



SUPUESTOS PRÁCTICOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Director:
Miguel Ángel Sevilla Duro

**SUPUESTOS PRÁCTICOS
DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

SUPUESTOS PRÁCTICOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Director: Miguel Ángel Sevilla Duro



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha

Cuenca, 2023

Supuestos prácticos de Derecho Constitucional / director, Miguel Ángel Sevilla Duro.– Cuenca : Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2023

164 p. ; 27 cm.– (Colección Atenea ; 50)

ISBN 978-84-9044-625-6 (edición electrónica)

ISSN 2792-4610 (Colección Atenea)

1. Derecho constitucional – España – Manuales universitarios I. Sevilla Duro, Miguel Ángel, dir. II. Universidad de Castilla-La Mancha, ed. III. Serie

342(460)(035)

LND (Thema)

Este libro es resultado del proyecto “El método del caso en la enseñanza del Derecho Constitucional” (director: José Luis García Guerrero), autorizado en la XII convocatoria de proyectos de innovación y mejora docente (2021-2023) de la Universidad de Castilla-La Mancha.

© de los textos: sus autores, 2023.

© de la edición: Universidad de Castilla-La Mancha, 2023.

Edita: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha

Colección ATENEA nº 50



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

I.S.B.N.: 978-84-9044-625-6 (edición electrónica).

D.O.I.: https://doi.org/10.18239/atenea_2023.50.00

I.S.S.N.: 2792-4610 (Colección Atenea)

Composición: Compobell

Hecho en España (U.E.) – *Made in Spain (U.E.)*



Esta obra se encuentra bajo una licencia internacional Creative Commons CC BY 4.0. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra no incluida en la licencia Creative Commons CC BY 4.0 solo puede ser realizada con la autorización expresa de los titulares, salvo excepción prevista por la ley. Puede Vd. acceder al texto completo de la licencia en este enlace:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>

Índice

1. El método del caso en el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho Constitucional.	11
<i>Miguel Ángel Sevilla Duro</i>	

PARTE ORGÁNICA DE LA CONSTITUCIÓN

2. Relación entre el Derecho de la Unión Europea y el derecho interno.	21
<i>María Carro Pitarch</i>	
3. Ley orgánica y ley ordinaria.	29
<i>Penélope Oliva Boza</i>	
4. Real Decreto-Ley	35
<i>Mar Sánchez Montell</i>	
5. Instrumentos de información y control ordinario del Parlamento al Gobierno	41
<i>María Mercedes Serrano Pérez</i>	
6. Naturaleza y control constitucional del reglamento parlamentario	49
<i>María Mercedes Serrano Pérez</i>	
7. Cuestión de confianza	55
<i>María Mercedes Serrano Pérez</i>	
8. Recurso de inconstitucionalidad	59
<i>Yolanda López Nieto</i>	
9. Derecho autonómico	65
<i>Alberto Campos Jiménez</i>	
10. Reforma constitucional	69
<i>Pedro García Guijarro</i>	

PARTE DOGMÁTICA DE LA CONSTITUCIÓN

11. Derecho de asociación y libertad religiosa. Ponderación	77
<i>Inés del Valle Sevilla</i>	
12. Suspensión individual de los derechos fundamentales: detención legal y Habeas Corpus	87
<i>Carlos Marco Marco Atienza</i>	
13. Suspensión individual de los derechos fundamentales: suspensión de derechos al detenido por delito de terrorismo	99
<i>Carlos Marco Marco Atienza</i>	
14. Derecho al honor, derecho a la intimidad y libertad de comunicación.	105
<i>José Luis García Guerrero</i>	
15. Libertad de información	113
<i>Alberto Campos Jiménez</i>	
16. Inviolabilidad del domicilio	119
<i>Yolanda López Nieto</i>	
17. Inviolabilidad del domicilio y libertad personal	125
<i>María Luz Martínez Alarcón</i>	
18. Derecho de reunión	131
<i>Miguel Ángel Sevilla Duro</i>	
19. Ilegalización de partidos políticos	139
<i>Carlos Marco Marco Atienza</i>	
20. Tutela judicial efectiva	145
<i>Sara Alemán Merlo</i>	
21. Garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales: el recurso de amparo ordinario y el recurso de amparo constitucional.	153
<i>Miguel Ángel Sevilla Duro</i>	
22. Garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales: los recursos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	163
<i>Miguel Ángel Sevilla Duro</i>	

1. El método del caso en el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho Constitucional

Miguel Ángel Sevilla Duro¹

*Investigador predoctoral FPU en Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha*

I. EL MÉTODO DEL CASO: UNA VUELTA A SÓCRATES

Se dice de Sócrates que adoptó el diálogo como método de enseñanza: el aprendizaje como una conversación dirigida donde, de pregunta en pregunta, se lleva al interlocutor a la conclusión deseada. El secreto es, por tanto, saber hacer las preguntas correctas que permitan abordar un tema en concreto². De esta forma, en el método socrático se practica la inducción en un determinado contexto: a partir de la observación de un hecho o supuesto se reflexiona y discierne lo variable de lo fijo, lo accidental de lo sustancial, y se intenta hallar el trasfondo común, definible y permanente del asunto.

Algo más de 1500 años después de la muerte de Sócrates, Edwin Francis Gay asumió el cargo de Decano en la recién inaugurada Graduate School of Business Administration de la Universidad de Harvard (hoy llamada Harvard Business School). En la actualidad existe un sólido consenso entre pedagogos y educadores acerca de que Gay, desde 1910, impulsó un método que revolucionó la enseñanza universitaria de la época: el método del caso, consistente en sustituir la enseñanza magistral por la exposición de casos prácticos reales

1 Identificador ORCID: orcid.org/0000-0002-6759-0020. Este capítulo se ha elaborado con la financiación del Ministerio de Universidades a través del programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU19/00310).

2 Una introducción al método socrático en FRAILE, Guillermo (2011): *Historia de la Filosofía I. Grecia y Roma*, BAC, Madrid, pp. 252-254.

a partir de los cuales exponer la materia objeto de estudio³. Se trataba, en definitiva, de hallar lo esencial entre lo contingente, de extraer la teoría a través del razonamiento inductivo, de responder a las preguntas que surgen de un determinado supuesto para alcanzar una conclusión común, definible y permanente de la materia objeto de estudio.

Con diferentes nombres, premisas metodológicas diversas y matices en la ejecución, el hecho cierto es que en el proceso de enseñanza-aprendizaje la práctica siempre ha acompañado a la teoría, o mejor dicho, la teoría siempre se ha apoyado en la práctica para hacerse comprender de mejor forma.

No es objeto de este breve prefacio exponer con detalle las características, particularidades y variantes del método del caso. Son muchos y de interés los trabajos dedicados a ello⁴. Se pretende, en otro sentido, remarcar la trascendencia y el positivo impacto que la práctica ha tenido y tiene en el aprendizaje, y particularmente en el del Derecho Constitucional.

Las llamadas metodologías docentes activas pretenden hacer de la participación de los estudiantes el eje vertebrador de la actividad docente universitaria, y con ello se aspira a alcanzar una serie de competencias generales entre las que se encuentran la capacidad de aplicar los conocimientos a la práctica y el desarrollo del pensamiento crítico (competencias generales 9 y 14 de la Memoria de Verificación del Grado en Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha, recogidas también, de un modo u otro, y con ciertos matices, en todos los documentos oficiales de los Grados en Derecho impartidos en España). A esos efectos, en los planes docentes de Derecho se prevé como metodología docente, además de la clase magistral y las clases prácticas, el “aprendizaje autónomo a través del estudio de casos” (apartado 5.4 de la referida Memoria).

Este método del caso, en síntesis, consiste en el planteamiento de un supuesto práctico, preferiblemente real o, cuanto menos, verosímil, sobre el

3 En realidad, como puntualiza Fernando M. Toller, el método del caso, aunque sin esa denominación, ya se había puesto en práctica en la Harvard Law School desde el año 1870, de la mano de Christopher Columbus Langdell, si bien su auge tuvo lugar a partir del esfuerzo emprendido por Edwin Francis Gay. *Vid.* TOLLER, Fernando M. (2006): “Orígenes históricos de la educación jurídica con el método del caso”, *E-mail Educativo*, núm. 1, vol. 1, p. 2.

4 Una revisión sistemática en español en CASTELLANOS VERDUGO, Mario *et al.* (2011): “El método del caso en docencia: aplicación y evaluación”, en BUITRADO ESQUINAS, Eva María y SÁNCHEZ-FRANCO, Manuel (eds.), *Técnicas avanzadas de Enseñanza e Innovación Pedagógica: una aplicación en la Enseñanza Superior*, Edición Digital @tres, Sevilla, pp. 16-26.

que los estudiantes reflexionan y discuten con la dirección del profesor para, mediante las conclusiones a las que se alcancen, exponer las nociones básicas, generales y teóricas de un determinado tema. De esta forma, a la vez que los estudiantes participan tratando de resolver el caso planteado con sus conocimientos previos o a partir de lecturas propuestas antes del comienzo de la clase, van descubriendo el trasfondo jurídico de la materia sobre la que se va a profundizar; y una vez hecha la aproximación o resolución de los estudiantes al supuesto, este se reorienta, corrige y completa por el profesor.

Son múltiples las opciones y dinámicas que pueden acometerse en la puesta en práctica de este método: la resolución del caso en grupos o individualmente, el tratamiento de las cuestiones planteadas con intervenciones orales en el aula o mediante trabajo autónomo y asíncrono de los alumnos, el planteamiento de un caso irresoluble o con múltiples respuestas jurídicamente admisibles, etc.⁵. Esta variedad y flexibilidad de medios tiene por fin que el profesor canalice, adapte y personalice una metodología como la aquí tratada a cada supuesto concreto con la intención de aspirar al triple objetivo que persigue este método: motivar a los alumnos, facilitar la retención de la información y favorecer el desarrollo de sus habilidades⁶.

5 Cabe resaltar con mayor énfasis el método seguido habitualmente por los miembros del área de Derecho Constitucional de Albacete: Dependiendo de los alumnos asistentes a la clase en la que se va a trabajar con el método del caso se procede a una agrupación de los mismos, mayor o menor, en grupos de trabajo. El punto de partida es que los alumnos puedan leer el caso y los materiales que permiten su resolución antes de cada clase, para lo que se utiliza la plataforma *Moodle*. Cada estudiante debe enviar su propia resolución individual del caso antes de la clase. Una vez en ella, intervienen dos grupos de trabajo que, alternativamente, van exponiendo los supuestos de hecho relevantes del caso, los preceptos jurídicos implicados, su sistematización y, de ser pertinente, la correspondiente ponderación si se trata de conflictos entre derechos fundamentales. Con ello intentan resolver el problema jurídico planteado. Tras la respuesta al supuesto de hecho de un grupo, se abre una posibilidad de réplica y contraréplica del otro grupo de trabajo y, cuando se estima que la resolución no es correcta o deben introducirse matices, da comienzo el turno de intervenciones individuales. Agotada la participación de los alumnos es el momento de introducir correcciones por parte del profesor, si fuera el caso, y de completar la exposición de la forma que sea pertinente. Debe mencionarse que en los grupos de trabajo que estructuran el debate cabe la posibilidad de abrir votos particulares cuando se discrepa de la mayoría. Con profundidad, GARCÍA GUERRERO, José Luis (2011): “*La enseñanza de los derechos constitucionales y sus garantías en los grados*”, en COTINO HUESO, Lorenzo y PRESNO LINERA, Miguel (eds.), *La enseñanza del Derecho constitucional ante el proceso de Bolonia*, Publicacions de la Universitat de València, Valencia, p. 125.

6 En este sentido, VALLESPÍN PÉREZ, David (2010): “El método del caso como instrumento de aprendizaje en el derecho procesal”, *Revista de Educación y Derecho*, núm. 3, p. 5.

II. PRETENSIÓN Y OBJETO DE ESTE LIBRO

La Universidad de Castilla-La Mancha publicó en 2021 su XII convocatoria de proyectos de innovación y mejora docente con el objeto de fomentar el desarrollo de propuestas en pro de una docencia universitaria de calidad. El área de Derecho Constitucional de Albacete planteó una iniciativa, que sería autorizada, bajo el título “El método del caso en la enseñanza del Derecho Constitucional”, con el Dr. José Luis García Guerrero, jefe del área, como director. El propósito principal de ese proyecto era transformar la metodología educativa llevada a cabo por los profesores del área para complementar todavía más la exposición magistral con el uso de casos prácticos; especialmente en asignaturas que comenzarían a impartirse en el marco del recientemente creado Grado en Criminología, y, en consecuencia, habían de prepararse *ex novo*. Se pretendía elaborar un catálogo de casos prácticos de muy diverso tipo con los que avanzar en una docencia activa que facilitase la comprensión de la ciencia constitucional. El presente libro recoge una selección de esos casos.

