, establecido en la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, y el sistema de gestión regulado en la presente sección, incluyendo entre los costes originados por este último, el importe de la amortización y de la carga financiera de la inversión que sea necesario realizar en material móvil y en infraestructuras.

A estos efectos, los sistemas integrados de gestión deberán compensar a las entidades locales que participen en ellos por los costes adicionales que, en cada caso, tengan efectivamente que soportar de acuerdo con lo indicado en el párrafo anterior, en los términos establecidos en el correspondiente convenio de colaboración.

Ello implica que los sistemas integrados deben compensar a las administraciones correspondientes por los costes adicionales que suponga el utilizar dicho sistema en lugar del ordinario de recogida, transporte y tratamiento.

El apartado 2 del artículo 28 de La Ley 8/2019 establece que los sistemas de responsabilidad ampliada del productor de residuos de envases tienen que compensar a las administraciones por la totalidad de los costes del ciclo de gestión de todos los residuos de envases destinados a valorización, incluida la parte proporcional por los residuos de envases recogidos no selectivamente y de aquellos procedentes de la limpieza vial y de otros espacios como las playas.

No se aprecia contradicción entre los dos artículos citados, toda vez que la compensación a la que se refiere el artículo 10.2 de la Ley 11/1997 es, entre otras materias, por la valorización de envases que llevan a cabo los sistemas de gestión; que es precisamente el objeto de la compensación contemplada en el artículo 28.2 de la ley balear. Es cierto que la redacción del artículo 10.2 de la Ley de Envases no es muy afortunada; no obstante, de ello no puede inferirse la inconstitucionalidad del precepto balear.

En cuanto a la violación del artículo 9.3 alegada por el interesado, hemos de considerar que, más que tratarse de inseguridad jurídica en el sentido de que se desconozcan las consecuencias para los operadores jurídicos de los hechos contemplados en la regulación, se trata de términos que pueden resultar ambiguos o equívocos en sí mismos, lo que supone una cuestión diferente. Sin embargo, especialmente en lo relativo al término monodosis, hay que considerar que en el marco de la normativa comunitaria ya existe una definición, si no de monodosis, sí de «productos de un solo uso». Tal definición se contempla en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la reducción del impacto ambiental de determinados productos de plástico, actualmente en tramitación, en los siguientes términos (referida a producto de plástico de un solo uso): un producto fabricado total o parcialmente con plástico y que no ha sido concebido, diseñado o introducido en el mercado para completar, dentro de su período de vida, múltiples circuitos o rotaciones mediante su devolución a un productor para ser rellenado o reutilizado con el mismo fin para el que fue concebido.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, La seguridad jurídica es «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es

la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad (STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10)».

En el mismo sentido, la STC 46/1990, de 15 de marzo, se refiere a este principio en estos términos en su fundamento jurídico 4: «la exigencia del artículo 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas [...]. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no [...] provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean estas».

Lo anteriormente expuesto no es predicable de los artículos que se tachan de inconstitucionales, por lo que este motivo también dese ser desestimado.

Por último, es necesario referirse a la posible consideración de la ley balear como un reglamento técnico de facto, en el sentido que este término tiene en la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información. De acuerdo con la directiva, se consideran reglamentos técnicos de facto las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro que remiten ya sea a especificaciones técnicas, a otros requisitos o a reglas relativas a los servicios, ya sea a códigos profesionales o de buenas prácticas que a su vez se refieran a especificaciones técnicas, a otros requisitos o a reglas relativas a los servicios, cuya observancia confiere una presunción de conformidad a lo establecido por dichas disposiciones legales, reglamentarias o administrativas.

A su vez, la directiva define las especificaciones técnicas como una especificación que figura en un documento en el que se definen las características requeridas de un producto, tales como los niveles de calidad, el uso específico, la seguridad o las dimensiones, incluidas las prescripciones aplicables al producto en lo referente a la denominación de venta, la terminología, los símbolos, los ensayos y métodos de ensayo, el envasado, el marcado y el etiquetado, así como los procedimientos de evaluación de la conformidad.

Igualmente, se definen como otros requisitos aquellos distintos de una especificación técnica, impuestos a un producto, en particular por motivos de protección

de los consumidores o del medio ambiente y que se refieren a su ciclo de vida con posterioridad a su comercialización, como sus condiciones de uso, reciclado, reutilización o eliminación, cuando dichas condiciones puedan afectar significativamente a la composición o naturaleza del producto o a su comercialización.

En este punto ha de darse la razón al interesado, al menos en lo que se refiere a las prohibiciones establecidas en el artículo 23 apartados d, e y f y en el artículo 25.6. Respecto de los dos primeros apartados del artículo 26, ya el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció en este sentido en la Sentencia de 8 de septiembre de 2005 (asunto Lidl Italia, S.L., C-303/04). También esto es aplicable a lo dispuesto en el artículo 25 apartado 6 de la ley.

En el caso del apartado f, no se impone la obligación absoluta de que las cápsulas de un solo uso de café, infusiones, caldos y otras utilizadas en cafeteras, puestas en venta en las Illes Balears, tengan que ser fabricadas con materiales compostables, sino que pueden ser de otro tipo de materiales, siempre que sean fácilmente reciclables, orgánica o mecánicamente. Para lo cual se establece la necesidad por parte de los fabricantes, importadores o distribuidores que opten por su reciclaje de organizar un sistema individual o colectivo que garantice y acredite ante el Gobierno de las Illes Balears el reciclaje correcto de los productos y el cumplimiento de los objetivos de esta ley. El órgano competente en materia de residuos del Gobierno de las Illes Balears autorizará y registrará estos sistemas de responsabilidad ampliada del productor.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (especialmente la Sentencia de 30 de abril de 1996, asunto CIA Security Internacional, C-194/04), no solo el establecimiento de requisitos respecto de un producto, sino incluso su necesidad de homologación por las autoridades competentes (que era el caso de la citada sentencia), suponen una reglamentación técnica de facto, que debía ser notificada a la comisión de acuerdo con el artículo 5 de la directiva citada. En el mismo caso nos encontramos respecto a la obligación contemplada en el artículo f de someter a autorización administrativa un sistema de responsabilidad ampliada del productor para este tipo de productos.

Por ello, procede iniciar actuaciones con la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura y Pesca de las Illes Balears, para que informe sobre este extremo y, en concreto, si se cumplimentaron los trámites establecidos en la Directiva 2015/1535.

Ahora bien, dicho lo anterior, hay que aclarar que esta irregularidad no implica una violación del texto constitucional, y así se ha pronunciado en varias ocasiones el

Tribunal Constitucional, quien ha manifestado en varias sentencias que el derecho comunitario, ya sea originario o derivado, no forma parte del canon de constitucionalidad.

Así, la STC 28/1991 sienta claramente esta doctrina en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Vasco contra el artículo de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General que declaraba incompatible la condición de diputado de un parlamento autonómico con la de parlamentario europeo. Se invocaba la vulneración del artículo 5 del Acta Electoral Europea, identificando dicha infracción con la de los artículos 93 y 96 de la Constitución. El artículo 93 alude a los tratados por los que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, advirtiendo que la garantía de su cumplimiento y de las resoluciones emanadas de los organismos titulares de la cesión corresponde al Gobierno o a las Cortes Generales. El TC reconoce que, desde la integración, el Reino de España se halla vinculado al Derecho comunitario originario y derivado (STJCE Costa/ENEL, de 15 de julio de 1964). Pero señala que esa vinculación no significa que, por mor del artículo 93, se haya dotado a las normas comunitarias de rango y fuerza constitucionales, ni quiere decir que una eventual infracción de esas normas comunitarias por una norma española entrañe una conculcación del artículo 93 de la Constitución. Este precepto es el fundamento de la vinculación, pero se limita a regular el modo de celebración de cierta clase de tratados internacionales. Solo tales tratados pueden ser confrontados con el artículo 93 de la Constitución en un juicio de constitucionalidad, al ser dicha norma suprema la fuente de validez formal de los mismos (fundamento 4).

En cuanto al artículo 96 de la Constitución, señala la sentencia que ningún tratado recibe del mismo más que la consideración de norma que forma parte del ordenamiento interno. Por tanto, la supuesta contradicción de los tratados por normas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de estas: es un puro problema de selección del derecho aplicable, que debe ser resuelto por los órganos judiciales en los asuntos 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» (fundamento 5).

Por lo que este motivo tampoco puede ser estimado.

No obstante todo lo anterior, y a pesar de que existe un proyecto de normativa comunitaria que va en la línea de los preceptos legales, tal vez hubiera sido prudente esperar a la aprobación definitiva de la directiva sobre reducción de impacto ambiental de determinados productos de plástico, y sería recomendable que los plazos contenidos

en los artículos 23, 25 y 28 de la ley fueran acordes con la legislación estatal, para no producir distorsiones indeseables en el mercado. Lo cual se pondrá de manifiesto a la citada consejería en las actuaciones que se lleven a cabo.

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

## **FUNDAMENTOS**

**ÚNICO.** La solicitud de interposición del recurso de inconstitucionalidad considera que los artículos 2.2 c), j) y k); 22.1.b; 23.1.d, e y f; 25.2, 4 y 6; 27.7, 8 y 9; y 28.2 y 4 de la Ley 8/2019, de 19 de febrero, de residuos y suelos contaminados de las Illes Balears, incurren en vicio de inconstitucionalidad, por los motivos que se han descrito más arriba.

Sin embargo, como ya se ha demostrado, cabe entender que las modificaciones no vulneran lo dispuesto en la normativa básica del Estado en esta materia (esencialmente la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados); sin que pueda decirse que la ley incurre en inconstitucionalidad.

## **RESOLUCIÓN**

En virtud de cuanto antecede, y oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión de 20 de mayo de 2019, el Defensor del Pueblo, de acuerdo con la legitimación que le confieren los artículos 162.1.a) de la Constitución, el 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y el 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que regula esta institución, ha resuelto NO INTERPONER recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 2.2.c, j y k; 22.1.b; 23.1.d, e y f; 25.2, 4 y 6; 27.7, 8 y 9 y 28.2 y 4 de la Ley 8/2019, de 19 de febrero, de residuos y suelos contaminados de las Illes Balears.

***Ley 5/2019, de 19 de marzo, de modificación de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León***

El alcalde de un ayuntamiento solicitó la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 5/2019, de 19 de marzo, de Castilla y León al entender que vulneraba el artículo 9.3 de la Constitución española.

**ANTECEDENTES**

La petición se dirige contra la ley en general, que modifica determinados artículos de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo de Castilla y León (*Boletín Oficial de Castilla y León* número 59, de 26 de marzo de 2019). En concreto, la ley contiene tres artículos, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

El artículo 1 regula el objeto y ámbito de aplicación de la ley. En este sentido, el objeto de la ley es promover una mejor compatibilidad entre la protección urbanística del suelo de carácter rústico y el desarrollo de las actividades extractivas.

El artículo 2 modifica el artículo 23 de la Ley 5/1999, que regula los derechos en suelo rústico, añadiendo además una letra b.bis relativa a la minería energética y demás actividades extractivas no citadas en el apartado anterior, así como las construcciones e instalaciones vinculadas a las mismas.

El artículo 3 modifica la letra c del apartado primero del artículo 25 de la Ley 5/1999, que regula las autorizaciones de uso en suelo rústico.

La disposición derogatoria deroga las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la presente ley o sean incompatibles con su contenido.

La disposición final primera otorga al Gobierno de Castilla y León un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la ley para adaptar el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León a lo dispuesto en la misma.

Y, por último, la disposición final segunda establece que la ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial de Castilla y León*.

El solicitante, alcalde-presidente del Ayuntamiento de [...], presenta un escrito confuso en el que se realizan alegaciones, además de contra los preceptos legales, contra el proyecto de reglamento al que alude la ley, que se encuentra actualmente en tramitación. Sin embargo, no procede entrar en las cuestiones relacionadas con este último aspecto, procediendo a analizar estrictamente lo relativo a la adecuación de la ley cuestionada al texto constitucional.

Básicamente el interesado considera que se vulnera la seguridad jurídica con la modificación efectuada en el artículo 23 de la Ley 5/1999 por el artículo 2 de la Ley 5/2019. La nueva redacción del artículo 23 (citado) es la siguiente:

«Artículo 23. Derechos en suelo rústico.

2. Asimismo, en suelo rústico podrán autorizarse los siguientes usos excepcionales, conforme al artículo 25 y a las condiciones que se señalen reglamentariamente, atendiendo a su interés público, a su conformidad con la naturaleza rústica de los terrenos y a su compatibilidad con los valores protegidos por la legislación sectorial:

- a) Construcciones e instalaciones vinculadas a explotaciones agrícolas, ganaderas, forestales, cinegéticas y otras análogas vinculadas a la utilización racional de los recursos naturales.
- b) Actividades extractivas de rocas y minerales industriales, minería metálica, rocas ornamentales, productos de cantera y aguas minerales y termales, así como las construcciones e instalaciones vinculadas a todas las citadas.
- b bis) Minería energética y demás actividades extractivas no citadas en el apartado anterior, así como las construcciones e instalaciones vinculadas a las mismas.
- c) Obras públicas e infraestructuras en general, así como las construcciones e instalaciones vinculadas a su ejecución, conservación y servicio.
- d) Construcciones e instalaciones propias de los asentamientos tradicionales.

- e) Construcciones destinadas a vivienda unifamiliar aislada que resulten necesarias para el funcionamiento de alguno de los demás usos citados en este artículo.
- f) Obras de rehabilitación, reconstrucción, reforma y ampliación de las construcciones e instalaciones existentes que no estén declaradas fuera de ordenación, para su destino a su anterior uso o a cualquiera de los demás usos citados en este artículo.
- g) Otros usos que puedan considerarse de interés público:
  - 1.º Por estar vinculados a cualquier forma del servicio público.
  - 2.º Por estar vinculados a la producción agropecuaria.
  - 3.º Porque se aprecie la necesidad de su ubicación en suelo rústico, a causa de sus específicos requerimientos o de su incompatibilidad con los usos urbanos».

Considera el interesado que determinado tipo de minerales, en concreto el uranio, pueden ser clasificados tanto en el apartado 2.b como en el apartado 2.b.bis y ello tiene su importancia, ya que de acuerdo con lo dispuesto en el nuevo artículo 25 únicamente se consideran usos prohibidos en suelo rústico las actividades previstas en el apartado 2.b.bis, pero no así las del apartado 2.b, por lo que se podría extraer uranio en suelo rústico.

Esta circunstancia hace que se viole el principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución, según el interesado.

Una vez expuesto lo anterior, procede realizar un análisis sobre el asunto, atendiendo a las alegaciones de los interesados y a la doctrina y la jurisprudencia constitucionales.

Comenzando por la presunta violación del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, ha de traerse a colación en este momento el fundamento jurídico 4 de la STC 46/1990, de 15 de marzo, que establece lo siguiente:

«La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los

ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean estas».

No parece a esta institución que en el caso presente nos encontremos ante una vulneración de esa certeza a la que alude el Tribunal en la sentencia citada. Los preceptos cuestionados contienen una regulación clara de la cuestión (los tipos de usos permitidos y prohibidos en suelo rústico), sin que el hecho de que determinado tipo de minerales puedan ser calificados como minerales industriales y/o metálicos o como minerales energéticos incida en la adecuación de los preceptos legales al texto constitucional.

Cuestión distinta es que esa calificación pueda ser discutible, pero se trata de una cuestión ajena al juicio de constitucionalidad que aquí se plantea.

Por lo que este motivo debe ser desestimado.