En esta tesitura, el objetivo de la presente obra colectiva es doble: por un lado, servir de material docente para implementar el método del caso en la enseñanza del Derecho Constitucional; por otro, ser un material de práctica y estudio para los alumnos, con la expectativa de que sirva como referencia a la hora de resolver otros supuestos prácticos que se les pudieran plantear. En consecuencia, es posible encontrar dos tipos de casos prácticos a lo largo del libro: casos planteados para enseñar la materia y casos planteados para aplicar lo aprendido en la materia; si bien todos contienen parte de ambas naturalezas.

Los capítulos del libro están elaborados de tal forma que si en un examen se formulase el supuesto que plantean, la resolución que proponen incluiría todo lo que se espera de una respuesta óptima y de máxima calificación, sin perjuicio de que los casos orientados al primer tipo, esto es, para enseñar la materia, tienen una mayor extensión y una prolija alusión teórica y jurisprudencial que difícilmente sería posible acometer en un examen.

Es pertinente reseñar que tanto el planteamiento como el modo de resolución de los casos prácticos de este libro es deliberadamente heterogéneo, si bien todos siguen unas directrices formales mínimas inherentes a la cohesión de una obra colectiva. Con esta diversidad se ha pretendido que los capítulos tengan diferentes grados de complejidad, extensión y exigencia, del mismo modo en que los supuestos prácticos a los que un alumno se enfrenta están lejos de ser homogéneos o seguir un modelo único. Así pues, buena parte

de los casos presentan un supuesto de hecho de cierta extensión que debe ser analizado en todos sus extremos, pero hay otros que plantean preguntas específicas acerca del supuesto que han de ser respondidas con concreción; de igual forma, algunos casos prácticos aspiran a una mayor especialización y, por ende, formulan preguntas de respuesta corta; y otros siguen una formulación que prima lo dicotómico por encima de lo politómico, como las preguntas tipo test o los enunciados que contienen errores y deben corregirse de forma argumentada.

En paralelo, se ha pretendido que la resolución de los casos recaiga sobre el mayor número posible de autores, garantizando de esta forma variedad argumentativa, diferentes formas de estructurar las respuestas (con cierta flexibilidad dentro de los márgenes de cohesión de la obra) y ópticas y bagajes distintos desde los que abordar los enunciados. A este respecto, se combinan supuestos prácticos elaborados por profesores con una vasta experiencia profesional con supuestos prácticos formulados por jóvenes doctorandos y profesores en formación de distintas universidades españolas, quienes por su todavía latente experiencia como estudiantes conocen de primera mano las necesidades específicas de los alumnos de Grado y las alternativas de mejora que una obra como la presente puede ofrecer. El libro contiene, en definitiva, una panoplia de supuestos con distintos tipos de preguntas y desiguales formas de resolución; todo ello con el objetivo de contribuir al mejor aprendizaje del Derecho Constitucional desde diferentes primas.

III. CÓMO AFRONTAR Y RESOLVER UN CASO PRÁCTICO

Como es evidente, la concreta formulación de un supuesto práctico es la que condiciona su forma de resolución, de tal forma que habrá que atender a la especificidad o amplitud de las preguntas que se plantean en la extensión y estructura que se pretendan utilizar para darles respuesta.

Una estructura que se considera óptima y que, por ende, es seguida en todos los casos prácticos de desarrollo planteados en este libro es la que avanza de lo más general y teórico a lo más concreto y específico; tratando de dar respuesta a las cuestiones propias del caso mediante el enlace de argumentos de forma estructurada. Para ello, se propone seguir un esquema en cinco fases⁷:

7 Este esquema, eje de los casos prácticos del libro, es obra del Dr. García Guerrero, quien lo ha depurado y perfeccionado durante el proyecto de innovación y mejora docente en el que se enmarca la presente publicación.

1. Relato o breve síntesis del supuesto de hecho. En este punto se trata de introducir el objeto de la respuesta, exponiendo de forma sucinta el tema que se va a abordar y sus principales aristas.
2. A partir de lo anterior se deben indicar los problemas constitucionales derivados del caso práctico. Este apartado es de especial interés cuando en el enunciado no se indican las preguntas concretas a abordar, sino que se utilizan expresiones tales como “analice todos los elementos del supuesto de hecho” o “comente los aspectos más significativos del caso”. Se trata, en definitiva, de aludir a las cuestiones suscitadas.
3. Identificar la parte del enunciado (oración u oraciones) en que viene cada uno de los problemas constitucionales. En este punto se trata de indicar con precisión en qué parte del planteamiento del caso se reflejan los problemas a abordar, mostrando que se identifican y ubican las partes conflictivas del supuesto y se obvian aquellas meramente contingentes o circunstanciales.
4. Indicar las fuentes que deben utilizarse para resolver el caso; particularmente, normas y jurisprudencia, señalando con precisión los artículos aplicables y diferenciando con claridad el rango de las distintas fuentes y los órganos jurisdiccionales cuyas resoluciones sean de interés. Tanto las normas como las resoluciones deben ordenarse atendiendo al principio de jerarquía. Si fuera preciso, también puede aludirse a fuentes doctrinales.
5. Aplicación de las fuentes al caso concreto y razonamiento y argumentación en la resolución del supuesto. En esta fase, el núcleo de la respuesta, es conveniente tener en cuenta las siguientes observaciones:
 - a) No debe perderse de vista que el objetivo principal, y lo que se espera del alumno, es la resolución clara y estructurada del supuesto, por lo que en ocasiones, especialmente si se está ante preguntas cerradas, puede resultar de interés contestar de forma directa, en la primera oración de la resolución, cómo se debe proceder, argumentando posteriormente el porqué. Así, si se debiese responder a un supuesto que versase sobre la licitud de una determinada norma o su adecuación a la Constitución, podría ser pertinente indicar con claridad si esa norma es o no constitucional, desarrollando posteriormente las razones que apoyan la afirmación inicial.
 - b) La introducción inicial puede acompañarse de una sintética alusión a la estructura o plan que va a desarrollarse en la resolu-

ción del caso, enunciando, por ejemplo, los extremos que se van a abordar o el orden concreto en que se van a tratar las distintas cuestiones que emanen del planteamiento.

- c) En la medida en que resulte necesario, al comienzo de la resolución habrán de definirse los conceptos aplicables al caso, y será útil exponer la teoría del tema en cuestión de forma instrumental, esto es, en tanto se requiera para resolver el supuesto. De esta forma, si el caso práctico versa sobre una posible asociación ilícita o sobre los supuestos en los que pueden realizarse intromisiones en el derecho a la inviolabilidad del domicilio de un sujeto, será de interés definir tanto la noción de asociación y las condiciones para considerarse ilícita, en el primer caso, como la noción de inviolabilidad del domicilio y los supuestos en que este derecho decae, en el segundo caso.
- d) La forma más adecuada de proceder con el análisis es siguiendo el orden de los problemas constitucionales que emanan del problema (véase *supra* el punto 2). Al tratar cada uno de estos problemas resulta conveniente desgranar la cuestión mediante preguntas y subpreguntas, tratando de evitar profundizar en aquellas cuestiones colaterales que no sean objeto del caso. Al finalizar un problema es conveniente plantear una transición hasta el siguiente problema, buscando los puntos de conexión o convergencia entre ambos, en lugar de simplemente enumerar o listar las cuestiones que se abordan.
- e) En el proceso de resolución del supuesto se debe aplicar el derecho sustantivo que se desprenda del tema en cuestión, no de forma aislada como si se tratase de una pregunta teórica de desarrollo, sino con directa aplicación al caso. Puede ser conveniente complementar los fundamentos constitucionales de la respuesta con conocimientos externos que resulten de interés: nociones de derecho procesal (piénsese en un supuesto práctico sobre el recurso de amparo), de derecho internacional o de la Unión Europea (en un supuesto sobre el sistema de fuentes), o de derecho penal (en una conducta vulneradora de algún derecho fundamental), por citar tres ejemplos.
- f) A la hora de exponer un determinado posicionamiento (por ejemplo, la defensa de la licitud o ilicitud de una norma) es preciso considerar tanto los argumentos en pro de dicha postura como los contraargumentos a la misma. Así, resulta preciso

exponer las razones y los motivos que apoyan la posición defendida, rebatiéndolos jurídicamente en tanto no sean admisibles. Una buena estructura que puede seguirse en este punto es la clásica tesis-antítesis-síntesis.

- g) Es conveniente, si el formato lo permite, finalizar la resolución del caso con una conclusión. La conclusión debe subrayar lo esencial de las cuestiones jurídicas tratadas. No debe reiterarse lo ya expuesto, sino combinarse de manera sistemática de tal forma que se arribe a una reflexión general concluyente. Con todo, es conveniente evitar afirmaciones antiassertivas u hostiles en aquellos contextos que admitan la discrepancia jurídica, lo que no desecha la posibilidad de afirmar fundamentadamente la (in)adecuación o (im)pertinencia de una determinada postura.
- h) Si por razón de materia (por ejemplo, por tratarse de derechos fundamentales) fuese preciso ponderar, la ponderación debe ejecutarse con claridad. Ello implica crear reglas de precedencia condicionada de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Así, si se tratase de un conflicto entre una norma o una medida y un principio o derecho deben observarse los tres subprincipios del juicio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, mientras que si se trata de un conflicto entre una conducta y un principio o derecho solo debe atenderse a la proporcionalidad en sentido estricto. Este último subprincipio, a su vez, requiere analizar tres elementos: la intensidad de la intervención en el principio o derecho afectado, la importancia de la satisfacción de los principios en juego y la decisión sobre cuál de las dos partes en conflicto “pesa” más en el supuesto en concreto y, en consecuencia, prevalece⁸. Pueden seguirse los ejemplos de las clásicas Sentencias del Tribunal Constitucional 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e); y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8.

8 Con profundidad, GASCÓN ABELLÁN, Marina (2014): “Particularidades de la interpretación constitucional”, en GASCÓN ABELLÁN, Marina (coord.), *Argumentación Jurídica*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 300-312.

**PARTE ORGÁNICA
DE LA CONSTITUCIÓN**

2. Relación entre el Derecho de la Unión Europea y el derecho interno

María Carro Pitarch
Investigadora predoctoral (ACIF 2021)
y profesora de Derecho de la Unión Europea
Universitat de València

I. PLANTEAMIENTO

El Consejo y el Parlamento Europeo adoptaron la Directiva (UE) 2021/3054, de 12 de marzo de 2020, por la que se fijan normas específicas para los vehículos a motor de transporte de mercancías. El plazo de trasposición de esta directiva era de un año, hasta el 12 de marzo de 2021.

Carlos, dueño de una empresa de muebles de León (Muebles, S.L.), transporta sus mercancías a varios puntos del territorio de la Unión Europea (UE) mediante una empresa distribuidora alicantina (Hermanos Martínez, S.L.).

Con la nueva Directiva, para los viajes de más de 1.000 km se exige que los vehículos dispongan de unas características concretas. Las ruedas han de cumplir con los requisitos establecidos en el Anexo de la Directiva, conforme al peso de las mercancías habituales que transportan. Dado que los muebles de la empresa de Carlos son bastante pesados, los camiones que los transportan deberían llevar las ruedas tipo XYZ.

Hermanos Martínez S.L, que ofrece sus servicios en todo el territorio de la UE, no ha cambiado la flota de camiones de los que dispone a fecha de 12 de marzo de 2021, y sus camiones no cuentan con las ruedas requeridas por el Derecho de la UE, ya que hay un reglamento español que no exige ese tipo de ruedas para transportes de mercancías como los suyos (Real Decreto 52/2005, de 17 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los vehículos a motor).

El día 15 de abril de 2021, un cargamento de Muebles S.L. parte de León a Berlín, pero no llega a tiempo debido a que los camiones de Hermanos Martínez S.L. no pasan una de las inspecciones que les realizan por no cumplir con la normativa europea.

Considere cuál era la normativa aplicable a los vehículos de Hermanos Martínez, S.L. en los siguientes tres casos:

1. Si la Directiva se hubiese transpuesto en España mediante la Ley 15/2021, de 10 de marzo de 2021, de medidas específicas para los vehículos a motor de transporte de mercancías.
2. Si la Directiva no se hubiese transpuesto en España a fecha de 15 de abril de 2021.
3. Si en lugar de tratarse de una Directiva, la nueva norma se incluyese en el Reglamento (UE) 2021/1054, de 12 de marzo de 2020, relativo a las normas específicas para los vehículos a motor de transporte de mercancías.

*El Derecho europeo derivado y nacional utilizados en este caso práctico no se corresponden con la realidad.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Una empresa española distribuidora de mercancías en el territorio de la UE se plantea cuál es el tipo de ruedas que su flota de camiones debe utilizar conforme a la normativa española (Real Decreto 52/2005, de 17 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los vehículos a motor) y la europea (Directiva (UE) 2021/3054, de 12 de marzo de 2020, por la que se fijan normas específicas para los vehículos a motor de transporte de mercancías).