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

## **FUNDAMENTOS**

**ÚNICO.** La solicitud de interposición del recurso de inconstitucionalidad considera que de la Ley 5/2019, de 19 de marzo, de modificación de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, incurre en vicio de inconstitucionalidad, por los motivos que se han descrito más arriba.

De acuerdo con los argumentos expuestos, esta institución considera que la ley citada no incurre en inconstitucionalidad.

## **RESOLUCIÓN**

En virtud de cuanto antecede, y oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión de 25 de junio de 2019, el Defensor del Pueblo, de acuerdo con la legitimación que le confieren los artículos 162.1.a) de la Constitución, el 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y el 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que regula esta institución, ha resuelto NO INTERPONER recurso de

inconstitucionalidad contra de la Ley 5/2019, de 19 de marzo, de modificación de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de urbanismo en la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

***Ley 9/2019, de 28 de marzo, de modificación de la Ley 4/1996, de 12 de julio, de Caza en la Comunidad Autónoma de Castilla y León***

Varios ciudadanos solicitaron al Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 9/2019, de 28 de marzo, de Castilla y León al entender que vulneraba los artículos 9.3, 24.1, 45 y 149.1 de la Constitución española.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.** La demanda se dirige contra el artículo único (apartados 1, 3, 5 y 6) y contra la disposición transitoria de la Ley de Castilla y León 9/2019, de 28 de marzo, de modificación de la Ley 4/1996, de 12 de julio, de Caza en la Comunidad Autónoma de Castilla y León (*Boletín Oficial de Castilla y León* número 62, de 29 de marzo de 2019).

Para el planteamiento del recurso es necesario exponer los siguientes antecedentes:

A) El 30 de abril de 2015 el Consejo de Gobierno de Castilla y León aprobó el Decreto 32/2015, que regula la conservación de las especies cinegéticas de Castilla y León, su aprovechamiento sostenible y el control poblacional de la fauna silvestre.

Este decreto fue recurrido ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León a instancia de una federación ecologista de Castilla y León. El Tribunal dictó sentencia el 17 de mayo de 2017, que anuló determinados preceptos, en concreto y en lo que aquí nos ocupa los artículos 13 y 14 y el Anexo, del decreto en cuestión.

Es importante destacar el fundamento jurídico séptimo de la sentencia. En síntesis, según el TSJ el hecho de que las especies declaradas cinegéticas por la normativa nacional (autonómica) estén incluidas en el anexo II de la Directiva de conservación de las aves silvestres (DAS) únicamente cumple con la condición de que se trate de especies no protegidas por la normativa comunitaria, pero ello no colma los requisitos para que tengan tal consideración pues, además, deben ser especies que

debido a su nivel de población, a su distribución geográfica y a su índice de reproductividad, su caza no comprometa los esfuerzos de conservación realizados en su área de distribución. La declaración de especies como cinegéticas en el artículo 13 del Decreto 32/2015 carecía de estudios científicos que avalaran la concurrencia de los presupuestos establecido por el propio decreto. Los estudios aducidos no analizaban la concreta situación de las especies en la comunidad autónoma o en el Estado Español. El artículo 7 DAS establece los criterios generales a los que la legislación nacional debe someterse para considerar que una especie es cazable, y limita esta posibilidad a las referidas en el anexo, pero esa referencia no significa que, sin más, la legislación nacional pueda considerarla como tal pues ello dependerá, como dicen el propio artículo 7 (y el 1.2 del decreto que lo transpone), de que su situación demográfica lo permita.

El artículo 7 de la directiva permite la caza de determinadas especies de aves. Se considera que la caza de estas especies constituye una explotación aceptable, debido a su nivel de población, a su distribución geográfica y a su índice de reproductividad en el conjunto de la Comunidad, es decir aquí en el conjunto de Castilla y León. Que una especie esté recogida en el anexo no obliga a un Estado miembro a autorizar su caza, se trata solo de una posibilidad, de la que los Estados miembros pueden hacer uso o no en función de las características y condiciones propias de cada especie en su territorio.

Decía el TSJ que la documentación científica debe fundamentar la norma elaborada, es decir que debe obrar en el expediente administrativo de elaboración como fundamento de sus disposiciones. Y recordaba que la inclusión de una especie en el Anexo II de la DAS es insuficiente para que un Estado miembro pueda considerarla 'cazable', como ya tenía declarado el TSJ en sus sentencias de 28 de febrero de 2012, recurso 363/2010 (se impugnaba la Orden anual de caza 928/2010) y de 18 de abril de 2008, recurso 2759/2002 (frente a la Orden anual de caza de 27 de junio de 2002). Ello era trasladable al decreto que ahora juzgaba, que permitía a normas carentes del rango y de la estabilidad precisas que fijaran las especies cazables sin antes haberse valorado la documentación científica que avale el carácter 'potencialmente' cazable de cada especie.

B) Como consecuencia de la sentencia se aprobó el Decreto 10/2018, de 26 de abril, que modificó el Decreto 32/2015. En concreto, se modificaron los apartados 2 y 3 del artículo 6, el apartado 4 del artículo 9 (al cual se añadían dos nuevos apartados, 8 y 9); los artículos 13, 14, 15, 19.1 y el Anexo.

Sin embargo, la regulación resultante de las modificaciones operadas por el Decreto 10/2018 era prácticamente idéntica a la aprobada en 2015. Esto motivó un recurso contencioso-administrativo contra el Decreto 10/2018, interpuesto por el Partido

Animalista [...], que solicitó la suspensión de la vigencia de la norma. Además, el [...] recurrió la Orden FYM/728/2018, de 25 de junio, por la que se aprueba la Orden anual de caza de Castilla y León.

El TSJ de Castilla y León, mediante autos de 21 y 26 de febrero de 2018, adoptó las medidas cautelares de suspensión de la vigencia del Decreto 10/2018 y de la Orden FYM/728/2018.

Son especialmente importantes los fundamentos jurídicos 7 y 9 del Auto de 21 de febrero de 2019.

El FJ 7 argumentaba sobre la irreparabilidad o difícil reparación de los daños que puedan producirse por la no suspensión de la disposición impugnada. La parte que solicitaba la medida sostenía que la aplicación del decreto impugnado posibilitaba la caza de especies de la fauna silvestre sin contar con estudios científicos objetivos y actualizados que permitieran, desde el punto de vista de conservación de la especie, la práctica de esa actividad; la parte demandada consideraba que no había ningún principio de prueba de tal afirmación y que ninguna de las especies declaradas cinegéticas por la modificación del decreto eran especies protegidas.

A juicio del TSJ el planteamiento de la Administración demandada era incorrecto, teniendo en cuenta los parámetros en los que la caza puede ser permitida. Que las especies a que se refería el decreto se encuentren en los anexos de las directivas UE no implica que la ejecución de la norma impugnada no cause daños irreparables o de difícil reparación, porque la práctica de la actividad cinegética y las medidas de gestión que se contemplen exigen contar con información relativa al nivel de población, distribución geográfica y tasa de reproducción de las distintas especies silvestres, así como del grado de incidencia de dichas actividades en su conservación de las mismas. Que una especie sea susceptible de ser cazada o ser objeto de gestión en abstracto (por no ser especie protegida) no significa para el TSJ que tales actividades puedan realizarse sin más, sino que también es necesario que no se vea afectada la conservación de la especie.

Por su parte, el FJ 9 del auto argumentó acerca de que la medida cautelar exige también ponderar la apariencia de buen derecho, criterio íntimamente unido al *periculum in mora* pues la probabilidad de que la ejecución del decreto causara daños irreparables en la fauna silvestre están en función de los estudios científicos realizados para declarar una especie como cinegética. Como el decreto que juzgaba (y aún juzga) el TSJ es una modificación del Decreto 32/2015, del cual determinados artículos fueron anulados por el TSJ, lógicamente el tribunal trajo a colación sus razonamientos de entonces. Como la información científica no estaba actualizada (se tomaban en consideración datos de

2001 y 2005) ni constaba haberse utilizado estudios científicos objetivos, el TSJ concluyó que tal información era insuficiente para conducir a la decisión, es decir a la modificación del Decreto de 2015 por el de 2018.

El FJ 6 del Auto del TSJ de 26 de febrero de 2019, por el cual se suspende la eficacia de la Orden anual de caza de Castilla y León para 2018, reproduce el contenido del Auto de 21 de febrero.

En suma, el TSJ de Castilla y León suspendió en febrero de 2018 la vigencia del Decreto 10/2018 y de la Orden FYM/728/2018 porque posibilitar la caza de especies de la fauna silvestre sin contar con estudios científicos objetivos y actualizados es contrario a la conservación de las especies, lo que con la apariencia de buen derecho y el *periculum in mora* conduce a inferir la probabilidad de que la ejecución del decreto cause daños irreparables en la fauna silvestre.

**SEGUNDO.** Tras estos pronunciamientos judiciales, el 28 de febrero de 2019 los Grupos Parlamentarios [...] presentan en las Cortes de Castilla y León una Proposición de Ley por la que se modifica la Ley 4/1996, de 12 de julio, de Caza de Castilla y León.

La proposición de ley se tramitó por el procedimiento de lectura única, y fue aprobada por el Pleno el 27 de marzo de 2019, como Ley de Castilla y León 9/2019, de 28 de marzo, aquí impugnada en los preceptos antes indicados: artículo único (apartados 1, 3, 5 y 6) y disposición transitoria.

## **MOTIVOS DE INCONSTITUCIONALIDAD**

Primero: planteamiento y presentación de los motivos

Es inconstitucional la determinación por la Ley 9/2019 de las especies cinegéticas y cazables en Castilla y León, y de los períodos y días hábiles de caza en esta comunidad autónoma, así como la autorización del ejercicio de la caza directamente por ministerio de la ley.

Es inconstitucional la disposición legal (a) por haberse aprobado sin los estudios científicos y técnicos necesarios y (b) con la intención de eludir el cumplimiento y dejar sin efecto los autos del TSJ de Castilla y León de 21 y 26 de febrero de 2018, que decidieron las medidas cautelares de suspensión de la vigencia del Decreto 10/2018 y de la Orden FYM/728/2018.

Estos son en síntesis los motivos de la presente demanda. El examen detallado de los preceptos que aquí se impugnan se deja para el apartado C) del MOTIVO

TERCERO, por razones expositivas y de sencillez. Aquí se considera bastante señalar que los preceptos impugnados de la Ley 9/2019 vulneran los siguientes artículos de la Constitución, como se razonará después:

- 9.3: la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.
- 24.1: todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
- 45.1: todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
- 45.2: los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
- 45.3: para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.
- 149.1.23ª: el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección; y sobre la legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.

Los motivos de la presente demanda se presentan por este orden: ante todo se examina la modificación operada por el artículo único (apartados 1, 3, 5 y 6) y la disposición transitoria de la Ley 9/2019 (motivo SEGUNDO); a continuación se argumenta la inconstitucionalidad por vulneración de la legislación básica estatal sobre protección del medio ambiente, conservación de la biodiversidad y caza (motivo TERCERO, donde se entra en el examen detallado de los preceptos ahora recurridos); seguidamente se argumenta la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, tanto respecto de la doctrina constitucional sobre las leyes singulares (motivo CUARTO) como sobre la tutela judicial efectiva misma (motivo QUINTO); para finalmente concluir con

tales elementos que ha habido vulneración de la Constitución por los preceptos impugnados (motivo SEXTO).

Segundo: modificación efectuada por la Ley 9/2019

La modificación operada por el artículo único de la Ley 9/2019 consiste en elevar a rango de ley la lista de especies cinegéticas y cazables, así como los períodos y días hábiles para el ejercicio de la caza en Castilla y León, lo cual permite el ejercicio de esta actividad por ministerio de la ley.

Según su EXPOSICIÓN DE MOTIVOS, la Ley 9/2019 se promulga conforme a lo establecido en las directivas europeas, traspuestas en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (LPNB); persigue dotar de un marco jurídico estable a las especies definidas como cinegéticas declarando como tales aquellas que, no encontrándose en ninguno de los supuestos de protección estricta conforme a la normativa comunitaria, estatal y autonómica, debido a sus niveles poblacionales, su distribución geográfica y su índice de reproductividad, pueden soportar una extracción ordenada de ejemplares; también se trata de fijar los períodos y días hábiles para el ejercicio de la caza. Asimismo, se pretende con la Ley 9/2019 dar régimen complementario de protección de estas especies que garantice que el ejercicio de la caza no comprometa su estado de conservación en su área de distribución. Por último, la Ley 9/2019 establece que la consejería competente apruebe un Plan General de Caza, en el que se establezcan limitaciones adicionales, que contemplen las peculiaridades comarcales, las medidas necesarias que deriven de las variaciones climáticas temporales o la evolución local de determinadas especies.

La clave del asunto se encuentra en la declaración como cinegéticas de determinadas especies.

De acuerdo con la EXPOSICIÓN DE MOTIVOS de la Ley 9/2019, dos son los criterios utilizados para esta declaración: que las especies no se encuentren en ninguno de los supuestos de protección conforme a la normativa comunitaria, estatal y autonómica; y que, de acuerdo con sus niveles poblacionales, su distribución geográfica y su índice de reproductividad, puedan soportar una extracción ordenada de ejemplares.

Es este segundo punto el que no está demostrado que se cumpla, con lo cual se vulnera la garantía legal que impone la LPNB, y por ende el artículo 149.1.23ª de la Constitución (siguiente motivo TERCERO). Los autos del TSJ de Castilla y León de 21 y 26 de febrero de 2019 suspendieron la vigencia del Decreto 10/2018 y la eficacia de la Orden FYM/728/2018 precisamente por la falta de estudios científicos que avalasen la declaración de especies como cinegéticas.

Igualmente ha de traerse a colación el hecho de que la iniciativa legislativa, es decir la proposición de ley que se presentó en las Cortes de Castilla y León, tuvo lugar el 28 de febrero de 2019, es decir a escasos días de haber sido dictados los autos judiciales mencionados.

En el debate de toma en consideración de la proposición de ley se puso de manifiesto por el representante del Grupo [...] que con la iniciativa legislativa se estaba declarando especies cinegéticas sin los estudios que lo avalasen (*Diario de Sesiones de las Cortes de Castilla y León* número 127, de 13 de marzo de 2019). Este reparo no fue contradicho ni discutido por ninguno de los grupos políticos promotores de la proposición de ley, ni por ningún otro.

Por último, mediante la disposición transitoria primera de la ley se permite *ope legis* el ejercicio de la caza, sin ningún tipo de control ni intervención administrativa, lo que imposibilita impugnar tal decisión más que acudiendo, por tanto indirectamente, a los tribunales para obtener de ellos el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

En conclusión, la modificación efectuada por la Ley 9/2019 implica la declaración por ministerio de la ley de especies cinegéticas sin los estudios científicos y técnicos que la avalen, lo que supone que no se garantiza la adecuada conservación de las especies silvestres, y consecuentemente vulnerándose lo dispuesto en la LPNB. La Ley 9/2019 permite el ejercicio de la caza, sin más.

Ello conduce también a calificar la Ley 9/2019 como ley singular, aprobada con la finalidad de neutralizar dos autos judiciales e inmune a la impugnación común ordinaria ante el poder judicial, lo cual vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, como se demostrará en los motivos CUARTO y QUINTO.

Tercero: vulneración de la legislación básica estatal y de la doctrina constitucional sobre protección del medio ambiente, conservación de la biodiversidad y caza

A) Es necesario empezar analizando la legislación estatal básica para verificar cómo es vulnerada por la modificación efectuada por la Ley autonómica 9/2019.

Ha de traerse a colación lo dispuesto en los artículos 54.1 y 5, 61.1 y 65 de la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y Biodiversidad (LPNB). Estos preceptos tienen carácter básico en todo el territorio nacional, por lo tanto su violación implica la del artículo 149.1.23ª de la Constitución, en cuanto se vulnera una competencia exclusiva del Estado.

El artículo 54 LPNB regula la garantía de conservación de especies autóctonas silvestres. El apartado 1 de este artículo establece como objetivo garantizar la conservación de la biodiversidad, como criterio preferente la preservación de los hábitats y como instrumento los regímenes específicos de protección para las especies silvestres cuya situación lo requiera; los mandatos a las administraciones incluyen adoptar las medidas pertinentes para que la recogida en la naturaleza de especies de fauna y flora silvestres de interés comunitario, y la gestión de su explotación, sea compatible con el mantenimiento de las especies en un estado de conservación favorable.

El apartado 5 del artículo 54 LPNB establece la prohibición de dar muerte, dañar, molestar o inquietar intencionadamente a los animales silvestres, sea cual sea el método empleado o la fase del ciclo biológico; la prohibición incluye la retención y captura en vivo, la destrucción, daño, recolección y retención de nidos, crías o huevos, aun vacíos, y la posesión, transporte, tráfico y comercio de ejemplares vivos o muertos o de sus restos. Estas prohibiciones, dice el precepto, no se aplican en la legislación de caza, entre otros numerosos supuestos con regulación específica, pero siempre que tal regulación sea compatible con la conservación de las especies.

De estos dos apartados se deduce entonces lo siguiente:

1º Existe la obligación general para las administraciones estatal y autonómicas de adoptar las medidas necesarias para garantizar la conservación de la biodiversidad que vive en estado silvestre.

2º Entre las actuaciones que es necesario realizar para cumplir esta obligación, se encuentran la atención preferente a la preservación de los hábitats y el establecimiento de regímenes específicos de protección para determinadas especies cuya situación así lo requiera, incluyéndolas bien en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial (regulado en el artículo 56 LPNB), bien en el Catálogo Español de Especies Amenazadas (artículo 58).

3º Lo anterior no implica que estas sean las únicas medidas que deben adoptarse para garantizar la conservación de la biodiversidad que vive en estado silvestre; ha de estarse a la finalidad del mandato legal, que es la garantía de esa conservación. Ello quiere decir, en el presente contexto, que esa obligación va más allá de la inclusión de determinadas especies en un listado o catálogo.

4º Enlazado a lo anterior, el apartado 5 del artículo 54 LPNB levanta la prohibición general de dar muerte, etc., a los animales silvestres que no estén incluidos en dichos listados, sea cual fuere el método empleado o la fase de su

ciclo biológico, en los supuestos de regulación específica, como es la legislación de caza. Pero siempre de manera compatible con la conservación de esas especies.

Por su parte, el artículo 65 LPNB, que regula las especies objeto de caza y pesca, establece en sus apartados 2 y 3 las siguientes reglas, relacionadas sintéticamente y en lo que aquí interesa:

- la caza debe regularse de modo que queden garantizados la conservación y el fomento de las especies autorizadas para ese ejercicio, para lo cual las comunidades autónomas deben determinar los terrenos y aguas donde puede cazarse y las fechas hábiles para cada especie;
- prohibiciones y limitaciones generales en la actividad cinegética;
- en lo que aquí interesa, queda prohibida la caza que pueda causar localmente la desaparición de las especies, y solo cabe levantar esa prohibición general con arreglo a determinadas reglas, sobre las cuales se hacen unas precisiones enseguida;
- queda prohibida la caza de aves durante la época de celo, reproducción y crianza, y durante el trayecto de regreso hacia los lugares de cría (especies migratorias);
- se admiten las moratorias temporales y las prohibiciones especiales por razones de orden biológico o sanitario;
- los métodos de captura de predadores, autorizados por las comunidades autónomas, deben estar homologados según criterios de selectividad y bienestar animal; la autorización requiere acreditación individual por la comunidad autónoma. No pueden considerarse predador, a estos efectos, las especies en Régimen de Protección Especial.

Respecto de la posibilidad de dejar sin efecto las prohibiciones (la referencia en el artículo 65.2 LPNB al artículo 58.1 ha de entenderse referida al actual artículo 61.1), son reglas básicas las siguientes:

- Hace falta previa autorización administrativa, no haber otra solución satisfactoria, y no puede perjudicarse el mantenimiento en un estado de conservación favorable de las poblaciones de que se trate, en su área de distribución natural;
- Ha de concurrir alguna de las circunstancias siguientes:

- o que de la prohibición deriven efectos perjudiciales para la salud y seguridad de las personas;
- o que se busque prevenir perjuicios importantes a los cultivos, el ganado, los bosques, la pesca y la calidad de las aguas.

Pero no cabe levantar la prohibición de la caza de aves aunque haya «perjuicio importante a otras formas de propiedad», tampoco aunque haya «razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas las de carácter socioeconómico y consecuencias beneficiosas de importancia primordial para el medio ambiente».

- o que haya necesidad por razón de investigación, educación, repoblación o reintroducción, o cuando sea preciso para la cría en cautividad orientada a esos fines;
- o solo en el caso de las aves: para prevenir accidentes (seguridad aérea);
- o para permitir, en condiciones estrictamente controladas y mediante métodos selectivos, la captura, retención o cualquier otra explotación prudente de determinadas especies no incluidas en el Listado de Especies Silvestres en Régimen de Protección Especial, en pequeñas cantidades y con las limitaciones precisas para garantizar su conservación;
- o para proteger la flora y la fauna silvestres y los hábitats naturales.

Así pues, en la regulación de la caza ha de garantizarse en todo caso la conservación de las especies autorizadas para el ejercicio de esta práctica.

No ocurre esto en algunos de los preceptos de la Ley 9/2019, que no respetan esas reglas básicas estatales, verdaderos mandatos legales, como se razona a continuación.

B) La doctrina constitucional en estas materias ha sentado en varias ocasiones la transversalidad de las cuestiones ambientales, la conservación de la biodiversidad como materia ambiental que entra en el ámbito de la legislación básica del Estado, y la prevalencia de esta materia sobre otros títulos competenciales, incluso asumidos con carácter exclusivo por las comunidades autónomas, como la caza entre otros.

Así es respecto de la relación entre los títulos competenciales de protección del medio ambiente y patrimonio natural, por una parte, y de conservación de la

biodiversidad por otra. En este sentido, por todas, procede invocar la STC 69/2013, de cuyos fundamentos jurídicos 1 a 3 se deduce lo siguiente:

- la afectación transversal del título competencial del Estado, que se ciñe al ámbito de lo básico (artículo 149.1.23ª CE), es conforme con el orden constitucional de competencias cuando la afectación se traduce en la imposición de límites a las actividades sectoriales en razón a la apreciable repercusión negativa que pueda tener el ejercicio ordinario de la actividad sectorial;
- el objeto de la LPNB es establecer el régimen jurídico básico de la conservación, uso sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad, como parte del deber de conservar y del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (artículo 45 CE);
- no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la ‘utilización racional’ de esos recursos con la protección de la naturaleza, para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de la vida; hay pues una ‘preocupación ecológica’ en la LPNB, que como causas de los problemas de la conservación del patrimonio natural y de la biodiversidad identifica «la globalización de los problemas ambientales y la creciente percepción de los efectos del cambio climático; el progresivo agotamiento de algunos recursos naturales; la desaparición, en ocasiones irreversible, de gran cantidad de especies de la flora y la fauna silvestres, y la degradación de espacios naturales de interés», que «se han convertido en motivo de seria preocupación para los ciudadanos, que reivindican su derecho a un medio ambiente de calidad que asegure su salud y su bienestar»;
- el ‘medio ambiente’ es un concepto nacido para reconducir a la unidad los diversos componentes de una realidad en peligro, pues de no haberse presentado ese peligro resultaría inimaginable la aparición del concepto por meras razones teóricas, científicas o filosóficas; entre otros factores desencadenantes se señala «la extinción de especies enteras o la degeneración de otras»;
- la protección ambiental «resulta así una actividad beligerante que pretende conjurar el peligro y, en su caso, restaurar el daño sufrido e incluso perfeccionar las características del entorno, para garantizar su disfrute por todos»;
- la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad (Convenio sobre la diversidad biológica, Río de Janeiro 1992, ratificado por España el 16 de noviembre de 1993), y es recomendación internacional la adopción de medidas «enérgicas» (plan estratégico para la diversidad biológica 2011-2020, aprobado en 2010

por la X Conferencia de las Partes); la pérdida de la biodiversidad se convierte en la mayor amenaza ambiental planetaria, junto con el cambio climático, ambos inextricablemente unidos (Estrategia de la UE sobre la biodiversidad hasta 2020, COM (2011) 244);

– de todo ello desprende la STC a su vez la prioritaria atención que merece la protección del medio ambiente, en su dimensión específica de protección del patrimonio natural y de la biodiversidad, cuya creciente fragilidad queda de manifiesto en las cifras y tendencias, contrastadas científicamente. Entre las diversas interpretaciones posibles de las reglas de distribución de competencias, el Tribunal Constitucional dice que solo puede respaldar aquellas que razonablemente permitan cumplir el mandato del artículo 45 CE, y alcanzar los objetivos de protección y mejora de la calidad de la vida y defensa y restauración del medio ambiente;

– la LPNB refleja la evolucionada consideración del patrimonio natural y de la biodiversidad como bienes de interés público, lo que conecta algunas de sus reglas con el artículo 128.1 CE, que subordina toda la riqueza del país en sus distintas formas, y sea cual fuere su titularidad, al interés general;

– la respuesta que da la LPNB a la situación, sin incurrir en exageración, puede calificarse de riesgo actual para el propio bienestar de la sociedad global;

– el Tribunal Constitucional ha admitido expresamente que la legislación básica puede afectar no solo a las normas de desarrollo legislativo en la propia materia, sino también a las competencias sectoriales de las comunidades autónomas, como la caza, aún si han sido estatutariamente asumidas como exclusivas; el obligado respeto de la legislación ambiental del Estado no impide el diseño y ejecución de una política autonómica propia en materia de caza y de protección de aquellos ecosistemas vinculados directamente a su ejercicio.

Respecto de la relación entre conservación de la biodiversidad y caza, procede en este punto invocar el fundamento jurídico sexto de la misma STC 69/2013, según el cual:

– lo básico cumple, en el ámbito de la protección ambiental, una función de ordenación mediante mínimos, que pueden permitir a las comunidades autónomas establecer niveles de protección más altos, pero nunca reducirlos;

– las prohibiciones contenidas en la LPNB delimitan negativamente la competencia exclusiva autonómica en materia de caza;

– la traslación al ordenamiento interno del Derecho supranacional no afecta a los criterios constitucionales de reparto competencial, pero las normas internas de incorporación de las directivas al ordenamiento español deben respetar tanto los condicionantes jurídicos del Derecho de la UE como los del propio marco constitucional,

– las medidas de protección de la fauna silvestre, aunque adopten distinto grado de intensidad según se trate de especies comunes o protegidas, son una clara manifestación de la protección del medio ambiente, al estar orientadas a la salvaguarda del interés ecológico, que es manifestación del interés general y público en la preservación de la riqueza biológica, escasa y fácilmente extinguido. Por este motivo deben prevalecer sobre la regulación de la caza, actividad que resulta legítima solo en la medida en que se desenvuelva con pleno respeto a las exigencias ambientales, sin comprometer o poner en riesgo las medidas de conservación de la fauna silvestre, pues las exigencias de la caza comprenden no solo el cumplimiento de los requisitos de ejercicio de esta actividad, sino también la protección de la riqueza venatoria que existe en las fincas.

De estos pronunciamientos, que el Tribunal Constitucional ha venido construyendo en varias sentencias, muchas de las cuales son citadas en los FFJJ citados de la STC 69/2013, y de la legislación básica estatal deduce el Defensor del Pueblo que los preceptos aquí impugnados de la Ley Autonómica 9/2019 son inconstitucionales, por vulnerar los artículos 45 y 149.123ª CE.

C) En efecto:

a) El apartado 1 del artículo único de la Ley 9/2019 da la siguiente redacción al artículo 7 de la Ley 4/1996:

1. Tienen la condición de especies cinegéticas las definidas como tales en el Anexo I de esta ley, clasificándose en especies de caza menor y de caza mayor.
2. Son especies cazables todas las cinegéticas, salvo las que pudieran excluirse en el Plan General de Caza de Castilla y León en atención a la mejor información técnica disponible que aconsejase su exclusión temporal de la actividad cinegética.

Este precepto es inconstitucional porque vulnera lo establecido tanto en el apartado 1 del artículo 45 de la Constitución, que establece el deber general de conservar el medio ambiente, como su apartado 2, que establece un mandato expreso a los poderes públicos de velar por la utilización racional de los recursos naturales y de defender el medio ambiente.

Ello se incumple en el presente caso al permitirse la caza de determinadas especies sin los estudios científicos que avalen su estado de conservación y acrediten que este no se verá disminuido con la práctica de la caza. En este sentido se vulneran los preceptos citados de la LPNB, que regulan el mencionado deber de conservación y que tienen el carácter de legislación básica del Estado, por lo que se produce además una violación del artículo 149.1.23 de la Constitución.

b) El apartado 3 da la siguiente redacción al apartado 1 del artículo 42 de la Ley 4/1996:

1. La caza solo se podrá efectuar durante los períodos y días hábiles establecidos en el Anexo II. No obstante, el Plan General de Caza de Castilla y León, de forma justificada, podrá modificar dichos períodos y días, si bien en ningún caso las especies de aves, tanto sedentarias como migratorias, podrán ser cazadas durante su período de reproducción y las especies de aves migratorias tampoco podrán ser cazadas durante su período de migración prenupcial.

Este precepto es inconstitucional por los mismos motivos referidos al apartado 1: al establecerse los períodos y días hábiles de caza de determinadas especies sin existir estudios científicos que avalen su adecuación a la mejor conservación de las especies afectadas, se vulneran los apartados 1 y 2 del artículo 45 de la Constitución, y los preceptos correspondientes de la LPNB, y se incurre así en violación del artículo 149.1.23<sup>a</sup> del texto constitucional.

c) Los apartados 5 y 6 añaden a la Ley 4/1996 el Anexo I (Especies cinegéticas) y el Anexo II (Períodos y días hábiles de caza) y son inconstitucionales en tanto son la concreción de lo expresado más arriba con relación a la conservación de las especies de fauna silvestre, que se especifican en el Anexo I, y a los períodos y días hábiles en que se pueden cazar que se especifican en el Anexo II.

Estas determinaciones se han establecido sin contar con los informes científicos y técnicos relativos a su población, distribución geográfica e índice de reproductividad. Es especialmente importante tener en cuenta la incidencia de la fijación de los períodos y días hábiles de caza de determinadas especies con relación a su ciclo reproductor, de modo que no disponer de información científica y técnica sobre esta cuestión pone en riesgo la conservación de las especies afectadas. Por lo que de nuevo en este caso se produce una violación del artículo 45 apartados 1 y 2 y del artículo 149.1.23<sup>a</sup> de la Constitución.

d) La disposición transitoria de la Ley 9/2019 establece que, en tanto se apruebe el Plan General de Caza de Castilla y León, la caza se practicará conforme a las disposiciones de la propia Ley 9/2019.

Esta disposición transitoria es entonces inconstitucional, porque supone permitir el ejercicio de la caza de las especies contempladas en el Anexo I de la Ley 9/2019, en los períodos y días hábiles relacionados en el Anexo II, sin disponer de los exigibles informes científicos y técnicos que respalden la adecuación a la conservación de las especies afectadas. Lo cual supone una vulneración del mandato general de conservación del medio ambiente contenido en el artículo 45.1 CE, y del mandato específico a los poderes públicos de velar por una utilización racional de los recursos naturales y defender el medio ambiente.