B. Problemas constitucionales

En el presente caso se produce una confrontación entre dos normas, una interna de rango reglamentario y una directiva europea. Para su resolución deben ser tenidas en cuenta dos cuestiones fundamentales en la aplicación del Derecho de la Unión Europea: la primacía y el efecto directo de sus disposiciones.

C. Fuentes

Normativa

Artículo 93 de la Constitución Española.

Artículo 96 de la Constitución Española.

Artículo 288.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Jurisprudencia

Sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa c. ENEL*, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (Noción de primacía).

Sentencia de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49 (Noción de primacía).

Sentencia de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (Noción de efecto directo).

Sentencia de 10 de octubre de 1973, *Fratelli Variola*, 34/73, ECLI:EU:C:1973:101 (Efecto directo de los reglamentos).

Sentencia de 12 de diciembre de 1974, *Walrave*, 36/74, ECLI:EU:C:1974:140 (Efecto directo vertical).

Sentencia 8 de abril de 1976, *Defrenne*, 43/75, ECLI:EU:C:1976:56 (Efecto directo horizontal).

Sentencia de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, 41/74, ECLI:EU:C:1974:133 (Efecto directo vertical de las directivas).

Sentencia de 5 de abril de 1979, *Ratti*, 148/78, ECLI:EU:C:1979:110 (Efecto directo vertical de las directivas).

Sentencia de 19 de enero de 1982, *Ursula Becker v Finanzamt Münster-Innenstadt*, 8/81, ECLI:EU:C:1982:7 (Requisitos del efecto directo vertical de las directivas).

Sentencia de 26 de febrero de 1986, *Marshall I*, 152/84, ECLI:EU:C:1986:84 (Exclusión del efecto directo horizontal de las directivas).

D. Solución

1. Consideraciones previas sobre la primacía del Derecho de la Unión Europea

Para resolver los tres casos planteados, es necesario considerar previamente que, en ningún caso, la norma de derecho interno de carácter reglamentario (Real Decreto 52/2005, de 17 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los vehículos a motor) se ubicará por encima del Derecho de la Unión

Europea (DUE) en el sistema de fuentes conforme al principio de primacía, el cual implica que, ante un eventual conflicto entre el Derecho de la UE y el derecho nacional, el DUE prevalecerá.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy, TJUE) señaló en *Costa c. ENEL* que la Comunidad Económica Europea (actualmente, la Unión Europea) goza de un “un ordenamiento jurídico propio” (párr. 10) y consagra su primacía sobre los de los Estados miembros al establecer la “imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento” (párr. 12).

Conforme a la jurisprudencia establecida en *Simmenthal*, “las disposiciones de los Tratados y los actos de las Instituciones directamente aplicables tienen por efecto (...) hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos” (párr.17). Es decir, desde la entrada en vigor de la norma europea (la Directiva (UE) 2021/3054, de 12 de marzo de 2020) deja de ser de aplicación el reglamento nacional contrario a la misma (el Real Decreto 52/2005, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los vehículos a motor).

Ello es posible y conforme a la Constitución Española (CE) por cuanto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de esta, la Ley Orgánica 10/1985 de 2 de agosto, autorizó la adhesión de España a las entonces Comunidades Europeas. En consecuencia, la recepción del Derecho originario europeo sigue el procedimiento contemplado en el artículo 96 CE, por el que los “Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”. De forma análoga, el Derecho derivado de la UE forma parte del ordenamiento interno desde su publicación, no en el Boletín Oficial del Estado, sino en el Diario Oficial de la Unión Europea.

2. Nociones básicas sobre el efecto directo de las disposiciones de Derecho de la UE

El Derecho de la UE, originario y derivado, puede tener efecto directo, es decir, puede producir por sí mismo todos sus efectos en los ordenamientos jurídicos nacionales desde su entrada en vigor, sin necesidad de ninguna acción por parte de los EEMM. Es la capacidad de las disposiciones del DUE de conferir derechos a individuos que pueden ser invocados ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

Este efecto directo fue consagrado en la archiconocida sentencia *Van Gend en Loos*, por la que se establece que los Tratados pueden producir efectos directos inmediatos y, los particulares pueden hacerse valer de los derechos otorgados por los mismos ante los órganos jurisdiccionales nacionales, que deben protegerlos.

El efecto directo de las disposiciones del Derecho originario de la UE es invocable en las relaciones con el Estado en su sentido más amplio (efecto directo vertical –*Walrave*–) y en las relaciones entre particulares (efecto directo horizontal –*Defrenne*–).

En el enunciado no se hace referencia alguna al Derecho originario por lo que pasaríamos a estudiar el efecto directo del Derecho derivado para resolver los tres supuestos planteados.

3. *¿Qué normativa es aplicable a los vehículos de Hermanos Martínez, S.L. si la Directiva (UE) 2021/3054, de 12 de marzo de 2020 se hubiese transpuesto en España mediante la Ley 15/2021, de 10 de marzo de 2021, de medidas específicas para los vehículos a motor de transporte de mercancías?*

En primer lugar, Hermanos Martínez, S.L. se plantea cuál es la normativa aplicable a sus vehículos en el caso de que se hubiese transpuesto en España la Directiva (UE) 2021/3054 mediante la Ley 15/2021.

Las directivas, por su naturaleza, generan obligaciones de resultado, no de medios. El art. 288 del TFUE señala que “[l]a directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.

Las directivas otorgan un plazo para que los EEMM traspongan las mismas a su derecho interno desde su entrada en vigor (To). Únicamente desde que haya expirado el plazo máximo (T1) para transponerla sin haberlo hecho, o habiéndolo hecho de manera incompleta o incorrecta, podremos hablar del posible efecto directo de las disposiciones de la directiva.

No Efecto Directo	Efecto Directo (si se cumplen el resto de requisitos)
Plazo transposición	
To: Entrada en vigor	T1: Plazo máximo
12/03/2020	12/03/2021

En el caso planteado, la Directiva se adopta el 12 de marzo de 2020 y los Estados tienen de tiempo para transponerla hasta el 12 de marzo de 2021. España, mediante la Ley 15/2021, de 10 de marzo de 2021, de medidas específicas para los vehículos a motor de transporte de mercancías ha cumplido con dicho plazo de transposición. En consecuencia, la normativa aplicable a Hermanos Martínez es la Ley 15/2021, que dejaría sin efectos el Real Decreto 52/2005, siempre y cuando no se haya transpuesto de forma incorrecta.

4. *¿Qué normativa es aplicable a los vehículos de Hermanos Martínez, S.L. si la Directiva (UE) 2021/3054, de 12 de marzo de 2020, no se hubiese transpuesto en España a fecha de 15 de abril de 2021?*

En segundo lugar, se plantea la posibilidad de que España no hubiese cumplido con su obligación de transposición en el tiempo establecido. En ese caso, las disposiciones de la Directiva (UE) 2021/3054 serían directamente aplicables.

Desde pronto, el Tribunal de Justicia de la entonces Comunidad Europea (hoy, TJUE), consideró que sería incompatible con el efecto obligatorio atribuido a las directivas por el actual art. 288 TFUE el excluir la posibilidad de que los justiciables pudiesen invocar las obligaciones prescritas por la misma impuestas a un Estado miembro, ya que debilitaría su efecto útil (*Van Duyn*, párr. 12).

Para que una disposición del DUE produzca efecto directo y, en especial, las directivas, se requiere que ésta cumpla con tres condiciones o requisitos: (1) ser suficientemente precisa; (2) incondicional; y (3) no depender de ninguna medida de implementación (*Ursula Becker v Finanzamt Münster-Innenstadt*, párr. 25).

Aplicada la teoría al caso, observamos cómo la obligación de tener un tipo de ruedas especial es suficientemente precisa, incondicional y no depende de ninguna medida nacional de implementación.

Asimismo, en el segundo caso planteado, la Directiva no se ha transpuesto en España a fecha de 15 de abril de 2021, más de un mes más tarde del plazo máximo.

El objetivo de considerar el efecto directo de estas disposiciones es permitir que un individuo pueda invocar las mismas contra el Estado, de modo que el Estado no pueda beneficiarse por incumplir con su obligación de implementar el DUE. Es decir, a partir de ese plazo, podríamos hablar del efecto directo vertical de las disposiciones de la directiva.

Sin embargo, el TJUE no ha considerado (de forma general) que pueda haber efecto directo horizontal de dichas disposiciones, o lo que es lo mismo, un individuo no puede invocarlas contra otro individuo ante los órganos jurisdiccionales nacionales. La lógica que subyace al razonamiento del TJUE es que no sería justo obligar a un individuo a conocer el DUE cuando su Estado no lo ha implementado de forma correcta (*Marshall I*, párr. 48).

Por lo tanto, en el caso presentado, Hermanos Martínez, S.L. incumple con lo prescrito por la Directiva respecto a las características que sus vehículos deben tener. Sin embargo, Muebles, S.L. (el perjudicado por el retraso en la entrega) no podría solicitar responsabilidad a Hermanos Martínez, S.L. por actuar conforme a la legislación nacional y no conforme al DUE; pero sí podría invocar la Directiva contra España por los perjuicios que le ha ocasionado su falta de implementación en plazo de la Directiva.

5. *¿Qué normativa es aplicable a los vehículos de Hermanos Martínez, S.L. si, en lugar de tratarse de una Directiva, la nueva norma se incluyese en el Reglamento (UE) 2021/1054, de 12 de marzo de 2020, relativo a las normas específicas para los vehículos a motor de transporte de mercancías?*

En el último supuesto planteado, se propone que las normas específicas para los vehículos a motor se encuentren en un Reglamento de la UE en vez de una Directiva. En ese caso, las disposiciones de este serían aplicables directamente a los vehículos de Hermanos Martínez desde la adopción del Reglamento.

El art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que el reglamento “tendrá un alcance general” y “[s]erá obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”.

El TJUE, en el caso *Fratelli Variola*, señala que el reglamento “en razón de su propia naturaleza y de su función en el sistema de fuentes del Derecho comunitario [hoy, Derecho de la UE], produce efectos inmediatos y puede, como tal, conferir a los particulares derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la obligación de proteger” (párr. 8).

En el caso propuesto, y conforme a lo explicado, las disposiciones de ese Reglamento tendrían efecto directo, lo que implicaría que Hermanos Martínez, S. L. estaría obligado a utilizar las ruedas tipo XYZ en los camiones que superen las medidas establecidas en el mismo, sin necesitar de ninguna disposición de derecho español que lo desarrolle.

Es decir, desde la entrada en vigor del Reglamento UE en la fecha que el mismo establezca o, en su defecto, a los veinte días de su publicación,

existiría la obligación para las empresas dueñas de este tipo de vehículos a motor de utilizar en sus medios de transporte las partes adecuadas conforme al Reglamento.

3. Ley orgánica y ley ordinaria

Penélope Oliva Boza

Investigadora en Derecho Constitucional

Universidad de Málaga

I. PLANTEAMIENTO

Cuando la Constitución de 1978 (CE) entró en vigor el 29 de diciembre de ese mismo año reconoció en su artículo 20.1 d) el derecho a comunicar y recibir libremente “información veraz por cualquier medio de difusión”, remitiéndose expresamente a una ley para la regulación del derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de dichas libertades. Sin embargo, el legislador, incumpliendo parcialmente el mandato constitucional que prevé de modo imperativo su regulación por ley, únicamente procedió a regular el derecho a la cláusula de conciencia, pero no al secreto profesional.

Después de más de cuarenta años sin desarrollo legislativo, el Gobierno ha cedido a las presiones de los sindicatos de periodistas, anunciando la regulación del secreto profesional. El objetivo que se propone la ley es doble. De un lado, busca proteger a los profesionales de la información, que no podrán ser perseguidos por negarse a revelar la identidad de sus fuentes. De otro, pretende regular aquellos supuestos en los que los periodistas dejarán de estar amparados por el secreto profesional.

Tras llegar a un acuerdo con la Federación de Asociaciones de Periodistas de España (FAPE) y llegado el momento de tramitar el proyecto, se le plantea la duda de si ha de hacerse mediante ley orgánica o ley ordinaria. Además, el Gobierno pretende incluir varios preceptos (arts. 8 a 13) destinados a establecer cómo deben proceder los periodistas para incluir en sus artículos las manifestaciones vertidas por terceros, sin que el medio de comunicación de que se trate las asuma como propias. Entre los requisitos que se establecen, destaca especialmente la necesidad de indicar el nombre del sujeto y realizar

la exacta transcripción de lo dicho, sin incluir comentarios personales o juicios de valor.