En suma, el ejercicio de la potestad legislativa de las comunidades autónomas en materia ambiental tiene como límite que las medidas sean compatibles, no contradigan, ignoren, reduzcan ni limiten la protección establecida en la legislación básica del Estado. Este límite se ha visto trasgredido en el presente caso, pues se pretende reducir la protección establecida en los artículos 61 y 65 de la Ley de Patrimonio Natural y Biodiversidad al no existir informes científicos y técnicos que acrediten el estado de conservación de las especies declaradas como cinegéticas.

En este caso se produce lo que la jurisprudencia constitucional denomina 'afección transversal del medio ambiente en otras políticas sectoriales' como el urbanismo, la promoción del turismo, la cultura o, en nuestro caso, la caza, políticas que se ven limitadas por la finalidad de garantizar la conservación y protección de la fauna silvestre, sin invasión competencial.

Cuarto: la aprobación de la Ley 9/2019 incurre en arbitrariedad. Doctrina constitucional sobre las leyes singulares en relación con el objeto del recurso

Los preceptos de la Ley 9/2019 aquí impugnados constituyen una ley singular, en términos tales que incurren en inconstitucionalidad, también por este motivo.

Nos encontramos ante una ley singular pues ha sido aprobada con la única finalidad de eludir unos determinados pronunciamientos judiciales (los autos del TSJ de Castilla y León, de suspensión de vigencia del Decreto 10/2018 y la Orden FYM/728/2018, Anual de Caza). Ello constituye arbitrariedad, prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución; e incurre en violación de lo dispuesto en el artículo 24.1 del texto constitucional respecto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

A) Para valorar esta cuestión debidamente es necesario en primer lugar plasmar exactamente el fallo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 17 de mayo de 2017, que anuló, en lo que aquí interesa, los artículos 13 y 14 y el Anexo del Decreto 32/2015, que regula la conservación de las especies cinegéticas de

Castilla y León, su aprovechamiento sostenible y el control poblacional de la fauna silvestre. El fallo se reproduce a continuación:

«Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación:

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la FEDERACIÓN [...] contra el Decreto nº 32/2015, de 30 de Abril, de la Junta de Castilla y León, por el que se regula la conservación de las especies cinegéticas de Castilla y León, su aprovechamiento sostenible y el control poblacional de la fauna silvestre, declarando la nulidad de los preceptos siguientes: [...] el art. 13, el art. 14, el art. 15, [...], y el Anexo, todo ello sin hacer expresa declaración en materia de costas procesales».

Ha de recordarse que el artículo 13 del Decreto 32/2015 regulaba las especies cinegéticas, el artículo 14 las especies cazables remitiéndose a la orden anual de caza, y el artículo 15 establecía determinadas medidas de protección de las especies cinegéticas. El Anexo contenía los períodos de reproducción y de migración prenupcial de las aves cinegéticas.

El Decreto 10/2018 vino a modificar varios artículos del Decreto 32/2015. Sin embargo, en lo que respecta a los artículos 13 y 14 las modificaciones fueron mínimas, pues su contenido tras la reforma resultaba prácticamente idéntico. El Anexo se denominó «Períodos mínimos de veda para las aves cinegéticas», pero su contenido era el mismo que el del Anexo anulado por el TSJ.

Tras la suspensión cautelar de la vigencia tanto del Decreto 10/2018 como de la Orden FYM/728/2018, las Cortes de Castilla y León aprueban la Ley 9/2019, que modifica la Ley 4/1996, de Caza en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, incorpora dos anexos que contienen las especies cinegéticas (Anexo I) y los períodos y días hábiles de caza (Anexo II), y sustituye las órdenes anuales de caza por un Plan General de Caza de Castilla y León, con una vigencia máxima de cinco años. Conforme a la disposición transitoria de la Ley 9/2019, en tanto se apruebe el plan general la caza se practicará conforme a las disposiciones de la propia Ley 9/2019.

Esta institución considera que en la Ley 9/2019 se dan las condiciones para considerar que nos encontramos ante una ley singular disconforme con la Constitución, tal y como este concepto ha sido configurado por la doctrina del Tribunal Constitucional.

En este caso, se eleva a rango de ley la determinación de las especies cinegéticas y los períodos y días hábiles de caza, si bien es cierto que ambas determinaciones pueden ser modificadas por el Plan General de Caza, que se aprueba por orden de la consejería competente; y se permite la práctica de la caza conforme a las disposiciones legales mientras no haya plan.

Con ello se elude tanto el pronunciamiento judicial contenido en la Sentencia del TSJ de 17 de mayo de 2017, como la suspensión del Decreto 10/2018 y de la Orden Anual de Vedas de 2018. Así es tanto porque se determinan las especies cinegéticas y los períodos y días hábiles de caza sin ninguna clase de informes científicos y técnicos que lo avalen, como por permitir la actividad cinegética con la mera entrada en vigor de la Ley 9/2019.

Un repaso a la jurisprudencia constitucional relativa a las leyes singulares apoya las anteriores afirmaciones, como se expone a continuación.

B) El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre las llamadas leyes singulares. La STC 166/1986 es una de las primeras que estudiaron esta cuestión. El FJ 10 define las leyes singulares como «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».

Es también en esta sentencia donde se estableció el canon de constitucionalidad de este tipo de leyes, basado en la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación de la Ley (FJ 11).

Este tipo de leyes singulares se denominan posteriormente 'leyes autoaplicativas'. No obstante, las leyes singulares también pueden serlo en función del destinatario (si se trata de destinatarios únicos, por ejemplo), o si regulan una situación singular o excepcional.

A partir de esta primera sentencia, el Tribunal Constitucional ha ido construyendo una jurisprudencia uniforme: SSTC 48/2005 (expropiación de determinados edificios para la ampliación del Parlamento de Canarias); 73/2000 (presa de Itóiz, Navarra); 129/2013 (declaración por ley del proyecto de las infraestructuras de gestión de residuos ubicadas en Santovenia de Pisuerga, Valladolid, de singular interés); 203/2013 (Ciudad del Medio Ambiente, Soria); 50/2015 (Parque Natural de Fuentes Carrionas y Fuente Cobre-Montaña Palentina, Palencia); y más recientemente la 170/2016 (modificación de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid).

No todas las leyes analizadas en esas sentencias son del mismo tipo, es decir que lógicamente son distintos los problemas que se plantean respecto de unas y otras. Con carácter general, en prácticamente todos los casos se considera haberse incurrido en arbitrariedad con la aprobación de la ley (artículo 9.3 de la Constitución) y en violación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1).

En algunos casos se trata de leyes que, bajo esa forma, amparan una actuación administrativa; en todos ellos se declararon inconstitucionales las leyes: sentencias 129/2013, 203/2013 y 50/2015. En otros, sin embargo, se somete al juicio de constitucionalidad una norma con rango de ley y una aparente vocación de generalidad, extremo este que es negado por los recurrentes, quienes consideran que se trata de leyes singulares: STC 73/2000.

A efectos sistemáticos, procede traer a colación aquí el FJ 4 de la STC 170/2016, una exposición sobre la doctrina constitucional en materia de leyes singulares, doctrina que reconoce dos modalidades de leyes singulares:

1. Leyes singulares autoaplicativas: las que contienen una actividad, típicamente ejecutiva, de aplicación de la norma al caso concreto; o que no requieren un acto administrativo de aplicación de forma que los interesados solo pueden solicitar del juez el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Estas leyes singulares no constituyen un ejercicio normal de la potestad legislativa, están sujetas a una serie de límites contenidos en la propia Constitución, entre ellos el principio de igualdad. Deben quedar restringidas a los casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediables por los instrumentos normales de que dispone la Administración ni por los instrumentos normativos ordinarios. Tienen prohibido condicionar el ejercicio de los derechos fundamentales, materia reservada a leyes generales. Además, las leyes autoaplicativas, expropiatorias o no, deben confrontarse con la garantía de la tutela judicial pues, aunque las leyes autoaplicativas expropiatorias tienen la peculiaridad de ir directamente a la privación de un derecho constitucional, las no expropiatorias también pueden lesionar derechos e intereses legítimos. Como el artículo. 24.1 CE protege todos los derechos e intereses legítimos que reconoce el ordenamiento y no solo los expresamente consagrados por la Constitución, entonces el canon de constitucionalidad del artículo 24.1 CE debe necesariamente operar cuando la ley singular que encierra una actividad materialmente administrativa de aplicación de la norma al caso concreto, afecte a los derechos o intereses legítimos a los que el precepto constitucional presta cobertura.

2. Leyes singulares no autoaplicativas: categoría que a su vez comprende dos subcategorías:

a. las de destinatario único, o de estructura singular en atención a los destinatarios a los que va dirigida;

b. las dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto, esto es a una situación singular o excepcional; en otras palabras, las 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. En este segundo tipo de leyes singulares no autoaplicativas el canon de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional considera que debe utilizar al ejercer su función de control de este tipo de leyes es el de la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación (triple canon 'que habrá de superar cualquier ley singular para que pueda considerarse constitucional'). Aquí el Tribunal Constitucional considera que ha de comprobar 'si la excepcionalidad del supuesto de hecho contemplado tiene una justificación objetiva — en caso contrario la ley sería arbitraria— y, si es así, si la utilización de la ley es una medida proporcionada a la excepcionalidad que ha justificado su aprobación'. Para comprobar si una determinada actuación de los poderes públicos supera el principio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple las tres condiciones siguientes: a) si la medida es idónea o adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella (juicio de idoneidad); b) si la medida idónea o adecuada es, además, necesaria, en el sentido de que no exista otra medida menos lesiva para la consecución de tal fin con igual eficacia (juicio de necesidad); y, c) si la medida idónea y menos lesiva resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). A esto añade que en el caso de las leyes singulares de supuesto de hecho concreto ha de valorarse su incidencia 'de forma directa, aunque no necesariamente ilegítima, en el derecho a la tutela judicial efectiva', en cuanto pueda 'impedir el acceso al control judicial de derechos e intereses legítimos afectados y eliminar la posibilidad de un control judicial de la misma intensidad que hubieran podido realizar los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa'.

De acuerdo con lo anterior, el Defensor del Pueblo considera que nos encontramos ante una ley parcialmente autoaplicativa y de supuesto de hecho concreto, en los términos en que el Tribunal Constitucional ha definido este tipo de leyes. Así ocurre con los anexos y la disposición transitoria de la Ley 9/2019.

Los anexos de la ley son idénticos tanto a los del Decreto 32/2015 como a los del Decreto 10/2018. La disposición transitoria permite el ejercicio de la caza, directamente, por ministerio de la Ley; no requiere la aplicación de un acto administrativo y los

interesados solo pueden solicitar al juez el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

C) La singularidad de la Ley 9/2019 radica también en un supuesto de hecho concreto: la determinación de las especies cinegéticas y sus períodos de caza en Castilla y León. No se trata de una regulación general de la actividad cinegética en la comunidad autónoma, sino de una cuestión muy concreta que además hasta este momento, y desde 1996 por lo menos, había venido siendo objeto de regulación reglamentaria, sin que exista una justificación para elevar el rango normativo de la regulación.

El FJ 7 de la STC 50/2015 dice respecto de un caso muy próximo al presente que «resulta muy significativo que la regulación material de la ley no presenta sustanciales diferencias con la que se contenía en el Decreto [...], anulado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en una sentencia luego confirmada por el Tribunal Supremo [...], decisiones judiciales en las que se apreció que no se había justificado que la modificación [...], sin que tampoco se evaluase la necesidad de modificar [...]».

El Tribunal Constitucional reconoce que no resulta en principio contrario a la Constitución que el legislador asuma una tarea que antes había encomendado al poder reglamentario, pero en estos casos (el tratado en la STC 50/2015 y, a juicio del Defensor del Pueblo, también el presente) la forma en la que el legislador la asume no se ajusta a las exigencias constitucionales.

Parafraseando al Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo considera que frente a la vocación de generalidad que la ley ha de tener, la Ley 9/2019 no contiene mención alguna tendente a justificar la excepcional relevancia de la modificación determinante de su aprobación por ley, mientras que cualesquiera otras modificaciones deben llevarse a cabo por vía reglamentaria. La utilización de la ley no es una medida razonable ni proporcionada a la situación excepcional que ha justificado su aprobación.

Más allá del paralelismo en cuanto a una regulación previa por decreto anulada por el TSJ, con además una modificación suspendida cautelarmente, no se justifica en ningún momento por qué una cuestión que hasta entonces se ha regulado mediante normas de rango reglamentario se eleva ahora a rango de ley, cuando sin embargo se establece que el Plan General de Caza (que se aprueba por Orden de la Consejería) puede excluir la caza de determinadas especies y modificar los períodos y días hábiles de caza. El Defensor del Pueblo no aprecia, de nuevo en palabras del Tribunal Constitucional, la validez de esa «excepcionalidad exorbitante a la potestad ejecutiva».

Por tanto, los preceptos aquí impugnados de la Ley 9/2019 presentan las características de una ley singular, disconforme con la Constitución: regula un hecho

concreto (determina las especies cinegéticas y cazables en Castilla y León y los períodos y días hábiles de caza); supone una elevación de rango normativo, de reglamentario a legal, realizado sin justificación alguna, como se ha expuesto, con lo que ello implica de arbitrariedad; y tiene el carácter de disposición autoaplicativa en la medida en que, además de aquella determinación, mediante la disposición transitoria se permite la caza directamente sin ningún tipo de intervención administrativa.

Quinto: vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

Este motivo de inconstitucionalidad se encuentra en el centro del debate que condujo a los autos del TSJ de Castilla y León de 21 y 26 de febrero de 2019, de medidas cautelares en el marco de los procesos contencioso-administrativos.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones acerca de la trascendencia constitucional de las medidas cautelares y de su relación con los derechos fundamentales y, en particular, con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado.

El FJ 3 de la STC 218/1994 recuerda que en varias resoluciones el Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de la trascendencia constitucional de las medidas cautelares y de su relación con los derechos fundamentales, especialmente con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). La doctrina parte de la premisa de que la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso; que la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial, esto es de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia; y que el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de una sentencia estimatoria (en nuestro caso, anulatoria) «pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que [...] se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva». El artículo 24.1 exige que la tutela judicial sea efectiva y para ello debe evitarse que un posible fallo favorable a la pretensión quede desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano judicial en su momento.

Es necesario igualmente citar el FJ 11 de la STC 73/2000, que trata de los efectos obstativos de una ley consistentes precisamente en hacer imposible que un determinado fallo judicial se cumpla. La Constitución reconoce al legislador un amplio margen de libertad al configurar sus opciones, pero con determinados límites, entre ellos el límite que se deriva del artículo 24.1 CE. Aun no siendo en sí misma arbitraria ni atentando a la

igualdad, no tiene cabida en nuestra Constitución aquella ley cuyo efecto sea el de sacrificar, de forma desproporcionada, el pronunciamiento contenido en el fallo de una resolución judicial firme; dicho en otros términos, cuando de forma patente o manifiesta no exista la debida proporción entre el interés encarnado en la ley y el concreto interés tutelado por el fallo a ejecutar.

Al juicio del Defensor del Pueblo, esto es lo que acaece con los preceptos aquí impugnados de la Ley 9/2019. La ley se aprobó con la finalidad de eludir el cumplimiento de los autos del Tribunal Superior de Justicia varias veces citados, de una forma desproporcionada a la finalidad del ejercicio de la actividad cinegética y en detrimento de la garantía, legalmente establecida, de una adecuada conservación de las especies que conforman la biodiversidad de la fauna silvestre.

También es aplicable al supuesto que nos ocupa, con las matizaciones que a continuación se harán, el FJ 6 de la STC 129/2013, que examina los dos requisitos considerados necesarios para apreciar en una ley singular la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva:

a) Los titulares de derechos e intereses legítimos carecen de un recurso directo contra las leyes autoaplicativas. A diferencia de las leyes no autoaplicativas, que requieren una posterior actividad administrativa de aplicación que permite al titular de derechos e intereses legítimos acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa en su defensa, en este tipo de leyes los interesados solo pueden solicitar del juez el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Como el mero hecho de no plantearla y de aplicar la ley que no estima inconstitucional, no lesiona en principio derecho fundamental alguno, el artículo 24.1 CE exige que su titular pueda instar la tutela judicial, requisito este que no se cumple en el caso de las leyes autoaplicativas en las que el planteamiento de la cuestión es una prerrogativa exclusiva del juez, pero no un derecho del justiciable.

b) Intensidad del control que puede realizar el Tribunal Constitucional sobre la ley sin desnaturalizar los límites de su jurisdicción. La reserva al legislador de la aplicación de la legalidad existente al caso concreto, con exclusión de la actividad que ordinariamente realiza la Administración, impide un control de la misma intensidad que el que correspondería realizar a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, si la actividad de ejecución se hubiera llevado a cabo por la Administración. En modo alguno, dice el FJ 6 de la STC 129/2013, corresponde al Tribunal Constitucional el control fáctico y de legalidad ordinaria —control de los elementos reglados de los actos de aplicación—, que en todo caso exige la función de aplicación de la norma al caso concreto con independencia de quién la lleve a

cabo. Para que la tutela material que el Tribunal Constitucional otorgase a los titulares de derechos e intereses legítimos afectados por la ley fuera equiparable a la tutela que podría otorgarles la jurisdicción contencioso-administrativa, tendría el Tribunal Constitucional que poder pronunciarse sobre la adecuación de las leyes de aprobación de estos proyectos al ordenamiento que les resulta de aplicación. Tendría que controlar, por ejemplo, que se ha seguido el procedimiento administrativo establecido, lo que implica además comprobar la legalidad de los actos de trámite, cuyos vicios podrían incidir en el acto definitivo de aprobación, entre otros aspectos de mera legalidad ordinaria que exceden manifiestamente de la función del Tribunal Constitucional.

Estos argumentos del Tribunal Constitucional son aplicables al presente supuesto por varios motivos. En primer lugar, los titulares de un interés legítimo carecen de otro recurso que no sea denunciar la inconstitucionalidad de la Ley 9/2019, pues su rango veda el control por los tribunales ordinarios. Segundo, la ley tiene el efecto material de desvirtuar o neutralizar el contenido de las resoluciones judiciales, como ya se ha dicho. Tercero, en el fondo de la cuestión está la inexistencia de informes científicos actuales y actualizados, es decir de criterios objetivos fundados que avalen la práctica de la caza en Castilla y León de determinadas especies silvestres, cuestión esta que compete dirimir al poder judicial, a la jurisdicción ordinaria, lo que la Ley 9/2019 pretende evitar al elevar el rango normativo.

Por lo tanto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, se extraen las siguientes conclusiones:

1ª La Ley 9/2019 presenta los caracteres de una ley singular, tal y como esta ha sido definida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y consideradas por ello como contrarias a la Constitución.

2ª La Ley 9/2019 vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, al impedir el cumplimiento de los autos del TSJ de Castilla y León de 21 y 26 de febrero de 2019.

Sexto: conclusión

Los preceptos impugnados de la Ley autonómica 9/2019 vulneran el derecho de todos los españoles a disfrutar de un medio ambiente adecuado, tal y como está consagrado en el artículo 45 de la Constitución, y la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de medio ambiente en general y, específicamente, en materia de conservación de la biodiversidad.

I. Artículo 45: reconoce el derecho de todos los españoles a disfrutar de un medio ambiente adecuado (apartado 1) e impone a los poderes públicos la obligación de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente (apartado 2), para lo cual prevé el establecimiento por ley de sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado (apartado 3). Este artículo, incluido en el Capítulo III del Título I de la Constitución, no es una mera declaración programática, sino una norma jurídica, y participa del valor aplicativo específico —no meramente programático— de los principios generales plasmados en la Constitución, de modo que una decisión o ley contraria a su contenido es inconstitucional.

Esto ocurre en el presente caso. La modificación de la Ley 4/1996, al permitir la caza de determinadas especies silvestres sin los informes científicos y técnicos que acrediten el estado de conservación de las especies en cuestión, tiene como consecuencia la vulneración del deber de los poderes públicos de velar por su adecuada conservación. Ello contradice lo dispuesto en los artículos 61 y 65 de la Ley de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que establecen dicha obligación con carácter general respecto de la fauna silvestre, y específicamente en cuanto a la caza de las especies silvestres.

La aprobación de la ley vulnera el apartado 2 del artículo 45, en tanto que son los poderes públicos los principales obligados por el precepto constitucional, y los primeros que deben velar por defender y restaurar el medio ambiente. La medida promulgada, que viene a rebajar la protección considerada básica por el legislador estatal, contraviene lo dispuesto en ese artículo, y por lo tanto es inconstitucional.

II. Artículo 149.1.23ª: el Estado tiene competencia exclusiva para la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección.

Desde el momento en que la legislación castellano leonesa vulnera la normativa básica, está incurriendo en una violación de la competencia estatal y por lo tanto incurre en inconstitucionalidad.

La nueva redacción del artículo 7 y el Anexo al que hace referencia contradicen lo dispuesto en los artículos 61 y 65 de la LPNB, que establecen la obligatoriedad de garantizar la adecuada conservación de las especies de fauna silvestre. Es inconstitucional en la medida en que se permite la caza de especies sin que haya sido acreditado con criterios científicos y técnicos su estado de conservación.

Estos mismos argumentos han de aplicarse a la nueva redacción dada al apartado 1 del artículo 42 de la 4/1996, y por relación directa con él al Anexo II, por los mismos motivos, ya que ese Anexo contempla los períodos y días hábiles de caza, sin que (como antes) se haya demostrado con criterios científicos y técnicos la adecuación de estos períodos a la mejor conservación de las especies de que se trata. Por ello, la nueva redacción del apartado 1 del artículo 42 y del Anexo II de la ley ha de ser reputada inconstitucional.

Igualmente y por el mismo motivo, la disposición transitoria primera de la Ley 9/2019, que posibilita el ejercicio de la caza por ministerio de la ley, ha de considerarse inconstitucional, en la medida en que supone una violación de lo dispuesto en la Ley de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

III. Artículo 9.3: la Constitución prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos.

Hay arbitrariedad en este caso porque los artículos considerados inconstitucionales por el Defensor del Pueblo, promulgados por el legislador de Castilla y León, constituyen una ley singular, disconforme con la Constitución de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

IV. Artículo 24.1: todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

La finalidad de la Ley 9/2019 es eludir los pronunciamientos judiciales del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Es una finalidad manifiesta, al elevar a rango de ley una materia eminentemente ejecutiva, cuya conformidad a derecho aún se encuentra discutida en sede judicial.

En suma, deben ser declarados inconstitucionales el artículo único, apartados 1, 3, 5 y 6 y la disposición transitoria de la Ley 9/2019.

Por todo cuanto ha quedado expuesto en los anteriores fundamentos jurídicos,

### **RESOLUCIÓN**

Teniendo por presentado este escrito en tiempo y forma debidos, se sirva admitirlo y TENGA POR INTERPUESTA demanda de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 9/2019, de 28 de marzo, de modificación de la Ley 4/1996, de 12 de julio, de Caza en la Comunidad Autónoma de Castilla y León: artículo único, apartados 1, 3, 5 y 6, en tanto se modifican los artículos 7 y 42.1 de la Ley 4/1996 y se añaden a ésta los Anexos I y II,

que contienen las especies cinegéticas y los periodos y días hábiles de caza; y contra la disposición transitoria. Y que, tras los trámites procesales, dicte sentencia en la que declare la inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley señalados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

***Ley Foral 16/2019, de 26 de marzo, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos***

Varias entidades solicitaron al Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 16/2019, de 26 de marzo, al entender que vulneraba los artículos 18, 24 y 117 de la Constitución.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.** Se han dirigido al Defensor del Pueblo [...], así como [...], mediante escritos recibidos en el Registro del Defensor del Pueblo los días 17 de abril y 11 de junio de 2019, respectivamente (este último escrito conjunto de [...]), solicitando la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 16/2019, de 26 de marzo, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos (*Boletín Oficial de Navarra* número 62, de 1 de abril de 2019).

**SEGUNDO.** Considera la [...] que la ley indicada «pretende reconocer como víctimas de torturas a personas que no cuentan con una sentencia judicial firme que acredite tal condición, lo que vulnera el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva que garantiza nuestra Constitución». Considera también que esta ley foral «no difiere en gran medida, a juicio de [...], de las causas que motivaron la presentación inicial del recurso de inconstitucionalidad, y que fue declarada inconstitucional por nuestro Tribunal Constitucional (se refiere a la STC 85/2018, de 19 de julio)».

**TERCERO.** [...] manifiestan que «estamos ante la configuración de un procedimiento administrativo constituido como procedimiento extrajudicial para investigar hechos con la finalidad de valorarlos y calificarlos jurídicamente como vulneraciones de derechos humanos, esto es, como posibles ilícitos penales, sin establecer las garantías procesales legalmente exigibles ni durante la instrucción del expediente administrativo, ni durante la fase de recurso del acto administrativo. Se vulneran nuevamente las reglas de reparto

competencial establecidas en el artículo 117 de la Constitución española, y los derechos al honor y a la tutela judicial efectiva y derecho de defensa consagrados en los artículos 18 y 24 de la Carta Magna, con el agravante de que, al no existir limitación del ámbito temporal de aplicación de la ley, el riesgo de que los hechos investigados por la Comisión de Valoración puedan dar lugar a responsabilidades penales por corresponderse a hechos respecto de los que no resulte aplicable la figura de la prescripción es mayor que en cuanto a la ley homóloga vasca».

[...] se remiten a las consideraciones que también hacen sobre la Ley del País Vasco 5/2019, de 4 de abril, de modificación de la Ley 12/2016, de 28 de julio, de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999. Indican que «sin cuestionar en modo alguno el derecho de toda víctima de vulneraciones de derechos humanos a ser reconocida como tal y obtener verdad, justicia y reparación, resulta imprescindible no perder de vista todos los intereses legítimos y derechos fundamentales en juego. Porque en un Estado Democrático de Derecho no solo importa el qué (encontrar la verdad) sino importa también el cómo (procedimiento garantista de carácter contradictorio desde la igualdad de armas de defensa entre las partes), y por ello resulta incongruente plantear conculcar unos derechos fundamentales para garantizar la efectividad de otros [...] existen ya mecanismos para presentar denuncias de hechos presuntamente constitutivos de vulneraciones de derechos humanos, conllevando su reconocimiento y reparación en su condición de víctimas, mediante procedimientos garantistas que permiten conciliar todos los intereses legítimos y derechos fundamentales en conflicto, a través del acceso a la vía judicial y asistencial».

[...] —con argumentos que se refieren a la ley vasca citada, pero que resultan de aplicación a la ley navarra, por referirse, a juicio de los comparecientes, a la filosofía jurídica común a estas legislaciones— señalan que «nos encontramos, por consiguiente, con un órgano de naturaleza administrativa (Comisión de Valoración) al que se reconoce competencias y facultades de naturaleza judicial, circunstancia que vulnera la reserva competencial que el artículo 117 de la Constitución española reconoce a favor del poder judicial [...] la imposibilidad de ser parte durante la tramitación del expediente para quienes puedan resultar señalados, directa o indirectamente, como responsables de vulneraciones de derechos humanos, esto es, de ilícitos penales, imposibilita el ejercicio de su derecho de defensa, no permitiendo presentar alegaciones ni ser escuchado en un procedimiento imparcial y contradictorio en el que ambas partes se encuentren en igualdad de oportunidades y de defensa de sus legítimos intereses y derechos. De esta forma, siendo conscientes de que las actuaciones llevadas a cabo por la Comisión de Valoración durante la instrucción de los expedientes pueden acabar en la incoación de

procedimientos penales cuando los hechos objeto de investigación den lugar a responsabilidades penales no prescritas, nos encontramos con que la Ley [...] estaría permitiendo pruebas pre constituidas sin respetar las garantías procesales legalmente establecidas, lo que podría dar lugar al cuestionamiento de las pruebas obtenidas de forma ilícita al no haberse respetado en la fase de instrucción o investigación las garantías procesales mínimas y generándose una evidente situación de indefensión respecto de ese tercero al que se le exige responsabilidad penal como consecuencia de las actuaciones de la Comisión de Valoración [...]».

Por otra parte, la amplitud de los deberes de colaboración de entidades públicas, privadas y personas concretas, que deben comparecer ante la Comisión de Valoración, hace que las personas que comparecen «desconocen la condición en la que acuden: si como testigos, si como investigados, si como posibles responsables de vulneraciones de derechos humanos. Por ello, es imposible adoptar medidas para garantizar los derechos de quienes colaboran con la Comisión de Valoración, siendo posible que de la participación de ese tercero finalmente resulte una derivación de responsabilidad penal en su contra, que tendrá consecuencias reales si no resulta aplicable la figura de la prescripción. Por consiguiente, existe posibilidad real de que se vulnere el derecho a guardar silencio, a declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen y a la estrategia defensiva de aquellos terceros que sean llamados a colaborar con la Comisión de Valoración en la investigación de los hechos objeto del expediente, especialmente en el caso de funcionarios: policías nacionales, guardias civiles, funcionarios de prisiones, funcionarios de Justicia [...], que, tras la investigación de los hechos, puedan verse afectados en un posterior procedimiento penal derivado de las tareas de investigación previamente realizadas por la Comisión de Valoración».

Se refieren, finalmente, [...] a la posible afectación del derecho al honor y dignidad de las personas en procesos no judiciales de investigación de la verdad, «sin posibilidad de defensa alguna».

## FUNDAMENTOS

**PRIMERO.** 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 confiere 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. Esta prudencia en el ejercicio de sus atribuciones 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 moral 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 propia, que es la de garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos (artículo 54 de la Constitución).

En este caso, está garantizado el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que resolverá el recurso presentado en el Registro del Tribunal Constitucional el 28 de junio de 2019 por otro sujeto legitimado (un número de diputados en el Congreso igual o superior a 50), teniendo en cuenta, particularmente, la doctrina establecida por el propio Alto Tribunal en la Sentencia 85/2018, de 19 de julio.

**SEGUNDO.** El Defensor del Pueblo, tras el análisis de la Ley Foral 16/2019, de 26 de marzo, considera oportuno iniciar una actuación de oficio ante el Departamento de Relaciones Ciudadanas e Institucionales de la Comunidad Foral de Navarra, del que depende la Dirección General de Paz, Convivencia y Derechos Humanos, con el fin de compulsar la aplicación de la ley, teniendo en cuenta las competencias y derechos fundamentales en juego, así como las consideraciones trasladadas a esta institución por los solicitantes de recurso, todo ello sin perjuicio de lo que decida el Tribunal Constitucional, cautelar o definitivamente.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriormente efectuadas, se adopta la siguiente:

### **RESOLUCIÓN**

Previo el preceptivo informe de la Junta de Coordinación y Régimen Interior en su reunión del día 1 de julio de 2019, y con pleno respeto a cualquier otra opinión diferente, el defensor del pueblo (e.f.) resuelve en relación con la previsión contenida en el artículo 162.1.a) de la Constitución española y el artículo 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, NO INTERPONER recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Foral 16/2019, de 26 de marzo, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos (*Boletín Oficial de Navarra* número 62, de 1 de abril de 2019) e INICIAR una actuación de oficio ante el Departamento de Relaciones Ciudadanas e Institucionales de la Comunidad Foral de Navarra.