El Gobierno se dirige a usted en calidad de asesor jurídico planteándole las siguientes cuestiones: A la hora de tramitar el proyecto de regulación del derecho al secreto profesional, ¿debe hacerlo mediante ley orgánica o mediante ley ordinaria? ¿Qué diferencia(s) existe(n) en el procedimiento legislativo que se debe seguir para la aprobación de cada una de ellas? Una vez determinado el tipo de fuente, le plantea si es posible incluir los artículos 8 a 13 en el proyecto. ¿Con qué rango? De responderse afirmativamente, ¿qué sucedería si posteriormente se aprueba la Ley 7/2024, de 3 de marzo, que suprime los artículos 8 y 9 y da una nueva redacción a los artículos 12 y 13, de modo que deja de ser suficiente la identificación del tercero que emite originariamente las manifestaciones transmitidas, sino que además debe incluirse el medio y la fecha en que se emitieron?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Ante la ausencia de desarrollo legislativo del derecho al secreto profesional, el Gobierno ha llegado a un acuerdo con el sector periodístico y se ha comprometido a presentar un proyecto de ley que lo regule. El objetivo principal que se propone a través de la nueva ley es proteger la identidad de las fuentes y regular los supuestos en que los periodistas no están amparados por el secreto profesional. Al mismo tiempo, quiere aprovechar para incluir en el proyecto una serie de preceptos que establezcan cómo deben proceder los periodistas para incluir en sus artículos manifestaciones realizadas por terceros, sin que el medio de comunicación en cuestión las asuma como propias (arts. 8 a 13 del proyecto). Así, se plantea, de un lado, si debe hacer uso de ley orgánica o de ley ordinaria. De otro, una vez despejada esta incógnita, si es posible incluir en el proyecto los preceptos destinados a regular el modo de inclusión de manifestaciones realizadas por terceros.

B. Problemas constitucionales

Teniendo en cuenta el supuesto de hecho descrito, se observan tres problemas principales desde el punto de vista constitucional. En primer lugar, determinar qué consideración recibe el derecho al secreto profesional, para así saber si se trata de materia reservada a ley orgánica o, por el contrario,

si puede regularse a través de ley ordinaria. En segundo lugar, una vez que conozcamos si debe hacerse uso de ley orgánica u ordinaria, indicar si existe posibilidad de incluir esa otra materia que, sin llegar a ser secreto profesional, está íntimamente relacionada con él. Y, finalmente, de ser así, precisar el rango con que dicha materia debería ser incluida en el proyecto.

C. Fuentes

El caso será resuelto haciendo uso del propio texto constitucional, más concretamente de los artículos 20.1 d), 75.3, 81, 86, 87.3 CE. También debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 28.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC) y en la jurisprudencia necesaria al efecto: SSTC 5/1981, de 13 de febrero; 6/1982, de 22 de febrero; 137/1986, de 6 de noviembre; 224/1993, de 1 de julio; 127/1994, de 5 de mayo; 213/1996, de 19 de diciembre; 124/2003, de 19 de junio y 24/2019, de 25 de febrero.

D. Solución

Como se ha tenido ocasión de comprobar cuando se planteó el supuesto, se han formulado un total de cinco cuestiones interrelacionadas. A continuación, vamos a ir resolviendo cada una de ellas en el mismo orden en que fueron formuladas, comenzando por la primera y más importante: la utilización de ley orgánica u ordinaria.

En efecto, la clave para dar respuesta a esta pregunta consiste en determinar si nos encontramos ante materia reservada a ley orgánica o no. La reserva material implica que las leyes orgánicas solo pueden regular determinadas materias y solo esas, impidiendo que la ley ordinaria regule las materias reservadas a aquella (SSTC 5/1981, FJ 21 o 124/2003, FJ 11). Las materias reservadas a ley orgánica están expresamente establecidas en el art. 81.1 CE: las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. En consecuencia, el Gobierno deberá tramitar el proyecto como ley orgánica únicamente si estamos ante alguna de las materias identificadas en el art. 81.1 CE.

Por ello, debemos preguntarnos cuál es la naturaleza del derecho al secreto profesional. Recientemente, el TC tuvo oportunidad de recordar en la STC 24/2019, de 25 de febrero, que el secreto profesional opera “como una garantía al servicio del derecho a la información, mediante la que se ensanchan las posibilidades informativas de la sociedad, dándose a conocer hechos y realidades que, sin ella, no verían la luz” (FJ 6). En otras palabras, el derecho

al secreto profesional vendría a formar parte de la libertad de información, derecho fundamental reconocido en el art. 20.1 d) CE. Así, en la medida en que el Gobierno va a desarrollar un derecho fundamental, el proyecto debe seguir la correspondiente forma de ley orgánica (*ex* art. 81.1 CE).

En lo que al procedimiento se refiere, la principal diferencia en relación con la ley ordinaria radica en que las leyes orgánicas necesitan para su aprobación mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto (art. 81.2 CE). Así, mientras que las leyes orgánicas requieren de un procedimiento legislativo reforzado en favor del Pleno del Congreso de los Diputados, que ha de expresar su voluntad mediante mayoría cualificada; el procedimiento de aprobación de leyes ordinarias solo exige mayoría simple. Asimismo, puede observarse cómo algunos preceptos constitucionales introducen adicionalmente otras limitaciones procedimentales. En este sentido, no cabe en materia de ley orgánica delegación legislativa a las Comisiones (art. 75.3 CE), la iniciativa legislativa popular (art. 87.3 CE) ni su aprobación por decreto-ley (art. 86 CE).

Una vez conocida la modalidad legislativa que debe emplear el Gobierno, así como sus peculiaridades, corresponde abordar los interrogantes relativos a los artículos 8 a 13 que pretende incluir en el proyecto. Para ello, es preciso apuntar una serie de extremos sobre la relación existente entre ley orgánica y ley ordinaria.

En primer lugar, huelga recordar que el art. 28.2 LOTC dispone que el TC podrá declarar inconstitucionales por infracción del art. 81 CE los preceptos de una ley que no hayan sido aprobados con el carácter de orgánica “en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido”. En segundo lugar, el TC ha establecido desde fecha temprana (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 21, apartado A) y ha reiterado posteriormente (SSTC 224/1993, FJ 2, 127/1994, FJ 3, o 213/1996, FJ 2) que la relación entra una y otra modalidad de ley viene dada por las materias que se reservan a las leyes orgánicas en el art. 81.1 CE, afirmando que “las leyes orgánicas y ordinarias no se sitúan, propiamente, en distintos planos jerárquicos” (STC 137/1986, FJ 3). Asimismo, el TC ha señalado que, al igual que la reserva de ley orgánica impide a la ley ordinaria regular materias reservadas a aquella, también sería “disconforme con la Constitución la Ley orgánica que invadiera materias reservadas a la Ley ordinaria” (STC 5/1981, FJ 21, apartado A).

No obstante, conviene hacer una serie de matizaciones a las anteriores afirmaciones. Así, siendo cierto que la cobertura de ley orgánica debe uti-

lizarse exclusivamente para las materias que le hayan sido expresamente reservadas, también lo es que dicha ley orgánica puede extenderse y regular ciertos aspectos que, sin constituir la materia reservada en sentido estricto, están íntimamente relacionados con ella (STC 224/1993, FJ 2). Lo que sucede es que el carácter orgánico se conserva únicamente para lo que sea materia reservada propiamente dicha; en este caso, para lo que sea desarrollo “directo” del derecho fundamental (STC 6/1982, FJ 6), puesto que el instrumento de la ley orgánica “no puede extremarse” hasta el punto “de convertir el ordenamiento jurídico entero en una mayoría de leyes orgánicas” (SSTC 6/1982, FJ 6 o 127/1994, FJ 3). Así, “la reserva de Ley orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva por el hecho de estar incluida en una Ley orgánica haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación (art. 81.2 de la CE), pues tal efecto puede y aún debe ser excluido por la misma Ley Orgánica o por Sentencia del Tribunal Constitucional que declaren cuáles de los preceptos de aquélla no participan de tal naturaleza” (STC 5/1981, FJ 21, apartado A).

Consecuentemente, y dando respuesta a las preguntas formuladas, el Gobierno sí que puede incluir en el proyecto de ley orgánica los preceptos 8 a 13 destinados a establecer cómo deben proceder los periodistas para incluir en sus artículos las manifestaciones vertidas por terceros, pero al tratarse de materia conexa y no de desarrollo del derecho en sentido estricto, dichos preceptos no tendrán que gozar necesariamente de la fuerza inherente a las leyes orgánicas. Así, el efecto de congelación de rango puede ser suprimido por el propio Gobierno, quien al tramitar el proyecto podría incluir directamente una disposición adicional en la que se estableciera que los artículos 8 a 13 no tienen carácter de ley orgánica (“La presente Ley tiene el carácter de Ley Orgánica, a excepción de los siguientes preceptos: artículos 8, 9, 10, 11, 12 y 13”), o bien puede ocurrir que posteriormente la disposición sea sometida a control por el TC y sea él quien declare que dichos artículos regulan solo materia conexa y que, por consiguiente, tienen rango de ley ordinaria (y no de ley orgánica).

De este modo, no habría impedimento alguno para que posteriormente se aprobase una ley ordinaria, la Ley 7/2024, de 3 de marzo, que suprimiese los artículos 8 y 9 y diese una nueva redacción a los artículos 12 y 13. El art. 81.2 CE, que exige mayoría absoluta del Congreso para la modificación o derogación de leyes orgánicas, no se vería vulnerado en la medida en que los arts. 8 a 13 quedan excluidos de tal consideración. El propio TC así lo ha establecido al expresar que “la normación de las materias ajenas a las reservas

no goza definitivamente de la fuerza pasiva inherente a dicha clase de leyes aunque se incluya en ellas” (STC 224/1993, FJ 2).

En suma, se debe indicar al Gobierno que:

- Corresponde hacer uso de ley orgánica.
- El proyecto que presente, en la medida en que ha adoptado forma de ley orgánica, requerirá para su aprobación mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto (art. 81.2 CE).
- Puede incluir los arts. 8 a 13 en el proyecto, pero serán considerados materia conexas.
- Al recibir la consideración de materia conexas van a gozar, en principio, del efecto de congelación de rango. No obstante, el propio Gobierno puede incluir una disposición adicional en el proyecto en la que los prive de cobertura orgánica, o bien puede que sea el TC el que posteriormente declare dicha exclusión.
- De ser así, es posible que más adelante se apruebe una ley ordinaria que los modifique o los derogue (Ley 7/2024, de 3 de marzo) a pesar de estar incluidos en una ley orgánica.

4. Real Decreto-ley

Mar Sánchez Montell

Investigadora en Derecho Constitucional

Universitat de València

I. PLANTEAMIENTO

La Sra. Carmen García se encontraba comiendo en su casa el 7 de mayo de 2022 cuando recibió una llamada del Sr. Pedro Martínez. Ambos se conocen porque llevan a sus hijas al mismo colegio. El Sr. Martínez informó a la Sra. García, que no tiene WhatsApp, de que por el grupo de la AMPA se había dicho que se suspendían las clases presenciales en la escuela porque “el Gobierno había dictado una ley a tal efecto”.

Dos días antes de la llamada, el día 5 de mayo, se anunciaba a través de los informativos que había llegado a España un virus causado por la picadura de una mosca verde que afectaba a las vías respiratorias de las personas menores de 12 años. La epidemia se estaba propagando rápidamente por el país, entrando en una crisis sanitaria sin precedentes que aunque no paralizaba la vida pública, hacía recomendable detener la actividad escolar.

Carmen es madre soltera y se dedica al transporte de mercancías. No puede dejar a su hija Teresa con ningún familiar ni amigo durante su horario laboral, por eso necesita que Teresa asista al colegio, y duda sobre la veracidad de la información que le ha transmitido Pedro.

La Sra. García está convencida de que el Gobierno no puede dictar normas con rango de ley porque se acuerda de que en la asignatura de Historia, durante sus años de instituto, estudió que existía una separación de poderes en el Estado y que esa función legislativa correspondía únicamente al Parlamento. Además, duda acerca de si el estado en el que se encuentra el país actualmente es relevante para adoptar esas medidas excepcionales.

La señora Carmen se dirige a usted como abogado para que le resuelva las siguientes dudas: ¿puede el Gobierno aprobar normas con rango de ley a pesar de no ser el representante primario de la voluntad popular? En caso afirmativo, ¿bajo qué requisitos? ¿Cuáles serían las condiciones a tener en cuenta para una aprobación ajustada a Derecho?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso práctico busca dar respuesta, en primer lugar, a la cuestión referida a la potestad del Ejecutivo de dictar normas con rango de ley. En segundo lugar, se plantea el análisis de las características de esta clase de normas emanadas del Gobierno, en caso de existir, para finalmente determinar si en el supuesto propuesto la medida dictada se ajustaría a Derecho. En definitiva, se trata de resolver jurídicamente la consulta formulada por la señora García acerca de la idoneidad de una disposición gubernativa que declara la suspensión de la actividad escolar de su hija a causa de una epidemia que afecta a menores de 12 años.