***Ley 6/2019, de 4 de abril, de Coordinación de las Policías Locales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia***

Se solicitó al Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 60 de la Ley 6/2019, de 4 de abril, al entender que vulneraba los artículos 14, 35 y 149 de la Constitución española.

**ANTECEDENTES**

La solicitud de recurso se fundamenta literalmente en que la regulación contenida en el artículo 60 sobre segunda actividad por disminución de las aptitudes psicofísicas «[...] restringe el pase a segunda actividad a ciertas personas que hayan adquirido una discapacidad. Además esta ley no ha incorporado el modelo social de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) ya que sigue sin poner el foco en las adaptaciones pertinentes para garantizar el derecho al trabajo de todas las personas con discapacidad, con independencia de esta».

De estas aseveraciones y citas se extrae la conclusión de que la ley cuestionada «contraviene los artículos 14, 35 y 149 de la Constitución».

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

**FUNDAMENTOS**

**PRIMERO.** La línea argumental del escrito de solicitud de recurso, aunque no resulta fácilmente comprensible, parece apuntar a que la correcta aplicación de las normas nacionales y las internacionales en materia de discapacidad no es compatible con la previsión del punto 4 del artículo 60 antes transcrito al impedir el pase a la situación de segunda actividad cuando la merma o pérdida de aptitudes psicofísicas sea causa de jubilación por incapacidad permanente o total.

**SEGUNDO.** La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece en su artículo 27 sobre trabajo y empleo que «los Estados parte reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás», precisando que «ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad». Asimismo se dispone que «los Estados parte salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación», y entre esas medidas se incluye la de «prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables», así como la de «emplear a personas con discapacidad en el sector público» y la de «velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo».

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la convención en su artículo 2, que contiene las definiciones de los términos en ella empleados, establece que, a sus efectos, por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá «cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo». Según el precepto citado, esa definición «incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables», definiendo estos como «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

**TERCERO.** España ratificó la convención y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. A partir de este momento, y conforme a lo establecido en el apartado primero del artículo 96 de la Constitución, forma parte del ordenamiento interno, por lo que resultó necesaria la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que la convención recoge. Esta adaptación se llevó a cabo a través de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, cuyo antecedente próximo cabe situar en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

En materia de empleo público, y por lo que aquí interesa, la adaptación de la normativa interna conllevó el aumento, hasta el siete por ciento, en las ofertas de empleo público, del cupo de reserva de vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad contenido en el Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015) y la creación, por vez primera con rango legal, de una cuota específica para personas con discapacidad intelectual. Medidas estas que se complementan con el establecimiento de la obligación de cada Administración pública de adoptar las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el procedimiento selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad (art. 59).

No exigió, sin embargo, otras adaptaciones de mayor calado ni puso en cuestión los principios generales que regulan el acceso al empleo público ni los requisitos exigibles para la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, requisitos vinculados, como no puede ser de otro modo, a la aptitud para el desempeño de las funciones encomendadas.

**CUARTO.** La Ley 6/2019, de 4 de abril, aquí examinada, tiene un objeto completamente ajeno a la regulación de los derechos de las personas con discapacidad. Su objeto, como expresamente declara su artículo primero, es el establecimiento de los criterios básicos de coordinación y la regulación de las demás facultades en relación con las policías locales de la Región de Murcia que es uno de los colectivos que forman parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tal y como dispone el artículo 104.1 de la Constitución, a las que se atribuye la específica y fundamental misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

La especificidad y las características propias de esa tarea justifican, desde cualquier punto de vista, que a los integrantes de los cuerpos de las policías locales se les exija para el acceso y para el desempeño de los puestos de trabajo correspondientes unas aptitudes psicofísicas determinadas sin cuya posesión no se garantiza la realización de la misión encomendada en la Constitución ni la seguridad de los integrantes de los cuerpos. Por consiguiente, desde un punto de vista general, no considera esta institución que las previsiones legales relativas al pase a la situación de segunda actividad revistan viso alguno de inconstitucionalidad al estar plenamente justificadas cuando las aptitudes psicofísicas no se mantienen o cuando sufren una merma significativa.

Por otra parte, la regulación del pase a segunda actividad cumple con los requisitos de objetividad, generalidad y proporcionalidad que exige su examen desde la

perspectiva de la igualdad. Se aplica por igual a todos los destinatarios de la norma, sobre la constatación técnica de la pérdida o merma de las aptitudes psicofísicas, y las consecuencias que se derivan de su aplicación son proporcionadas y razonables en relación al fin que se pretende y a los motivos que la justifican.

Al respecto debe tenerse en cuenta que el artículo 60.1 de la Ley 6/2019 aquí cuestionada dispone que «el acceso a la situación de segunda actividad por disminución de aptitudes psicofísicas podrá ser solicitada por el personal funcionario o declarada de oficio por la corporación local, cuando exista, antes de cumplir las edades a que se refiere el artículo 59 de la presente ley, o cumplidas estas si se hubiere permanecido en servicio activo en primera actividad, una disminución de las condiciones físicas, psíquicas o sensoriales del personal funcionario para el desempeño de las funciones propias de su categoría, y derivada de una enfermedad, síndrome o proceso patológico físico y psíquico que presente el afectado».

Asimismo, se dispone en el número 2 del mismo precepto que «la disminución de las aptitudes deberá dictaminarse por el tribunal médico al que hace referencia el artículo 62 de esta ley, al que corresponderá apreciar la disminución física, psíquica o sensorial». Este tribunal médico estará integrado por un médico propuesto por el interesado, otro por el ayuntamiento y otro por el Servicio Murciano de Salud, teniendo carácter vinculante los dictámenes que emita y que habrán de concluir, además, con un pronunciamiento favorable o desfavorable a las razones esgrimidas para la declaración de servicio activo en segunda actividad.

Adicionalmente, se establece que en los casos en que la situación organizativa o de plantilla de la correspondiente corporación local no permita el acceso inmediato a la situación de segunda actividad, se permanezca en la situación de servicio activo en primera actividad por el plazo máximo de un año, disponiéndose para este supuesto expresamente que la corporación «deberá adecuar de forma inmediata el desarrollo de sus tareas o funciones, acomodándolas a sus aptitudes físicas o psíquicas, sin que ello suponga disminución de las retribuciones que venía percibiendo».

Tenemos, pues, una regulación garantista que modula las consecuencias de la pérdida de aptitudes psicofísicas y que es compatible no solo con las exigencias propias de las funciones asignadas al cuerpo de pertenencia, sino también con los principios básicos que rigen el acceso al empleo público de las personas con discapacidad y acorde con el convenio y con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa interna a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

**QUINTO.** Por otra parte, resulta plenamente coherente, a juicio de esta institución, la previsión contenida en el número 4 del artículo 60 y frente a la cual cabe entender que se dirige la solicitud de recurso de inconstitucionalidad. Si la disminución de aptitudes psicofísicas es causa de jubilación por incapacidad permanente absoluta (es decir, para todo tipo de trabajo) o total (es decir, para el ejercicio de la profesión), no tendría sentido prever la posibilidad de pase a la situación de segunda actividad que es, no debe olvidarse, una situación de servicio activo para la que se requiere ostentar la condición de funcionario de carrera la cual se pierde cuando se produce la jubilación por cualquier causa.

Por otra parte, este precepto no determina en qué supuestos procede tal jubilación, sino que remite a lo que al respecto disponga la legislación sobre Seguridad Social, lo que elimina el nexo directo entre la declaración de incapacidad permanente y la jubilación del funcionario de la Policía local.

**SEXTO.** En todo caso, la infracción denunciada se produciría en relación con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El Tribunal Constitucional ha dejado claro desde su primera jurisprudencia al respecto que los tratados internacionales no constituyen canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las normas del Estado español.

Así, en el fundamento jurídico 6 de la STC 270/2015, se recuerda que «este tribunal ha declarado reiteradamente que los tratados internacionales no constituyen por sí mismos parámetro de contraste para valorar la posible inconstitucionalidad de las leyes, pues 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 (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5, y 207/2013, de 5 de diciembre, FJ 4). En suma, no corresponde a este tribunal determinar la compatibilidad o no de un precepto legal con un tratado internacional, ni estos pueden erigirse en normas fundamentales y criterios de constitucionalidad (STC 142/1993, de 22 de abril, FJ 3)».

Por su parte, en la STC 38/2011, de 28 de marzo, entre otras muchas, se afirma que «aunque el contenido y alcance de los derechos fundamentales recogidos en los arts. 14 a 30 CE deban interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales a que hace referencia el art. 10.2 CE, esa función hermenéutica no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de

las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales (FJ 2)». Los textos y acuerdos internacionales, a que se refiere el artículo 10.2, son una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional [STC 64/1991, FJ 4 a)], así como un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de la infracción denunciada (STC 41/2002, de 25 de febrero, FJ 2).

En consecuencia, de existir la infracción alegada —lo que a juicio de esta institución no ocurre— estaríamos, como dice el tribunal, ante un «problema de selección del derecho aplicable» cuya resolución «corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan», por lo que la cuestión planteada en esta solicitud de recurso no es residenciable ante el Tribunal Constitucional.

### **RESOLUCIÓN**

Por todo cuanto antecede, el defensor del pueblo (e.f.), oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, acuerda NO INTERPONER el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra el artículo 60 de la Ley 6/2019, de 4 de abril, de Coordinación de las Policías Locales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

***Ley 9/2019, de 5 de abril, por la que se modifican la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de caza de Extremadura, y la Ley 18/2001, de 14 de diciembre, sobre tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura***

Varios ciudadanos solicitaron al Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 9/2019, de 5 de abril, de Extremadura al entender que vulneraba los artículos 6, 7, 10.2, 14, 22 y 53.1 de la Constitución española.

#### **ANTECEDENTES**

La petición se dirige contra el artículo primero apartado 1 de la Ley 9/2019, de 5 de abril, por la que se modifican la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de caza de Extremadura, y la Ley 18/2001, de 14 de diciembre, sobre tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura (*Diario Oficial de Extremadura* número 70, de 10 de abril de 2019), en tanto que modifica el artículo 21 de la Ley 14/2010; el apartado siete de este artículo, que a su vez modifica el apartado 1 del artículo 49 de la misma ley; y el artículo segundo, en cuanto que modifica la tasa de licencia de caza regulada en el Anexo de la Ley 18/2001.

El apartado 1 del artículo primero de la ley modifica el artículo 21 de la Ley 14/2010, que regula los cotos sociales, estableciéndose en su apartado 2 que «Todos los socios deberán estar federados en la Federación Extremeña de Caza para poder cazar en el coto social».

El apartado 7 del artículo primero modifica el apartado 1 del artículo 49 de la Ley 14/2010, que regula los requisitos para ejercicio de la caza, contemplándose como requisito en su apartado f la necesidad de contar con un documento acreditativo de estar federado en la Federación Extremeña de Caza, en caso de ejercer la caza en un coto social.

Por último, el artículo segundo modifica determinadas tasas contempladas en el Anexo de la Ley 18/2001, entre las cuales se encuentra la tasa de licencia de caza. En

esta tasa se establece una bonificación del 25 % sobre la cuantía de la tasa para cazadores federados en la Federación Extremeña de Caza.

El solicitante considera que con esta regulación se vulnera lo dispuesto en los artículos 14 y 22 de la Constitución, al ser la regulación aprobada contraria a los principios de igualdad y no discriminación, y vulnerar la libertad negativa de asociación garantizada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto forma parte de la libertad de asociación contenida en el artículo 22 de la Constitución.

Los motivos para ello son que obliga a los cazadores que deseen cazar en cotos sociales en Extremadura a estar federados en la Federación Extremeña de Caza, imponiéndoles así una federación obligatoria contraria a los citados artículos.

Alega el interesado que la Federación Extremeña de Caza es una entidad de carácter privado de naturaleza asociativa que circunscribe sus funciones públicas al ámbito del deporte, y especialmente a las competiciones, y que sus funciones públicas no pueden extenderse a actividades deportivas no competitivas y de ocio relacionadas con la caza, salvo en igualdad de condiciones con otras organizaciones representativas.

Igualmente, señala que la citada federación no es la única organización de representación del colectivo de cazadores no deportivos o que no realizan actividades competitivas; por lo que la imposición de pertenecer obligatoriamente a dicha federación para ejercer la caza en cotos sociales en Extremadura supone una discriminación.

Finalmente, cita el interesado la modificación de la Ley de tasas citada, aunque no se argumentan los motivos de inconstitucionalidad de este precepto.

Una vez expuesto lo anterior, procede realizar un análisis sobre el asunto, atendiendo a las alegaciones de los interesados y a la doctrina y la jurisprudencia constitucionales.

Ha de comenzarse por una cuestión esencial en este asunto, y que incide directamente en el análisis de la constitucionalidad de los preceptos cuestionados.

La jurisprudencia constitucional ha construido cierta doctrina sobre la llamada libertad de asociación negativa, que se inició con la STC 5/1981, de 13 de febrero. Es importante citar en este supuesto citar lo dispuesto en el fundamento jurídico 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1985, de 24 de mayo, que se refiere a esta cuestión en relación con las federaciones deportivas:

«3. El examen de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del contenido de los preceptos cuestionados exige efectuar algunas consideraciones generales en orden a determinados aspectos del derecho de asociación.

De acuerdo con el art. 10.2 de la Constitución, las normas relativas al derecho de asociación han de ser interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Este criterio interpretativo permite afirmar que el derecho de asociación comprende tanto la libertad positiva de asociación como la negativa de no asociarse; en efecto, el art. 20.2 de la mencionada Declaración Universal establece que “nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”, mientras que la libertad positiva se encuentra reconocida, dentro de ciertos límites, por el art. 22 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y por el art. 11 del Convenio de Roma. El Tribunal ha tenido ya ocasión de referirse a este contenido de la libertad de asociación, en relación al cual ha declarado que “el derecho de asociación, reconocido por nuestra Constitución en su art. 22.1 comprende no solo en su forma positiva el derecho de asociarse, sino también en su faceta negativa, el derecho de no asociarse (Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, *Boletín Oficial del Estado* de 24 de febrero, fundamento jurídico 19)”.

B) El reconocimiento y alcance de estas dos libertades —positiva y negativa— se encuentra en conexión con el tipo de Estado en cada tiempo y lugar. Así la libertad de asociarse supone la superación del recelo con que el Estado liberal contempló el derecho de asociación, y la libertad de no asociarse es una garantía frente al dominio por el Estado de las fuerzas sociales a través de la creación de corporaciones o asociaciones coactivas que dispusieran del monopolio de una determinada actividad social.

En conexión con lo anterior, debe señalarse que uno de los problemas que se plantea en el Estado social y democrático de Derecho es determinar en qué medida el Estado puede organizar su intervención en los diversos sectores de la vida social a través de la regulación de asociaciones privadas de configuración legal, a las que se confiere el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo relativas a todo un sector.

En concreto, por lo que aquí interesa, la configuración por la ley de este tipo de asociaciones plantea el problema de determinar en qué medida es compatible con el derecho de asociación, para lo cual es necesario tener en cuenta los siguientes puntos:

- a) En primer lugar, debe ponerse de manifiesto que la utilización generalizada de esta vía respondería a unos principios de carácter corporativo, aun cuando fuera

de modo encubierto, incompatibles con el Estado social y democrático de Derecho. Afirmación que no excluye la posibilidad de que se utilice excepcionalmente, siempre que se justifique su procedencia en cada caso por razones acreditativas de que constituye una medida necesaria para la consecución de fines públicos, y con los límites necesarios para que ello no suponga una asunción (ni incidencia contraria a la Constitución) de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

b) Partiendo de lo anterior, el respeto al contenido esencial del derecho de asociación que impone al legislador el art. 53.1 de la Constitución exige que se respete la libertad negativa —libertad de no asociarse—, pues una asociación coactiva u obligatoria no sería una verdadera asociación. Y asimismo exige respeto a la libertad positiva de crear otras asociaciones con fines privados. También es de aplicación lo dispuesto en el art. 22.4 de la Constitución, en orden a que las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

c) Concebida la asociación de configuración legal dentro de estos límites, se trataría de una asociación distinta de la prevista en el art. 22 de la Constitución, que no comprende el derecho de constituir asociaciones para el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo relativas a un sector de la vida social. Esta posibilidad no se encuentra excluida por el artículo mencionado, cuyo número 3 se refiere a “las asociaciones constituidas al amparo de este artículo”, de donde se deduce a *sensu contrario* que no se excluye la existencia de asociaciones que no se constituyan a su amparo.

d) La peculiaridad de estas asociaciones, dado su objeto, puede dar lugar a que el legislador regule su constitución exigiendo los requisitos que estime pertinentes, dentro de los límites indicados; y ello porque el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 no comprende el de constituir asociaciones cuyo objeto sea el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo relativas a un sector de la vida social.

C) El art. 22 de la Constitución contiene una garantía que podríamos denominar común; es decir, el derecho de asociación que regula el artículo mencionado se refiere a un género —la asociación— dentro del que caben modalidades específicas. Así en la propia Constitución (arts. 6 y 7), se contienen normas especiales respecto de asociaciones de relevancia constitucional como los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales».

Igualmente es necesario traer a colación lo dispuesto en el fundamento jurídico 4 de la misma sentencia:

«B) Los arts. 14.3 y 15 de la Ley de 31 de marzo de 1980, General de la Cultura Física y del Deporte, antes transcritos, están incluidos en la Sección 2.<sup>a</sup> “Las federaciones españolas” del capítulo II de la ley “Las asociaciones y federaciones deportivas”. Para valorar su constitucionalidad o inconstitucionalidad, es necesario efectuar unas consideraciones sobre el carácter que la ley otorga a dichas federaciones.

La Ley de 31 de marzo de 1980 tiene como objeto —art. 1— el impulso, orientación y coordinación de la educación física y del deporte, que se lleva a cabo a través de la organización administrativa a que se refiere el art. 2 (Consejo Superior de Deportes, comunidades autónomas, diputaciones provinciales, cabildos insulares y municipios). Al lado de esta organización administrativa, la Ley atribuye funciones públicas de carácter administrativo a las federaciones españolas, las cuales —art. 5.2— colaboran con el Comité Olímpico Español, y, de conformidad con el ordenamiento internacional, regulan el ejercicio de sus respectivas especialidades deportivas y sus competiciones; en conexión con tal precepto, el art. 16 enumera las funciones atribuidas a las federaciones, al señalar en su núm. 1, que bajo la coordinación del Consejo Superior de Deportes, las federaciones españolas elaboran sus reglamentos deportivos y, basándose en el ordenamiento internacional, atienden al desarrollo específico de su modalidad deportiva, regulan las competiciones, colaboran en la formación de sus cuadros técnicos, velan por el cumplimiento de las normas reglamentarias y ejercen la potestad disciplinaria, correspondiéndoles además la asignación, control y fiscalización de subvenciones a las asociaciones y entidades deportivas adscritas a ellos.

Del conjunto de la ley se deduce que la misma no configura a las federaciones españolas como corporaciones de carácter público integradas en la Administración, ni tampoco como asociaciones obligatorias, ya que las regula aparte de la organización administrativa, y no obliga a los clubs a pertenecer a ellas (arts. 3.4 y 12.2). Las federaciones se configuran como instituciones privadas, que reúnen a deportistas y asociaciones dedicadas a la práctica de una misma modalidad deportiva (arts. 19 y 14) si bien se estimula la adscripción a la respectiva federación en cuanto constituye un requisito para que los clubs deportivos puedan participar en competiciones oficiales y en cuanto canalizan la asignación de subvenciones. Y, por otra parte, la ley no impide en absoluto la constitución de otras asociaciones formadas por deportistas y asociaciones dedicadas a la misma modalidad deportiva, con fines privados.

De acuerdo con la ley, las federaciones aparecen configuradas como asociaciones de carácter privado, a las que se atribuyen funciones públicas de carácter administrativo».

A partir de estas consideraciones, el Tribunal ha admitido la afiliación obligatoria, siempre que se cumplan tres requisitos, que básicamente se exponen en el fundamento jurídico 12 de la Sentencia 113/1994, de 14 de abril:

«12. De esta doctrina constitucional cabe extraer inicialmente tres criterios mínimos y fundamentales a la hora de determinar si una determinada asociación de creación legal, de carácter público y adscripción obligatoria, puede superar un adecuado control de constitucionalidad:

En primer lugar, no puede quedar afectada la libertad de asociación en su sentido originario, o positivo [lo que en la STC 132/1989 hemos llamado "límite externo", recogido anteriormente en el punto b de la STC 67/1985, fundamento jurídico 3º B)]. La adscripción obligatoria a una entidad corporativa no puede ir acompañada de una prohibición o impedimento de asociarse libremente.

En segundo lugar, el recurso a esta forma de actuación administrativa que es, al propio tiempo y antes que nada, una forma de agrupación social creada *ex lege*, incluida la previsión de adscripción forzosa, no puede ser convertida en la regla sin alterar el sentido de un Estado social y democrático de Derecho basado en el valor superior de libertad (art. 1.1 C.E.) y que encuentra en el libre desarrollo de la personalidad el fundamento de su orden político (art. 10.1 C.E.).

En tercer lugar, la adscripción obligatoria a estas corporaciones públicas, en cuanto "tratamiento excepcional respecto del principio de libertad", debe encontrar suficiente justificación, ya sea en disposiciones constitucionales, ya sea en las características de los fines de interés público que persigan, de las que resulte, cuando menos, la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo. Ciertamente, este Tribunal Constitucional no puede erigirse en juez absoluto de dicha "dificultad", en cuya apreciación, por la propia naturaleza de la cosa, ha de corresponder al legislador un amplio margen de apreciación, pero sí podrá identificar legítimamente aquellos supuestos en los que, *prima facie*, tal imposibilidad o dificultad no se presente».

Un análisis de estos requisitos en el caso presente da como resultado la constitucionalidad de la afiliación obligatoria; así, a) no se establece la prohibición de asociarse a otras federaciones de caza; b) la afiliación obligatoria no es regla, sino excepción únicamente aplicable respecto al ejercicio de la caza en cotos sociales; y c)

está justificada por los fines públicos que persigue la citada federación, en cuanto entidad que controla el desarrollo de la actividad cinegética deportiva en estos lugares.

Sentado lo anterior, hay que poner de manifiesto que la Federación Extremeña de Caza es una federación deportiva, del tipo de las analizadas en la jurisprudencia constitucional que se acaba de exponer. Este hecho no es negado por los solicitantes del recurso. Lo que sí se niega es que la actividad que se ejerce en los cotos sociales (únicos en los cuales es obligatorio federarse para practicar el ejercicio de la actividad cinegética) sea una actividad deportiva. La respuesta a esta cuestión (si la caza en cotos sociales puede calificarse de deporte o no) es fundamental, ya que de ella dependerá la constitucionalidad o no de la medida aprobada por el legislador extremeño.

El artículo 21 de la Ley 14/2010 regula los cotos sociales, estableciendo que estos son aquellos cotos de caza cuya titularidad corresponde a las sociedades locales de cazadores inscritas en el registro de sociedades locales de cazadores y en los que el aprovechamiento cinegético se realiza por los socios, sin ánimo de lucro. A su vez, la ley define las sociedades locales de cazadores en el artículo 71, indicando que estas son las asociaciones de ámbito local que tengan como fin básico el ejercicio de la caza.

En relación con lo anterior, la disposición transitoria primera de la ley, que lleva por título “Adaptación de los clubes deportivos locales”, establece en su apartado primero que los clubes deportivos locales de cazadores existentes a la entrada en vigor de la ley tendrán la consideración de sociedades locales de cazadores si se inscriben en el Registro de sociedades locales de cazadores, en el plazo de un año desde la creación del citado registro. Y en el apartado segundo se establece que permanecerán vigentes las autorizaciones de cotos deportivos locales de caza, otorgadas según la legislación anterior, de los que sean titulares clubes deportivos locales de cazadores, siempre que los mismos cumplan lo dispuesto en el apartado anterior. Se establece expresamente en dicho apartado que dichos cotos tendrán la consideración de cotos sociales.

De tal forma que, al menos en los cotos sociales que antes de la entrada en vigor de la Ley 14/2010 tuvieran la condición de cotos deportivos locales, la actividad cinegética que se lleve a cabo tiene la consideración de deportiva, con lo que estaría justificada la afiliación obligatoria a la Federación Extremeña de Caza en estos casos, en tanto que dicha federación ejerce funciones públicas de carácter administrativo en cuanto a organización de la actividad, cumplimiento de requisitos de los participantes, etcétera.

Llegados a este punto, hay que traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de interpretación de las normas conforme a la

Constitución. En este sentido el fundamento jurídico 7 de la sentencia del Tribunal Constitucional 62/2017, de 25 de mayo establece lo siguiente:

«... como afirmamos en la STC 14/2015, de 5 de febrero, FJ 5, tratándose del legislador democrático, la presunción de constitucionalidad ocupa un lugar destacado en dicho juicio, por lo que «es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan solo la derogación de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación» (SSTC 14/2015, de 5 de febrero, FJ 5, y 17/2016, de 4 de febrero, FJ 4), de modo que «siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera con arreglo a un criterio hermenéutico reiteradas veces aplicado por este tribunal» (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 7). La segunda es que «la salvaguarda del principio de conservación de la norma encuentra su límite en las interpretaciones respetuosas tanto de la literalidad como del contenido de la norma cuestionada, de manera que la interpretación de conformidad con los mandatos constitucionales sea efectivamente deducible, de modo natural y no forzado, de la disposición impugnada (STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 7), sin que corresponda a este tribunal la reconstrucción de la norma en contra de su sentido evidente con la finalidad de encontrar un sentido constitucional, asumiendo una función de legislador positivo que en ningún caso le corresponde (STC 14/2015, de 5 de febrero, FJ 5)» (STC 20/2017, de 2 de febrero, FJ 9)».

De estas manifestaciones del tribunal, cabe inferir una interpretación constitucional de la norma, cual es la de que la federación obligatoria sea necesaria en los cotos sociales, o al menos en aquellos cotos sociales que con anterioridad a la legislación vigente fueran cotos deportivos locales y en los cuales se practique la caza deportiva. No obstante, procede iniciar actuaciones con la Consejería de Medio Ambiente y Rural, Políticas Agrarias y Territorio de la Junta de Extremadura exponiendo esta situación y solicitando información acerca de la conversión de los cotos deportivos locales en cotos sociales y el papel de la Federación Extremeña de Caza en el resto de cotos sociales que no respondan a esa tipología.

Por lo tanto, este motivo debe ser desestimado.

Respecto a la cuestión de la bonificación de la tasa por expedición de la licencia de caza a los cazadores federados, esta institución se pronunció al respecto por la misma cuestión con ocasión de la solicitud de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de las Illes Balears 3/2013, de 17 de julio, de modificación de la Ley 6/2006, de 12 de abril, balear de caza y pesca fluvial. En aquella ocasión, y por el mismo asunto, se expusieron los siguientes argumentos:

«Acerca de la disposición adicional quinta de la Ley 3/2013, no parece a esta institución que haya un indebido trato no igualitario entre todos los cazadores, pues solo se aplican bonificaciones a quienes se federan en una entidad deportiva, y es evidente que no es lo mismo un cazador federado que otro que no lo es. No se favorece la afiliación federativa, sino que no se perjudica la no afiliación; la afiliación deportiva lleva consigo costes y no es ilógico que se bonifique a quienes los asumen, en una labor por las asociaciones deportivas que tiene carácter de colaboración con la administración, como ya se vio. Las funciones de las entidades deportivas no se circunscriben exclusivamente a la práctica de las especialidades deportivas, sino que colaboran en la administración de la caza, lo dice la misma ley. Es una función que guarda cierto parecido con la colegiación profesional, también de base asociativa privada.

El deporte no es una actividad neutra que la Constitución no proteja ni fomente, al contrario (artículo 43.3). No es cierto que la Ley 3/2013 induzca a los cazadores a convertirse en deportistas, ni que haga imposible a las asociaciones de cazadores constituidas bajo la Ley Orgánica 1/2002 alcanzar sus finalidades; si no quedan en igualdad de oportunidades que las asociaciones constituidas bajo la Ley del Deporte es porque caza y deporte no son lo mismo. Acerca de que la condición de federado habilite para “matar más en menos tiempo”, queda injustificado en la solicitud; también la caza deportiva es una práctica limitada, no toda práctica deportiva es competitiva ni las competiciones son desorganizadas ni absolutamente libres ni carentes de límites o planificación, ni implican (no pueden implicar) desprecio a la gestión debida o al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

Las federaciones siguen siendo en la Ley 3/2013 asociaciones en las que no es obligatorio inscribirse, salvo para la práctica del deporte. Una posible bonificación de hasta el 50 % de la tasa de la licencia de caza a los federados viene a reconocer que la organización de la práctica deportiva, su administración, que acarrea costes, ha de poder verse compensada, y esto no es desfavorecer a los no deportistas, ni por tanto es inconstitucional».

Estos argumentos son igualmente aplicables al caso que nos ocupa.

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**ÚNICO.** La solicitud de interposición del recurso de inconstitucionalidad considera que la Ley 9/2019, de 5 de abril, por la que se modifican la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de caza de Extremadura, y la Ley 18/2001, de 14 de diciembre, sobre tasas y precios

públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, incurre en vicio de inconstitucionalidad, por los motivos que se han descrito más arriba.

De acuerdo con los argumentos expuestos, esta institución considera que la ley citada no incurre en inconstitucionalidad.

### **RESOLUCIÓN**

En virtud de cuanto antecede, y oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión de 25 de junio de 2019, el Defensor del Pueblo, de acuerdo con la legitimación que le confieren los artículos 162.1.a) de la Constitución, el 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y el 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que regula esta institución, ha resuelto NO INTERPONER recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 9/2019, de 5 de abril, por la que se modifican la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de caza de Extremadura, y la Ley 18/2001, de 14 de diciembre, sobre tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

***Ley 5/2019, de 4 de abril, de modificación de la Ley 12/2016, de 28 de julio, de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999***

El presidente de un partido político y el presidente de una fundación y unas entidades, solicitaron al Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley vasca 5/2019, de 4 de abril, al entender que vulneraba los artículos 24 y 117 de la Constitución.

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.** Se han dirigido al Defensor del Pueblo D. [...], mediante escritos recibidos en el Registro del Defensor del Pueblo los días 11 de abril, 5 de abril y 11 de junio de 2019, respectivamente (este último escrito conjunto de [...]), solicitando la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley del Parlamento Vasco 5/2019, de 4 de abril, de modificación de la Ley del Parlamento Vasco 12/2016, de 28 de julio, de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999 (*Boletín Oficial del País Vasco* número 74, de 16 de abril de 2019).