B. Problemas constitucionales

Como problemas constitucionales surgen el análisis del concepto constitucional de decreto-ley contemplado en el artículo 86 de la Constitución española (de ahora en adelante, CE) y los límites que se exigen a este tipo de normas con rango de ley emanadas del Gobierno a través de sus notas definitorias (sintéticamente: presupuesto habilitante, limitaciones materiales y carácter provisional).

C. Fuentes

Normativa

Artículos 82 y 86 de la Constitución Española.

Artículo 4.c) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Artículos 5.1 c) y 24.1 a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Jurisprudencia

Sentencia 29/1982, de 31 de mayo, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 6/1983, de 4 de febrero, del Tribunal Constitucional.

Sentencia III/1983, de 2 de diciembre, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 60/1986, de 20 de mayo, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 182/1997, de 28 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 11/2002, de 17 de enero, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 137/2003, de 3 de julio, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 14/2020, de 28 de enero, del Tribunal Constitucional.

D. Solución

Respecto de la primera cuestión planteada, es necesario apuntar que existen normas con rango de ley que no tienen su origen inmediato en el Parlamento. Este es el caso, en primer lugar, de aquellas normas que, a pesar de emanar del Ejecutivo, tienen dicho rango porque así lo establecen de manera expresa las Cortes Generales, que delegan en el Gobierno para que éste apruebe normas jurídicas con tal rango; esto es lo que denominamos legislación delegada o decretos legislativos. La segunda posibilidad del Gobierno para dictar normas con rango de ley también viene estipulada en la Constitución para un supuesto determinado; se trata de la legislación de urgencia o decreto-ley.

El primer supuesto planteado, la legislación delegada, se consagra en el artículo 82 CE, y permite al Ejecutivo aprobar normas con rango de ley previa habilitación específica de las Cortes Generales (a diferencia de lo que sucede con la potestad reglamentaria, de la que el Gobierno dispone de modo genérico y en origen). Respecto del segundo supuesto planteado, la legislación de urgencia, cabe destacar que no se requiere una habilitación parlamentaria previa y expresa. En estos casos se otorga la potestad al Ejecutivo por razones de urgencia, llevando a cabo el Congreso de los Diputados un control *a posteriori* en el que puede convalidar o derogar la norma, sin perjuicio de que las Cortes puedan tramitarla como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. Esta cuestión queda regulada en el artículo 86 CE.

Por tanto, respondiendo a la pregunta de si es posible que el Gobierno pueda dictar normas con rango de ley, la respuesta debe ser afirmativa en base a la habilitación constitucional que se establece en los artículos 82 y 86 CE, así como por aquello que se deriva de los artículos 5.1 c) y 24.1 a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Pasemos a analizar ahora la segunda cuestión relativa a los requisitos que necesariamente debe seguir la ley dictada por el Gobierno para considerarse ajustada a Derecho. Nos centraremos en este caso en el estudio de la figura

del decreto-ley en tanto que se trata de una situación epidémica que afecta a una parte de la población y que podría justificar la adopción de medidas urgentes para paliar los efectos que se pudieran derivar del mantenimiento de la actividad escolar. Además, descartamos que se pueda hacer uso de la figura del decreto-legislativo en tanto que no existe una habilitación expresa de las Cortes Generales al Gobierno para dictar normas con rango de ley que desarrollen esta materia (a partir de unas bases o directrices determinadas por la Asamblea) o bien refundan en un solo texto disposiciones legislativas vigentes con la finalidad de contribuir a su armonía, supuesto que no encaja con la problemática planteada en el caso práctico.

Podemos considerar que el decreto-ley se configura a partir de tres importantes notas derivadas de la redacción del art. 86.1 CE, que a su vez articula los límites de esta figura normativa y que es indispensable examinar para dar respuesta a nuestro caso: el presupuesto habilitante (la extraordinaria y urgente necesidad), las limitaciones materiales impuestas (también entendidas como las materias que quedan excluidas de su regulación) y, por último, el carácter de disposición provisional.

Deteniéndonos en el primer elemento, la CE, en su art. 86.1, solamente permite al Gobierno dictar decretos-leyes en “caso de extraordinaria y urgente necesidad”. La apreciación de esta circunstancia resulta conflictiva, aunque el Tribunal Constitucional (de ahora en adelante, TC) ha reconocido que existe un “razonable margen de discrecionalidad” en manos de los órganos políticos para determinarlo, aunque no excluye el control en “supuestos de uso abusivo o arbitrario” (STC 29/1982, FJ 3; STC 60/1986, FJ 3). Ahora bien, este control del TC hace referencia a un control externo “en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario” (STC 182/1997, FJ 3).

No obstante, este presupuesto habilitante del decreto-ley no debe confundirse con aquellas situaciones previstas para el caso de peligro grave del sistema constitucional o para el orden público del art. 116 CE, sino que se ha de entender “como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales, que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes” (STC 6/1983, FJ 5). Por ello, ha de verse como un instrumento adecuado y pertinente para la consecución de un fin justificador de la urgencia (STC 11/2002, FJ 4; STC 137/2003, FJ 3). Además, apunta el TC en el FJ 2 de

la STC 14/2020 que debe existir una “conexión de sentido” entre la situación que se defina y las medidas que se adopten por el decreto-ley.

Visto este primer punto, podemos avanzar en la resolución del caso de la Sra. García y determinar que efectivamente la aparición del virus en España sería una situación difícil o imposible de prever que necesita de una acción normativa inmediata. Asimismo, se puede considerar que la paralización de la actividad de las escuelas es una medida con conexión a la situación definida por cuanto se trata de un virus que se propaga entre menores en edad escolar.

Pasando a analizar el segundo elemento que hemos apuntado anteriormente, podemos comprobar que en la Constitución se determinan una serie de materias que quedan excluidas del campo del decreto-ley y, por tanto, queda así delimitado negativamente su ámbito de regulación. La regulación por decreto-ley no podrá afectar al “ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general” (art. 86.1 CE). Esta cláusula restrictiva debe ser entendida “de modo tal que ni reduzca a la nada el Decreto-ley, que es un instrumento normativo previsto por la Constitución (...) ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I” (STC 111/1983, FJ 8).

El art. 27 CE reconoce el derecho a la educación. Este derecho se encuentra ubicado en el Título I, capítulo segundo, sección primera “de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”. Por tanto, se trata de una materia que quedaría excluida del ámbito de regulación permitido por la Constitución al decreto-ley, incluso aunque esta pretendida disposición legislativa cumpliera también con el tercero de los elementos: su carácter provisional.

Así, finalmente, para resolver nuestro caso concreto y poder aclararle a la Sra. García sus dudas, hemos de concluir que no se podrían suspender las clases de su hija a través del instrumento normativo del decreto-ley en tanto que, aun cumpliendo el condicionante del presupuesto habilitante (esto es, la “extraordinaria y urgente necesidad”) y teniendo un carácter provisional, nos encontramos ante una de las materias excluidas de regulación por decreto-ley *ex art. 86.1 CE*. En este contexto podría ser de interés valorar una hipotética aplicación de las previsiones del art. 116 CE, así como de su norma de desarrollo, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, particularmente lo dispuesto en su artículo 4.c), si bien en el supuesto planteado el virus solamente afecta a menores de 12 años y no implica una paralización de la vida pública que suponga una situación peligrosa para el sistema constitucional ni para el orden público.

5. Instrumentos de información y control ordinario del Parlamento al Gobierno

María Mercedes Serrano Pérez

Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional

I. PLANTEAMIENTO

Según el artículo 31.1. 3º del Reglamento del Congreso (en adelante, RC), corresponde a la Mesa del Congreso la función de “calificar, con arreglo al Reglamento, los escritos y documentos de índole parlamentaria, así como declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de los mismos”. Los mecanismos de información y control al Gobierno son objeto de calificación y de admisibilidad tras el juicio de la Mesa del Congreso. Califique y declare la admisibilidad o no, tal y como procedería la Mesa del Congreso, de los siguientes documentos de control parlamentario en preguntas, interpelaciones, comparecencias informativas, comparecencias comunicativas, proposiciones no de ley, presentación de planes y programas.

Cuestiones:

1. Al Ministro del Interior: ¿Ha abierto una investigación el Ministerio del Interior por la vulneración de las comunicaciones de altos cargos del Gobierno, entre otras las suyas?
2. Comparecencia urgente al Presidente del Gobierno ante el Pleno solicitada por el GP de IU, ICV-EUiA, CHA: la Izquierda Plural para que explique las políticas que debe poner en marcha para reducir los elevados niveles de precariedad en el empleo provocados por la reforma laboral.
3. Del Grupo Parlamentario Mixto al Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación, sobre los criterios del Gobierno en relación con la ganadería intensiva y extensiva, y en particular con el problema de la eliminación de purines.

4. El Congreso de los Diputados “insta al Gobierno a aprobar en Consejo de Ministros, para su remisión a las Cortes Generales, un Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal que continúe otorgando a los jueces la instrucción del proceso penal, garantizando así la independencia de la investigación, la imparcialidad y objetividad del instructor y los derechos de los justiciables” (presentado por el Grupo Parlamentario Popular)

5. A la Ministra para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico: ¿A qué atribuye el fracaso de sus estúpidas e inútiles políticas?

6. Solicitud de comparecencia, a petición propia, del Presidente del Gobierno ante el Pleno del Congreso de los Diputados, en cumplimiento del artículo 14 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, para dar cuenta de los datos y gestiones del Gobierno en relación a la aplicación del mismo.

7. Solicitud de comparecencia, a petición propia, de la Ministra de Industria, Comercio y Turismo ante la Comisión de Industria, Comercio y Turismo, para dar cuenta de la actividad de su Departamento y la evolución de las medidas adoptadas desde su ámbito de competencia.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho y cuestiones constitucionales

La Mesa del Congreso califica y admite los escritos y documentos parlamentarios si se ajustan a lo establecido en el Reglamento del Congreso. Por lo que respecta al control parlamentario al Gobierno, este constituye una de las funciones propias del Parlamento democrático. El Gobierno surge en el seno del Parlamento. El Congreso de los Diputados elige al Presidente del Gobierno otorgándole su confianza en el momento de su elección. El Presidente del Gobierno necesita la confianza de la Cámara para mantenerse en el poder, aunque puede continuar en el Gobierno con la confianza mermada, siempre que no haya una mayoría suficiente para derribarlo a través de una moción de censura. La fiscalización de la actividad del Gobierno es un elemento propio del sistema de gobierno parlamentario. A través del ejercicio de los instrumentos de control ordinario, los parlamentarios obtienen información sobre la actividad gubernamental y de la Administración; se da transparencia a la labor del Ejecutivo. Los instrumentos de control ordinario, que no llevan a aparejado el cuestionamiento de la confianza del Parlamento

hacia el Presidente del Gobierno, pueden poner en apuros al Gobierno al tener que dar explicaciones de su actividad y este puede quedar en evidencia por los incumplimientos, en su caso, del programa de gobierno. Los efectos derivados del ejercicio de este control son diferentes según los analice la oposición o la mayoría parlamentaria que sostiene al Gobierno. Y en ambos casos no serán visibles hasta la siguiente convocatoria electoral. Esto implica que la eficacia del control depende de su traslación a la opinión pública, con el fin de, por parte de la oposición invertir la tendencia de voto en las próximas elecciones generales, mientras que por parte del Gobierno, el objetivo del conocimiento del resultado de su gestión, tras el control parlamentario, será consolidar el apoyo de sus votantes y por tanto consolidar y mantener su mayoría parlamentaria. La calificación de los documentos de información y control parlamentario tiene en cuenta, para las preguntas lo previsto en los artículos 186 a 192 RC; para las interpelaciones los artículos 180 a 184 RC; para las proposiciones no de ley los artículos 193 a 195 RC; de las comunicaciones del Gobierno, artículos 196-197; de la presentación de programas y planes remitidos por el Gobierno, según lo previsto en el artículo 198 RC; y de las comparecencias informativas según lo establecido en los artículos 202 y 203 RC. La Mesa del Congreso podrá declarar no admisibles a trámite las preguntas e interpelaciones cuyo texto incurra en los supuestos previstos en el número 1 del artículo 103 RC.

Se pide calificar los documentos parlamentarios ya señalados, justificar su calificación en atención a sus características y declarar su admisibilidad o no, de acuerdo con la normativa aplicable.

B. Fuentes

Normativa

Sobre las preguntas e interpelaciones: artículo 111 Constitución española.

Sobre las preguntas: artículos 186 a 192 Reglamento del Congreso.

Sobre las interpelaciones: artículos 180 a 184 Reglamento del Congreso.

Sobre las proposiciones no de ley: artículos 193 a 195 Reglamento del Congreso.

Sobre las comunicaciones del Gobierno: artículos 196 a 197 Reglamento del Congreso.

Sobre la urgencia de los procedimientos: artículos 93 a 94 Reglamento del Congreso.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2018, de 26 de abril, (ECLI:ES:TC:2018:46).

Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2018, de 26 de abril, (ECLI:ES:TC:2018:47).

Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2020, de 29 de junio, (ECLI:ES:TC:2020:68).

C. Solución

Pregunta 1: Pregunta parlamentaria, que incluye una sola cuestión de forma concisa y estricta (artículo 188 RC), dirigida por un Diputado al Ministro del Interior (artículo 186 RC) y que al no especificar nada ha de resolverse oralmente ante el Pleno del Congreso. El procedimiento se inicia con la formulación de la pregunta por el Diputado y la contestación, a continuación, por el miembro del Gobierno, ambos desde su respectivo escaño. Tras estas primeras intervenciones, podrá replicar o repreguntar el preguntante y finalizará el debate con la intervención del Ministro del Interior. En total, todo el procedimiento se desarrolla durante un tiempo de 5 minutos (artículo 188.3 RC).

Pregunta 2: Comparecencia informativa del Presidente del Gobierno ante el Pleno del Congreso, a iniciativa de dos Grupos Parlamentarios o la quinta parte de los miembros de la Cámara (artículo 203.1 RC), para informar sobre un asunto determinado. La Mesa del Congreso, junto con la Junta de Portavoces, acuerda la comparecencia urgente del miembro del Gobierno, en este caso del Presidente del Gobierno. Tras la exposición oral del Presidente del Gobierno se puede abrir un turno de intervenciones para que los Grupos Parlamentarios fijen posiciones, formulen preguntas o hagan observaciones respecto del asunto objeto de la comparecencia. Tras este turno podrá intervenir el Presidente del Gobierno para responder, pero no se prevé votación final (artículo 203.2 RC).

Pregunta 3: Interpelación del Grupo Parlamentario Mixto al Ministro de Agricultura (artículo 181.1 RC) que versa sobre los motivos o propósitos del Ejecutivo en cuestiones de política general, bien del Gobierno o de algún departamento ministerial. Si el contenido no fuera propio de una interpelación, que no es el caso, la Mesa del Congreso lo comunicaría al autor para su conversión en pregunta oral o escrita. Pasados quince días desde su publi-

cación, se podrá incluir en el orden del día del Pleno del Congreso. Las interpelaciones mantienen varias diferencias con las preguntas. Primero, se distinguen por el carácter general de su contenido sustantivo, a diferencia de la concreción del contenido de las preguntas. En segundo lugar, porque tradicionalmente la presentación de las interpelaciones se reserva a los Grupos Parlamentarios, aunque no se rechazan las interpelaciones que presentan los Diputados o Senadores de manera individual. Y en tercer lugar, mientras que las preguntas se pueden tramitar ante el Pleno del Congreso o ante las Comisiones, las interpelaciones solamente se resuelven en el Pleno. Al finalizar el debate, en el que pueden participar los representantes de los Grupos Parlamentarios de la Cámara, excepto aquel del que procede la interpelación, el Grupo Parlamentario autor de la misma podrá presentar una moción en el día siguiente en el que ha tenido lugar el debate de la interpelación. La moción, una vez admitida a trámite por la Mesa del Congreso, se incluirá en el orden del día de la siguiente sesión plenaria, pudiendo presentarse enmiendas hasta seis horas antes del comienzo de la sesión en la que se va a debatir y votar. La Mesa del Congreso admitirá la moción si es congruente con la interpelación. Se votan la interpelación y las enmiendas aceptadas.

Pregunta 4: El Grupo Parlamentario popular presenta una proposición no de ley a través de la cual formula una propuesta de resolución a la Cámara (artículo 193 RC). Las proposiciones no de ley deberán presentarse por escrito a la Mesa del Congreso, que decidirá sobre su admisibilidad, ordenará, en su caso, su publicación y acordará su tramitación ante el Pleno del Congreso o la Comisión competente, en función de la voluntad manifestada por el grupo proponente y de la importancia del tema objeto de la proposición no de ley (artículo 194.1 RC). Tras la publicación de la proposición no de ley, podrán presentarse enmiendas por los Grupos Parlamentarios hasta seis horas antes del comienzo de la sesión en que haya de debatirse (artículo 194.2 RC). La proposición no de ley será objeto de debate, en el que podrá intervenir, tras el Grupo Parlamentario autor de la proposición no de ley, un representante de cada uno de los Grupos Parlamentarios que hubieren presentado enmiendas y, a continuación, de aquellos que no lo hubieran hecho. Una vez concluidas estas intervenciones, la proposición no de ley, con las enmiendas aceptadas por el proponente de la misma, será sometida a votación (artículo 195.2 RC).

Pregunta 5: Pregunta parlamentaria dirigida por un Diputado a la Ministra de Transición Ecológica y Reto Demográfico que la Mesa del Congreso declara no admisible a trámite por aplicación del artículo 192.2 RC, tras

oír a la Junta de Portavoces, por incurrir el texto en alguno de los supuestos contemplados en el número 1º. del artículo 103 RC. El artículo 103.1 RC señala que “Los Diputados y los oradores serán llamados al orden: 1º. Cuando profirieren palabras o vertieren conceptos ofensivos al decoro de la Cámara o de sus miembros, de las Instituciones del Estado o de cualquiera otra persona o entidad”. La formulación de la pregunta con la inclusión de lenguaje ofensivo y malsonante puede fundamentar su rechazo, aunque la Mesa del Congreso puede solicitar al parlamentario la reformulación de la misma para adecuarse a las reglas de decoro de la Cámara.

Pregunta 6: Comparecencia informativa del Presidente del Gobierno ante el Pleno del Congreso a iniciativa propia (artículo 203.1 RC), para informar sobre un asunto determinado. La Mesa del Congreso, junto con la Junta de Portavoces, acuerda la comparecencia urgente del miembro del Gobierno, en este caso del Presidente del Gobierno. Tras la exposición oral del Presidente del Gobierno se puede abrir un turno de intervenciones para que los Grupos Parlamentarios fijen posiciones, formulen preguntas o hagan observaciones. Tras este turno podrá intervenir el Presidente del Gobierno para responder, pero no se prevé votación final (artículo 203.2 RC).

Pregunta 7: Solicitud de comparecencia informativa de un miembro del Gobierno ante la Comisión correspondiente para celebrar una sesión informativa (artículo 202.1 RC). Según el artículo 202.2 RC, el desarrollo de la sesión consta de las siguientes fases: “Exposición oral del Ministro, suspensión por un tiempo máximo de cuarenta y cinco minutos, para que los Diputados y Grupos Parlamentarios puedan preparar la formulación de preguntas u observaciones, y posterior contestación de éstas por el miembro del Gobierno”.

III. BIBLIOGRAFÍA

- CASTILLO LÓPEZ, Fernando (2020): “Razonada inadmisión de una pregunta parlamentaria oral que no versaba sobre la acción de gobierno sino sobre la financiación del partido político al que pertenecía su Presidente. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2020, de 29 de junio”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 109, pp. 555-568.
- DE PINIÉS RUIZ, Francisco Javier (2019): “De la función de calificación de las Mesas de las Cámaras. Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 46/2018, de 26 de abril, y 47/2018, de 26 de abril. Recursos de amparo núms. 4856-2017 y 5239-2017”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 107, pp. 533-548.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio (2000): “El control parlamentario y su regulación en el ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 60, septiembre-diciembre, pp. 89-113.
- MOLINA MORENO, Luis (2018): “El control parlamentario (III): preguntas, interpelaciones y mociones”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 104, pp. 315-344.
- RODRÍGUEZ-PATÓN RODRÍGUEZ, Patricia (2021): “Las preguntas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34.
- SANTOLALLA LÓPEZ, Fernando (1978): “Las preguntas instrumento de control parlamentario”, *Documentación Administrativa*, núm. 178, pp. 49-88.

6. Naturaleza y control constitucional del reglamento parlamentario

María Mercedes Serrano Pérez

Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional

I. PLANTEAMIENTO

Lea el siguiente párrafo (extraído de varias sentencias del Tribunal Constitucional) sobre la naturaleza del Reglamento parlamentario y responda a las cuestiones planteadas:

“(…) Por todo ello, es una peculiar naturaleza jurídica, derivada del cumplimiento de una finalidad esencial, la razón que motiva que el reglamento parlamentario sea norma indisponible por el legislador, que integra el parámetro de constitucionalidad de las leyes. Pero, como se desprende de la sentencia que analizamos, esto no significa que toda infracción del reglamento produzca necesariamente la inconstitucionalidad de la ley. Dicho efecto sólo parece cuando esa inobservancia altera «de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras» (STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 1). Con esta afirmación, el Tribunal Constitucional se alinea con la postura mayoritaria en la doctrina partidaria, como hemos podido analizar, de limitar los casos de invalidez de la ley por motivos de forma a las infracciones graves o determinantes del reglamento parlamentario. Dado que esta reflexión es tangencial al fondo de la cuestión, el Tribunal no entra a analizar con detalle cuáles son los tipos de incumplimiento que, por su trascendencia, provocan la ilegitimidad de la ley.

Sin embargo, al realizar la consideración que acabamos de citar, indica el criterio que puede orientar la resolución del problema, coherente por lo demás con la propia configuración de la naturaleza y fines del reglamento parlamentario.

En efecto, la alteración sustancial en el proceso de formación de voluntad de la Cámara que el Tribunal Constitucional exige para que el incumplimiento del reglamento produzca efectos invalidantes es, en definitiva, la ruptura del principio que orienta todo el funcionamiento del Parlamento, es decir, del principio democrático.

Ya en otras ocasiones el Tribunal Constitucional había estimado que no toda infracción del reglamento o del ordenamiento jurídico provocan automáticamente la inconstitucionalidad...”.

Cuestiones:

1. Señale a qué atribución de cada una de las Cámaras corresponde la facultad de elaboración y aprobación de su respectivo Reglamento parlamentario.

2. ¿Qué quiere decir que el Reglamento parlamentario es parámetro de constitucionalidad de las leyes?

3. ¿Cuándo la inobservancia del Reglamento en el proceso de elaboración de una ley puede fundamentar la declaración de inconstitucionalidad de la misma a través del correspondiente control de constitucionalidad? Explíquelo.

4. ¿Qué cree que ocurriría si una ley ordinaria invadiera aspectos propios de la regulación del procedimiento parlamentario recogidos en el Reglamento parlamentario? ¿Qué atribución de las Cámaras quedaría afectada si esto sucediera?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El Reglamento parlamentario responde a la autonomía normativa que el artículo 72.1 de la Constitución española reconoce a cada una de las Cámaras, siendo necesaria tanto para su elaboración como para su reforma la mayoría absoluta en una votación final de todo el texto. En este supuesto práctico se plantean distintas cuestiones sobre la elaboración, naturaleza y delimitación de los Reglamentos parlamentarios.

B. Problemas constitucionales

El presente caso plantea como problemas constitucionales la naturaleza jurídica del Reglamento parlamentario y su papel en el control de constitucionalidad de las normas con rango de ley.

C. Fuentes

Normativa

Artículo 72.1 de la Constitución española.

Reglamento del Congreso de Diputados de 10 de febrero de 1982.

Artículo 27.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Jurisprudencia:

Sentencia del Tribunal Constitucional, 101/1983, de 18 de noviembre, (ECLI:ES:TC:1983:101).

Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio, (ECLI:ES:TC:1987:99).

Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1990, de 1 de marzo, (ECLI:ES:TC:1990:36).

Sentencia del Tribunal Constitucional 119/1990, de 21 de junio, (ECLI:ES:TC:1990:119).

Sentencia del Tribunal Constitucional 44/1995, de 13 de febrero, (ECLI:ES:TC:1995:44).

Sentencia del Tribunal Constitucional 234/2000, de 3 de octubre, (ECLI:ES:TC:2000:234).

Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2002, de 25 de abril, (ECLI:ES:TC:2002:97).

Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2002, de 14 de octubre, (ECLI:ES:TC:2002:177).

Sentencia del Tribunal Constitucional 301/2005, de 21 de noviembre, (ECLI:ES:TC:2005:301).

Sentencia del Tribunal Constitucional 101/2008, de 24 de julio, (ECLI:ES:TC:2008:101).

Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2008, de 11 de septiembre, (ECLI:ES:TC:2008:103).

Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2019, de 2 de octubre, (ECLI:ES:TC:2019:110).

D. Solución

Pregunta 1: La facultad de elaborar y aprobar la norma de organización de cada una de las Cámaras responde a la autonomía normativa que se reconoce en el artículo 72.1 de la Constitución española (en adelante, CE). La autonomía normativa de las Cámaras, así como el resto de las vertientes de la autonomía recogidas en el precepto, constituyen una garantía funcional al servicio del cumplimiento constitucional de las altas funciones que las Cámaras tienen atribuidas, básicamente la función legislativa y la función de control al Gobierno. En este sentido, el Reglamento parlamentario se sitúa en el lugar preeminente en el sistema de fuentes del Derecho Parlamentario, siendo una norma primaria y principal, “directamente incardinadas a la Constitución española (STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3).