**SEGUNDO.** Considera [...] que la Ley 12/2016, reformada por la Ley 5/2019, «pretende reconocer, reparar, resarcir e indemnizar a los denunciadores de torturas y otros abusos supuestamente cometidos por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y otras bandas parapoliciales entre los años 1978 y 1999, como víctimas de supuestas vulneraciones de derechos humanos producidas en la Comunidad Autónoma del País Vasco. Todo ello, es de destacar, se pretende realizar al margen de los jueces y tribunales del Estado. En efecto, de conformidad con los artículos 4.2.c), 5, 8 y 9 de la ley, a los poderes públicos vascos y, en particular, a la Comisión de Valoración (creada al efecto por el artículo 16) les corresponde velar por el reconocimiento, la reparación, el resarcimiento y la indemnización de las víctimas, esto es, de las personas que acrediten

que padecieron las vulneraciones de los derechos; insistimos: todo ello al margen de la función que tienen constitucionalmente atribuida los jueces y tribunales. Pues bien, esta suerte de “tribunal paralelo”, entre otros, resulta absolutamente inadmisibile y supone, de facto, ignorar el derecho a la tutela de sus derechos; así como el artículo 117, que establece que es a los jueces y magistrados a los que les corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y no al resto de poderes públicos, menos aún autonómicos».

El [...] solicita la interposición de recurso de inconstitucionalidad frente a los artículos 2, 4, 7, 14, 15, así como contra la disposición adicional sexta y cualesquiera otros preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 12/2016, reformada por la Ley 5/2019, que se estime oportuno.

**TERCERO.** [...], en un breve escrito, indica que «el acuerdo alcanzado y plasmado en la modificación aprobada ayer 4 de abril de 2019, no varía a juicio de nuestra fundación las causas que motivaron la presentación inicial del recurso de inconstitucionalidad». Se refiere el compareciente a que la ley cuya impugnación se pretende tiene como antecedentes la Ley del Parlamento Vasco 12/2016, en su redacción inicial, la presentación de un recurso de inconstitucionalidad contra la misma por el anterior Presidente del Gobierno, el acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 30 de julio de 2018, que dio lugar a la retirada por el actual Presidente del Gobierno del recurso de inconstitucionalidad y a la reforma de la Ley en el Parlamento Vasco elaborada con el propósito de cumplir el acuerdo de la Comisión Bilateral citada y de ajustarse a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 85/2018, de 19 de julio.

**CUARTO.** [...] indican que «sin cuestionar en modo alguno el derecho de toda víctima de vulneraciones de derechos humanos a ser reconocida como tal y obtener verdad, justicia y reparación, resulta imprescindible no perder de vista todos los intereses legítimos y derechos fundamentales en juego. Porque en un Estado Democrático de Derecho no solo importa el qué (encontrar la verdad) sino importa también el cómo (procedimiento garantista de carácter contradictorio desde la igualdad de armas de defensa entre las partes), y por ello resulta incongruente plantear conculcar unos derechos fundamentales para garantizar la efectividad de otros... existen ya mecanismos para presentar denuncias de hechos presuntamente constitutivos de vulneraciones de derechos humanos, conllevando su reconocimiento y reparación en su condición de víctimas, mediante procedimientos garantistas que permiten conciliar todos los intereses legítimos y derechos fundamentales en conflicto, a través del acceso a la vía judicial y asistencial».

[...] señalan también que «nos encontramos, por consiguiente, con un órgano de naturaleza administrativa (Comisión de Valoración) al que se reconoce competencias y facultades de naturaleza judicial, circunstancia que vulnera la reserva competencial que el artículo 117 de la Constitución Española reconoce a favor del poder judicial... la imposibilidad de ser parte durante la tramitación del expediente para quienes puedan resultar señalados, directa o indirectamente, como responsables de vulneraciones de derechos humanos, esto es, de ilícitos penales, imposibilita el ejercicio de su derecho de defensa, no permitiendo presentar alegaciones ni ser escuchado en un procedimiento imparcial y contradictorio en el que ambas partes se encuentren en igualdad de oportunidades y de defensa de sus legítimos intereses y derechos. De esta forma, siendo conscientes de que las actuaciones llevadas a cabo por la Comisión de Valoración durante la instrucción de los expedientes pueden acabar en la incoación de procedimientos penales cuando los hechos objeto de investigación den lugar a responsabilidades penales no prescritas, nos encontramos con que la Ley... estaría permitiendo pruebas preconstituidas sin respetar las garantías procesales legalmente establecidas, lo que podría dar lugar al cuestionamiento de las pruebas obtenidas de forma ilícita al no haberse respetado en la fase de instrucción o investigación las garantías procesales mínimas y generándose una evidente situación de indefensión respecto de ese tercero al que se le exige responsabilidad penal como consecuencia de las actuaciones de la Comisión de Valoración...».

Por otra parte, la amplitud de los deberes de colaboración de entidades públicas, privadas y personas concretas, que deben comparecer ante la Comisión de Valoración, hace que las personas que comparecen «desconocen la condición en la que acuden: si como testigos, si como investigados, si como posibles responsables de vulneraciones de derechos humanos. Por ello, es imposible adoptar medidas para garantizar los derechos de quienes colaboran con la Comisión de Valoración, siendo posible que de la participación de ese tercero finalmente resulte una derivación de responsabilidad penal en su contra, que tendrá consecuencias reales si no resulta aplicable la figura de la prescripción. Por consiguiente, existe posibilidad real de que se vulnere el derecho a guardar silencio, a declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen y a la estrategia defensiva de aquellos terceros que sean llamados a colaborar con la Comisión de Valoración en la investigación de los hechos objeto del expediente, especialmente en el caso de funcionarios: policías nacionales, guardias civiles, funcionarios de prisiones, funcionarios de Justicia..., que, tras la investigación de los hechos, puedan verse afectados en un posterior procedimiento penal derivado de las tareas de investigación previamente realizadas por la Comisión de Valoración».

Se refieren, finalmente, [...] a la posible afectación del derecho al honor y dignidad de las personas en procesos no judiciales de investigación de la verdad, «sin posibilidad de defensa alguna».

## FUNDAMENTOS

**PRIMERO.** 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 confiere 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. Esta prudencia en el ejercicio de sus atribuciones 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 moral 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 propia, que es la de garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos (artículo 54 de la Constitución).

En este caso, está garantizado el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que resolverá el recurso presentado en el Registro del Tribunal Constitucional el 31 de mayo de 2019 por otro sujeto legitimado (un número de diputados en el Congreso igual o superior a 50), teniendo en cuenta, particularmente, la doctrina establecida por el propio Alto Tribunal en la Sentencia 85/2018, de 19 de julio.

**SEGUNDO.** El Defensor del Pueblo, tras el análisis de la Ley del Parlamento Vasco 5/2019, de 4 de abril, de modificación de la Ley 12/2016, de 28 de julio, considera oportuno, con criterio análogo al sustentado en la Resolución de esta institución de 1 de julio último sobre las peticiones de recurso contra la Ley Foral 16/2019, iniciar una actuación de oficio ante la Secretaría General de Derechos Humanos, Convivencia y Cooperación del Gobierno Vasco, con el fin de compulsar la aplicación de la ley, teniendo en cuenta las competencias y derechos fundamentales en juego, así como las consideraciones trasladadas a esta institución por los solicitantes de recurso, todo ello sin perjuicio de lo que decida el Tribunal Constitucional, cautelar o definitivamente.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriormente efectuadas, se adopta la siguiente:

## **RESOLUCIÓN**

Previo el preceptivo informe de la Junta de Coordinación y Régimen Interior en su reunión del día 4 de julio de 2019, y con pleno respeto a cualquier otra opinión diferente, el defensor del pueblo (e.f.) resuelve en relación con la previsión contenida en el artículo 162.1.a) de la Constitución española y el artículo 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, NO INTERPONER recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 5/2019, de 4 de abril, de modificación de la Ley 12/2016, de 28 de julio, de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos en el contexto de la violencia de motivación política en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre 1978 y 1999 e INICIAR una actuación de oficio ante la Secretaría General de Derechos Humanos, Convivencia y Cooperación del Gobierno Vasco.

***Ley 5/2019, de 23 de julio, por la que se modifica la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha***

Un representante de un partido político solicitó al Defensor del Pueblo la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Castilla-La Mancha 5/2019, de 23 de julio, al entender que vulneraba el artículo 81 de la Constitución y el Estatuto de Autonomía.

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.** Se ha dirigido al Defensor del Pueblo D. [...], mediante escrito recibido en el Registro del Defensor del Pueblo el día 2 de octubre de 2019, solicitando la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 5/2019, de 23 de julio, por la que se modifica la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha (*Diario Oficial de Castilla-La Mancha* número 150, de 30 de julio de 2019).

**SEGUNDO.** Considera el compareciente que ha sido vulnerado el artículo 13.2 del Estatuto de Castilla-La Mancha, que dispone que «El Consejo de Gobierno se compone del presidente, de los vicepresidentes, en su caso, y de los consejeros. Las Cortes de Castilla-La Mancha, por mayoría de tres quintos de los miembros del Pleno de la Cámara, aprobarán una Ley del Gobierno y del Consejo Consultivo, en la que se incluirá la limitación de los mandatos del presidente». Y ello se habría producido porque la nueva Disposición Adicional (Tercera) de la Ley 11/2003 del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, introducida por la Ley 5/2019, de 23 de julio, establece que «la limitación de mandatos del presidente de la Junta será la que establezca la Constitución española para los presidentes de las comunidades autónomas o las leyes del Estado que resulten aplicables».

Indica el compareciente que «si una ley autonómica vulnera el estatuto es inconstitucional de forma indirecta, porque entra a regular una materia reservada al estatuto e intenta reformarlo sin seguir los procedimientos que este prevé

expresamente». Esta afectación indirecta de la Constitución se referiría también al artículo 81 (ámbito de las leyes orgánicas), mediante las cuales, con arreglo al artículo 81.1 de la Constitución, se aprueban por las Cortes Generales los Estatutos de Autonomía.

## FUNDAMENTOS

**PRIMERO.** Resulta evidente, a juicio de esta institución, que no hay vulneración alguna del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. En efecto, es razonable la interpretación de que no se trata de que el Estatuto establezca una limitación de mandatos determinada del presidente de la Junta de Castilla-La Mancha (siendo la más habitual en derecho comparado la de dos períodos de cuatro años), sino que mandata a la Ley del Gobierno y del Consejo Consultivo a incluir «la limitación de los mandatos del presidente», entendida como cuestión a resolver. Es razonable la interpretación, también, de que el Estatuto no quiere limitar los mandatos del presidente porque, de haberlo querido, habría establecido cuantos —1, 2, 3... pues en ello consiste la limitación temporal— sino que deriva a la Ley del Gobierno y del Consejo Consultivo el problema de la limitación de los mandatos. En otros términos, el Estatuto no limita los mandatos del presidente, sino que establece la necesidad de un pronunciamiento expreso sobre el problema en una ley autonómica.

Por tanto, resulta suficiente —a los efectos del cumplimiento del Estatuto de Autonomía— que la Ley del Gobierno y del Consejo Consultivo se pronuncie sobre la limitación de los mandatos del presidente, en el sentido que fuere, como en efecto hace: «la limitación de los mandatos del presidente de la Junta será la que establezca la Constitución española para los presidentes de las comunidades autónomas o las leyes del Estado que resulten aplicables».

**SEGUNDO.** Lo relevante, para llevar a cabo un juicio de constitucionalidad, es la respuesta a dos cuestiones: 1ª) ¿Es conforme a la Constitución la inexistencia de limitaciones a los mandatos de los presidentes de las comunidades autónomas? La respuesta es indudablemente afirmativa; de hecho, es más propio de los regímenes parlamentarios (como el nuestro) que de los presidencialistas la inexistencia de limitaciones a los mandatos de los presidentes de las comunidades autónomas o del presidente del Gobierno, pues su elección depende indirectamente del voto ciudadano y directamente del voto de los parlamentarios autonómicos o del voto de los diputados del Congreso de los Diputados, respectivamente, que no tienen limitada su capacidad de elección por razón del tiempo en que una persona candidata lleve desempeñando el cargo. 2ª) ¿Establece el Estatuto de Castilla-La Mancha una limitación del tiempo que puede desempeñar el cargo el presidente de la Junta? Indudablemente tampoco; de

haberlo querido habría limitado los mandatos a dos o tres, que es lo habitual cuando este es el propósito; lo que hace más bien es dejar la cuestión lo suficientemente abierta como para que el parlamento autonómico opte por la solución que considere más conveniente en cada momento —siempre que se opte expresamente por alguna, como es el caso— en la Ley del Gobierno y del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma.

### **RESOLUCIÓN**

Previo el preceptivo informe de la Junta de Coordinación y Régimen Interior en su reunión del día 29 de octubre de 2019, y con pleno respeto a cualquier otra opinión diferente, el defensor del pueblo (e.f.) resuelve en relación con la previsión contenida en el artículo 162.1.a) de la Constitución española y el artículo 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, NO INTERPONER recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 5/2019, de 23 de julio, por la que se modifica la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha (*Mancha* número 150, de 30 de julio de 2019).

## 5.2 SOLICITUDES DE AMPARO

En el ejercicio 2019 se presentaron al Defensor del Pueblo 94 solicitudes de interposición de recurso de amparo, un incremento muy notable con respecto al año anterior, en que fueron ocho.

Hay que destacar que 82 de esas solicitudes se referían a una sola resolución judicial, la Sentencia del Tribunal Supremo 463/2019, de 11 de septiembre, de la Sala de lo Civil. Por tanto, las resoluciones judiciales frente a las cuales se solicitaba la interposición de recurso han pasado, en realidad, de ocho a trece.

Dichas solicitudes traían causa de cuatro procesos civiles, tres procesos penales, cuatro procesos contencioso-administrativos y dos sociales.

En el ejercicio 2019 no se ha presentado al Defensor del Pueblo ninguna petición de recurso de amparo en la que, además de concurrir los presupuestos procesales (particularmente exigentes, sobre todo en lo que se refiere al agotamiento de la vía judicial previa, que en determinadas ocasiones exige plantear un incidente de nulidad de actuaciones, para lo que el Defensor del Pueblo no tiene competencia), se observase una «especial transcendencia 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).

Cuando los ciudadanos se dirigen al Defensor del Pueblo con el propósito de que este interponga recurso de amparo (lo que pueden llevar a cabo por sí mismos si han sido parte en el proceso precedente) y con el fin de poder valorar adecuadamente las peticiones y, sobre todo, la viabilidad procesal y de fondo de las mismas, es conveniente aportar toda la información necesaria para justificar el agotamiento de la vía judicial y trasladar argumentaciones no solo sobre la importancia del caso —que sin duda la tiene si un ciudadano ha decidido dirigirse al Defensor del Pueblo— sino sobre su «especial transcendencia 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»; ello resulta imprescindible para coadyuvar al éxito de una eventual interposición de recurso de amparo por el Defensor del Pueblo, dado el mínimo porcentaje de admisiones a trámite de estos recursos por el Tribunal Constitucional:

«Consecuentemente, del total de decisiones sobre admisión adoptadas a lo largo del año en materia de amparo (6.774, cifra que arroja la suma de las providencias de admisión, autos y providencias de inadmisión y autos y providencias de terminación de asuntos pendientes de admisión), solo el 1,67 % dio lugar a la tramitación de los recursos para su posterior resolución por sentencia y el restante 98,33 % supuso el archivo del recurso (*Memoria 2018* del Tribunal Constitucional, página 47)».