Pregunta 2: El Reglamento parlamentario tiene “valor de ley, pero está desprovisto de la fuerza de la ley” (STC 119/1990, de 21 de junio, FJ 2). Los Reglamentos parlamentarios están sujetos al control de constitucionalidad, tanto a través del recurso de inconstitucionalidad como a través de la cuestión (artículo 27.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional). Además de ser susceptible de ser declarados inconstitucionales, el Reglamento parlamentario forma parte del llamado “bloque de la constitucionalidad”, según el Tribunal Constitucional, por lo que los vicios procedimentales de una ley pueden originar la declaración de inconstitucionalidad de la norma, claro está, por razones formales. De este modo, para efectuar el juicio de constitucionalidad, el Reglamento parlamentario forma un triángulo entre la Constitución y la norma impugnada sometida a control de constitucionalidad, constituyendo en este sentido “parámetro de constitucionalidad” formal de las normas con fuerza de ley.

Pregunta 3: El Tribunal Constitucional ha señalado que, como parámetro de constitucionalidad, el Reglamento parlamentario solo podría fundamentar la declaración de inconstitucionalidad de una ley por motivos formales cuando el vicio procedimental en que ha incurrido la norma en su proceso de elaboración pueda alterar la formación de la voluntad de la Cámara. Es decir, el incumplimiento del procedimiento legislativo en que incurre la norma en su tramitación ha de provocar una infracción sustancial que haya afectado la expresión de la voluntad popular y por tanto al pluralismo político.

Pregunta 4: El Tribunal Constitucional ha aludido (STC 44/1995, de 13 de febrero, FJ 3) en varias ocasiones a la reserva reglamentaria, según la

cual la ley ordinaria no puede invadir aspectos propios de la regulación del procedimiento parlamentario, so pena de incurrir en invalidez. La relación entre el Reglamento parlamentario y la ley ordinaria se regula a través del principio de competencia, no de jerarquía. Si la ley ordinaria pudiera regular materias propias del ámbito parlamentario, se podría lesionar la autonomía normativa de las Cámaras reconocida en el artículo 72.1 CE.

III. BIBLIOGRAFÍA

- ARANDA ÁLVAREZ, Elviro (2005): “Claves para entender el concepto y las Fuentes del Derecho Parlamentario”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 66, pp. 7-61.
- CANO BUESO, Juan (1984): “El principio de autonormatividad de las Cámaras y la naturaleza jurídica del reglamento parlamentario”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 40, pp. 85-99.
- DÍEZ PICAZO, Luis María (2022): “Sobre el reglamento del Congreso de los Diputados y sus normas de funcionamiento”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 113, número especial, pp. 95-120.
- PÉREZ TREMPES, Pablo y SAIZ ARNAIZ, Alejandro (dirs.) (2018): *Comentario a la Constitución española*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- VIDAL MARÍN, Tomás (2005): *Los reglamentos de las asambleas legislativas*, Congreso de los Diputados, Madrid.

7. La Cuestión de confianza

María Mercedes Serrano Pérez

Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional

I. PLANTEAMIENTO

El Presidente del Gobierno decide presentar una cuestión de confianza (artículo 112 de la Constitución española, en adelante, CE) sobre su programa de investidura para constatar que continúa disfrutando de la confianza de la Cámara, ante la pérdida de importantes apoyos y alcaldías cuyas candidaturas pertenecían a candidatos del partido al que pertenece el Presidente del Gobierno, tras la celebración de unas elecciones municipales. Para presentar la cuestión de confianza consulta con el Vicepresidente primero del Gobierno y, tras dicha consulta preceptiva, presenta la cuestión de confianza ante la Mesa del Congreso de los Diputados, que la admite sin revisar si cumple los requisitos establecidos para su presentación.

Tras la admisión a trámite, la presidencia del Congreso de los Diputados fija un Pleno para debatir la cuestión de confianza y votarla. La votación de la cuestión de confianza se fecha transcurridas 15 horas desde su presentación, ante la necesidad de conocer en un tiempo breve los apoyos con los que cuenta el Presidente del Gobierno. La tensión entre las filas del Gobierno aconseja celebrar una votación secreta de la cuestión de confianza, para proteger la libertad de los parlamentarios y votar en conciencia. La cuestión tenía perspectivas de constatar un refuerzo de la confianza en el Presidente del Gobierno, pretensión perseguida por este último, pero por un acuerdo inesperado de las mayorías de la Cámara, la cuestión de confianza no cuenta finalmente con la mayoría absoluta requerida para su confirmación y el Presidente del Gobierno pierde la votación. Tras la votación, y para evitar sus efectos en relación con dimisión del Gobierno, el Presidente del Gobierno, haciendo uso de la facultad concedida en el artículo 115.1 CE, decide disolver las Cortes Generales y convocar nuevas elecciones generales.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho y cuestiones constitucionales

El caso práctico recoge el planteamiento de una cuestión de confianza con errores formales y materiales según la normativa aplicable. Se pide detectar los errores del texto y plantear la cuestión de confianza con la corrección de los mismos. En este contexto recordamos que la cuestión de confianza es un mecanismo de refuerzo de la posición gubernamental frente a una mayoría parlamentaria de apoyo al Gobierno dividida y debilitada. Por ello es más propia de Gobiernos de coalición o minoritarios, donde la confianza puede atravesar momentos de ruptura que deben ser restaurados desde una posición de fuerza del Presidente del Gobierno. Ese es el objetivo de la cuestión de confianza, regulada en el artículo 112 CE, mantener y visibilizar la fortaleza del Presidente del Gobierno a través de la verificación de la confianza del Parlamento. Es una herramienta en manos de Presidente del Gobierno para reforzar su posición. Por tanto, solo la presentará cuando tenga la certeza que la va a superar y que con ello se reafirmará ante una mayoría dividida en el Parlamento o ante una situación política que puede cuestionar su poder.

B. Fuentes

Normativa

Artículos 99, 112, 114.1 y 115 de la Constitución española.

Artículos 85, 173 y 174 del Reglamento del Congreso.

C. Solución

El Presidente del Gobierno presenta una cuestión de confianza (artículo 112 CE y artículo 173 RC) sobre su programa de gobierno, pero, según el artículo 112 CE, ha de deliberar previamente con el Consejo de Ministros, no con el Vicepresidente del Gobierno. La deliberación es preceptiva, aunque no vinculante, según se desprende de los preceptos señalados.

Tras la deliberación preceptiva, la cuestión de confianza se presenta mediante un escrito motivado ante la Mesa del Congreso, junto con la certificación de la deliberación en el Consejo de Ministros (artículo 174.1 RC). La Mesa del Congreso admite a trámite la cuestión de confianza, para lo cual, aunque no lo diga de forma explícita ni la Constitución ni el Reglamento del Congreso, habrá de verificar el cumplimiento de los requisitos formales. En este caso no ha habido ni deliberación en el Consejo de Ministros ni

escrito motivado, por lo que la Mesa del Congreso debería haber inadmitido la cuestión de confianza ante la ausencia de estos dos requisitos.

Sobre el debate no se especifica nada en el texto, pero sí sobre la votación. El artículo 174.4 RC fija la votación al menos veinticuatro horas después de la presentación de la cuestión de confianza, mientras que en el texto la votación se señala transcurridas quince horas desde su presentación. El plazo por tanto no es correcto. La justificación del plazo de veinticuatro horas es el tiempo estimado para alcanzar el sosiego y la reflexión necesarios en este mecanismo de cuestionamiento de la confianza del Presidente del Gobierno en un sistema de gobierno parlamentario racionalizado.

El artículo 85.2 RC indica que “las votaciones para la investidura del Presidente del Gobierno, la moción de censura y la cuestión de confianza serán en todo caso públicas por llamamiento”. La finalidad de esta publicidad es dar la máxima transparencia a un procedimiento que cuestiona la confianza en el Presidente del Gobierno y que puede dar como resultado un cambio gubernamental. En el presente caso la votación es secreta, modalidad que es contraria a la exigencia reglamentaria, sin que pueda servir de justificación ni la tensión entre las fuerzas de apoyo al Gobierno ni ningún otro argumento.

El artículo 112 CE y el artículo 174.5 RC señalan que se entiende otorgada la confianza si votan a favor de ella la mayoría simple de sus señorías. En este caso, al no obtener la mayoría simple se entiende rechazada la confianza del Congreso en el Presidente del Gobierno, lo que obligaría a este a presentar su dimisión ante el Rey, procediéndose a continuación a la designación de Presidente del Gobierno según lo establecido en el artículo 99 CE (artículo 114.1 CE). En el texto se habla de mayoría absoluta, lo que es un error, pero al no especificar nada más, habrá que entender que tampoco se alcanza la mayoría simple requerida.

En relación con la facultad del Presidente del Gobierno de disolver las Cortes, el artículo 115.2 CE solo habla de la imposibilidad de hacerlo mientras esté en curso la tramitación de una moción de censura. Por tanto, no hay limitación cuando se trata de la cuestión de confianza, es decir, en caso de que el Presidente del Gobierno intuyera que puede perder la cuestión de confianza y antes de la votación podría proceder según lo previsto en el artículo 115.1 CE. Ahora bien, una vez votada la cuestión de confianza y no alcanzada la mayoría simple, la confianza en el presidente del Gobierno se entiende retirada, por lo que solo cabe presentar la dimisión ante el Rey, no hacer uso de una facultad -la de disolver las Cámaras- que solo recae en el Presidente del Gobierno, y no en la persona que ya no lo es debido a la pérdida de la confianza parlamentaria. Por ello, en el caso concreto, el Presidente

del Gobierno que ha perdido la cuestión de confianza no puede disolver las Cortes ni convocar elecciones generales.

III. BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (1987): “La cuestión de confianza: marco jurídico-constitucional y praxis política”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 21, pp. 37-98.

- (1998): “La cuestión de confianza: artículo 112”, Comentario a la Constitución española de 1978 (dir. ALZAGA VILLAAMIL, Óscar), tomo VIII, Cortes Generales y EDERSA, Madrid, pp. 823-869.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José (1996): *La cuestión de confianza*, McGraw-Hill, Madrid.

MARTÍN DE HIJAS MERINO, Mónica (2019): *Manual de uso del diputado*, Dykinson, Madrid, pp. 235-242.

8. El recurso de inconstitucionalidad

Yolanda López Nieto

Investigadora en Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

I. CASO PRÁCTICO

El Parlamento de la Comunidad de Madrid publicó una Ley autonómica en la que se contenía un precepto, el artículo 4, que prohibía a los alumnos acudir a clase portando cualquier símbolo religioso, especificando que las alumnas no podían ir a los centros de enseñanza portando el *hiyab* o el burka. Esta norma fue aprobada el día 2 de octubre de 2016 y publicada al día siguiente en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (BOCM).

La Ley fue objeto de cinco recursos de inconstitucionalidad:

- En primer lugar, 30 senadores del Grupo Parlamentario Socialista presentaron un recurso el día 6 de octubre de 2016, a pesar de que la Ley todavía no había entrado en vigor pues establecía una *vacatio legis* de seis meses, bajo el argumento de que ese precepto infringía el derecho fundamental a la libertad religiosa contenido en el artículo 16 de la Constitución Española (CE).

- En segundo lugar, el Gobierno autonómico de Castilla-La Mancha presentó un recurso de inconstitucionalidad el día 11 de enero de 2017 bajo el mismo argumento que los senadores socialistas.

- En tercer lugar, el Gobierno central interpuso el recurso al día siguiente de su publicación argumentando, además, que infringía la competencia del Estado en materia de educación. Por tanto, solicitó al Tribunal Constitucional que suspendiera la aplicación de la Ley.

- En cuarto lugar, la Unión de Comunidades Islámicas de España presentó otro recurso ante el TC, el mismo día que el Gobierno central, alegando de igual manera la vulneración del artículo 16 CE.

- Y, por último, el Defensor del Pueblo presentó el suyo propio el 2 de noviembre de 2016, bajo el argumento también de la vulneración al derecho del art. 16 CE.

¿Son todos los recursos válidos? ¿Qué ocurriría con los efectos suspensivos que solicita el Gobierno?

En caso de que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional el precepto autonómico, ¿qué efectos tiene la sentencia?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En este caso se nos presenta una Ley autonómica contra la que se han presentado cinco recursos de inconstitucionalidad diferentes alegando la vulneración del artículo 16 CE en cuanto protege la libertad religiosa, y, además, que la Ley afecta al ámbito de las competencias del Estado en materia de educación. Estos recursos de inconstitucionalidad son presentados por 30 senadores socialistas el 6 de octubre de 2016; por el Gobierno autonómico castellanomanchego el 11 de enero de 2017; por el Gobierno central el 3 de octubre de 2016; la Unión de Comunidades Islámicas de España también el 3 de octubre; y, por último, el Defensor del Pueblo el 2 de noviembre de 2016.

B. Problemas constitucionales

El problema que encontramos en este supuesto es la admisión o no de los recursos de inconstitucionalidad antes expuestos, pues han sido interpuestos por diferentes sujetos y en distintos días. Además, se nos plantea una cuestión acerca de los efectos suspensivos del recurso planteado por el Gobierno central y otra sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional (TC).

C. Fuentes

Normativa

Artículos 159 a 165 de la Constitución española.

Artículos 31 a 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC).

Jurisprudencia

Sentencias del Tribunal Constitucional 45/1989, de 20 de febrero, 95/1998, de 1 de octubre, 138/2005, de 26 de mayo y 14/2019, de 31 de enero.

D. Solución

Debemos partir de que la finalidad del recurso de inconstitucionalidad es, en definitiva, la expulsión del ordenamiento jurídico de aquellas normas que resulten contrarias a la Constitución. Para ello, a través de este recurso no se pretende satisfacer una pretensión subjetiva, sino que se realiza un control en abstracto de la norma enjuiciada y si resulta compatible o no con el texto constitucional.

Bien, comenzando por la primera de las cuestiones, pasaremos a analizar los sujetos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad. Siguiendo el artículo 162.1 CE y el artículo 32.1 LOTC los legitimados son: el presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados y 50 Senadores, así como, los órganos colegiados ejecutivos autonómicos o las Asambleas autonómicas, previo acuerdo de las mismas. Consecuentemente, bajo la luz de estos preceptos, el recurso interpuesto por los 30 senadores socialistas ya no es válido, puesto que el texto constitucional y la LOTC requieren un mínimo de 50 senadores. Ni tampoco sería válido el recurso de la Unión de Comunidades Islámicas de España, ya que no se reconoce legitimación a grupos sociales. Sí son válidos, en principio, los interpuestos por el Gobierno central, el Gobierno castellanomanchego y el Defensor del Pueblo. Cabe añadir, que precisamente se prevé la vía del Defensor del Pueblo para aquellos grupos sociales o políticos que no tengan acceso al TC para presentar recurso de inconstitucionalidad, como ocurre con la Unión de Comunidades Islámicas de España.

En lo que se refiere a los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas, como se ha dicho, aparecen reconocidos como sujetos legitimados en el artículo 162.1 CE. Sin embargo, el artículo 32.2 LOTC limita esta competencia “contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía”. Por tanto, un Gobierno autonómico no puede presentar un recurso contra la Ley de otra comunidad autónoma, como ocurre en este caso, toda vez que no tiene fuerza de Ley del Estado. Consecuentemente, este recurso tampoco resulta válido.

Una vez estudiados los sujetos legitimados, para continuar con el análisis de la validez de los recursos de inconstitucionalidad planteados debemos acudir al procedimiento establecido para ello. Comenzando por el plazo de

interposición, este es de tres meses desde la publicación oficial de la norma, siguiendo el artículo 33.1 LOTC. Para las normas autonómicas, como ocurre en este caso, se cuenta el plazo desde la publicación en el boletín correspondiente a cada comunidad autónoma, aunque luego se publique en el BOE (STC 14/2019, de 31 de enero, FJ2). Consecuentemente, aunque el recurso interpuesto por el Gobierno castellanomanchego hubiera sido un sujeto legitimado para interponer el recurso, se encuentra igualmente fuera de plazo puesto que han pasado más de tres meses desde la publicación de la norma. Todos los demás han sido presentados dentro de plazo, a pesar de que la norma no haya entrado en vigor, pues el plazo se cuenta a partir de la publicación y no de la entrada en vigor como se desprende del precepto antes mencionado.

Por tanto, resultan válidos los recursos de inconstitucionalidad del Gobierno central y del Defensor del Pueblo. Cabe añadir que como el Gobierno plantea también un conflicto de competencias, el plazo inicial de tres meses que se acaba de explicar puede ampliarse a nueve meses, siguiendo el artículo 33.2 LOTC, si se constituye una Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y, en este caso, la Comunidad de Madrid para adoptar un acuerdo sobre la iniciación de negociaciones para poder resolver las discrepancias sin necesidad de presentar el recurso de inconstitucionalidad. Este acuerdo debe de presentarse ante el TC antes de los tres meses siguientes a la publicación de la norma, plazo inicial de interposición del recurso, para que se pueda proceder a la ampliación del plazo. Esta vía se constituye para favorecer la resolución del conflicto evitando la interposición de un recurso.

Siguiendo con el recurso interpuesto por el Gobierno, se nos plantean los efectos suspensivos del precepto impugnado. Como norma general, presentar un recurso de inconstitucionalidad no supone la suspensión de efectos de la misma. Sin embargo, cuando el sujeto que presenta el recurso es el Gobierno central cuenta con un privilegio procesal proveniente del artículo 161.2 CE si la norma impugnada es autonómica, y es que entonces sí puede solicitar que se suspendan los efectos. Ante esto, en un máximo de 5 meses el TC debe ratificar o levantar dicha suspensión.

Bien, una vez admitidos a trámite los recursos y dar traslado al Congreso, Senado, Gobierno y, en este caso, también a la Asamblea Legislativa y al Ejecutivo autonómico correspondiente, el TC decidirá sobre la constitucionalidad o no del precepto impugnado en la Sentencia. Por tanto, llegamos a la última de las cuestiones planteadas acerca de los efectos de las sentencias

del TC, concretamente los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad. Para ello, debemos acudir al artículo 164 CE y los artículos 38 y ss. LOTC.

En primer lugar, los artículos 164 CE y 38.1 LOTC exige la publicación de las sentencias en el BOE, incluidos los votos particulares en su caso. En segundo lugar, el efecto de cosa juzgada, consagrado en los mismos preceptos, implica que no se puede interponer recurso contra la sentencia emitida por el TC –cosa juzgada formal–, los jueces deben resolver las cuestiones similares respetando la decisión adoptada por el –cosa juzgada material de efecto positivo–, así como no puede volver a abrirse un nuevo procedimiento sobre el mismo asunto –cosa juzgada material de efecto negativo–.

En segundo lugar, las sentencias tienen efecto *erga omnes*, lo que implica que, salvo aquellas sentencias que reconocen derechos subjetivos, tienen efectos frente a todos, particulares y poderes públicos, no solamente frente a las partes que han intervenido en el proceso. Esto se produce independientemente de si es estimatoria o desestimatoria de la constitucionalidad de la norma enjuiciada. Ahora bien, cuando se establece la inconstitucionalidad de la norma debemos atender al artículo 39.1 LOTC, que expone que se declara la nulidad de los preceptos impugnados y, en su caso, también la de los preceptos de la misma norma que deban extenderse por conexión o consecuencia. Esta nulidad tiene efectos *ex tunc*, esto es, los efectos se despliegan hacia atrás, la norma no solo sale fuera del ordenamiento, sino que se considera que nunca ha formado parte de él. La propia LOTC pone límites a este efecto, pues en su artículo 40 establece que esto no implica que se puedan revisar procedimientos en los que se haya aplicado la norma inconstitucional y ya haya recaído una sentencia con fuerza de cosa juzgada, salvo que haya originado una sanción penal o administrativa que sería menor o que no se hubiese aplicado tras la nulidad de la norma. Este efecto se ha ido modulando con la casuística, pues podemos encontrar sentencias en las que hay declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad (STC 138/2005, de 26 de mayo), limitación temporal de la declaración de inconstitucionalidad (STC 45/1989, de 20 de febrero) o, entre otras, sentencias que a pesar de declarar la inconstitucionalidad de la norma la mantiene vigente hasta que se dicte otra norma que la reemplace (STC 95/1998, de 1 de octubre).

Por último, en la línea de lo ya explicado, se establece la vinculación de la decisión a todos los poderes públicos (art. 38.1 LOTC), que atañe especialmente a los tribunales ordinarios, tanto del fallo como de la fundamentación expuesta por el TC.

Así, en conclusión, atendiendo a los sujetos legitimados y a los requisitos de interposición del recurso de inconstitucionalidad, los únicos recursos válidos serían los interpuestos por el Gobierno central y el Defensor del Pueblo. Además, si el TC en el caso que nos ocupa declara la inconstitucionalidad del artículo 4 de la Ley autonómica, esta declaración tendría, tras la publicación en el BOE de la sentencia, efectos de cosa juzgada, efectos erga omnes y vinculación de los poderes públicos. Además, se anula el precepto con efectos *ex tunc* con las particularidades explicadas.

9. Derecho autonómico

Alberto Campos Jiménez

Abogado y Profesor Asociado de Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTOS

1.- Las provincias de Cádiz y Girona, residiendo en esta última muchos gaditanos que emigraron hace décadas a vivir a esta provincia, desean acceder a su autogobierno y constituirse en comunidad autónoma. ¿Existiría algún problema en hacerlo? Fundamente la respuesta.

2.- Albacete, Cuenca, Toledo, Ciudad Real y Guadalajara deciden constituirse como comunidad autónoma en enero de 1980. Para ello, las diputaciones de estas provincias y la de Madrid, deciden iniciar el proceso junto con una tercera parte de sus municipios. Por diversos motivos no pueden seguir con el procedimiento pasados 12 meses y deciden volver a iniciarlo en enero de 1982. Analice esta situación y comente los aspectos más destacados.

3.- Navarra y País Vasco, dada su proximidad y atendiendo a sus intereses comunes, deciden elaborar y aprobar un convenio para así poder atender sanitariamente a su ciudadanía, dado que al estar tan cerca, utilizan indistintamente este servicio, sin importar la ubicación geográfica. Pasado un tiempo, y dado que consideran que es lo mejor para sus intereses, deciden constituirse como federación. Comente los aspectos más significativos del supuesto.

4.- Albacete, Cuenca, Toledo, Ciudad Real y Guadalajara, iniciado su proceso autonómico, deciden elaborar el proyecto de Estatuto. El Estatuto es elaborado por una asamblea compuesta por los miembros de la Diputaciones de las provincias afectadas y los diputados elegidos en ellas. Además, éstas lo aprueban, estipulando que entrará en vigor una vez publicado en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha (DOCLM). Comente los aspectos más significativos del caso y si pudiera llevarse a cabo así.

5.- El Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha contiene, exclusivamente, la denominación de la comunidad, su delimitación, su organización y competencias que deben asumir. Comente los aspectos del caso más significativos y si, en efecto, ello es posible.

6.- La comunidad autónoma de Castilla-La Mancha ejerce como competencias exclusivas artesanía, sanidad e higiene, administración de justicia, legislación laboral y régimen económico de la seguridad social. Comente los aspectos del caso más significativos.

7.- Ante el incumplimiento reiterado de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de la Constitución, ¿qué medidas podrían adoptarse?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Se plantean diferentes cuestiones relativas a la configuración constitucional de las comunidades autónomas; en particular, sus procesos de creación, sus Estatutos de Autonomía, sus competencias y su relación con el poder central.

B. Fuentes

Normativa

Artículos 143, 145, 146, 147, 149 y 155 de la Constitución española.

C. Solución

Caso 1: El artículo 143 de la Constitución (CE) recoge que “1. En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos”.

De esta manera, no siendo provincias limítrofes, y careciendo de características históricas, culturales y económicas comunes, no podrían acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas.

Caso 2: En este caso, el artículo 143 CE determina en sus apartados 2 y 3 que “la iniciativa del proceso autonómico corresponde a todas las Dipu-

taciones interesadas o al órgano interinsular correspondiente y a las dos terceras partes de los municipios cuya población represente, al menos, la mayoría del censo electoral de cada provincia o isla. Estos requisitos deberán ser cumplidos en el plazo de seis meses desde el primer acuerdo adoptado al respecto por alguna de las Corporaciones locales interesadas. La iniciativa, en caso de no prosperar, solamente podrá reiterarse pasados cinco años”.

Atendiendo a lo anterior, las provincias señaladas en el supuesto no podrán constituirse como comunidad autónoma dado que no agrupan a dos terceras partes de los municipios cuya población represente a la mayoría del censo electoral. De esta misma manera, nada tiene que ver en ese procedimiento la Diputación de Madrid.

Por otro lado, en relación con el periodo de tiempo transcurrido en el supuesto para volver a instar el procedimiento para la constitución de las provincias como comunidad autónoma, tan solo han pasado 12 meses, exigiendo la Constitución que transcurran cinco años para volver a intentarse.

Caso 3: El Artículo 145 CE prohíbe de forma taxativa la federación de Comunidades Autónomas. Por el contrario, se permite la posibilidad de que los Estatutos puedan prever los supuestos, requisitos y términos en que las Comunidades Autónomas para “celebrar convenios entre sí para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales”.

Asimismo, los acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas necesitarán la autorización de las Cortes Generales.

Caso 4: Como recoge el artículo 146 CE, y atendiendo al supuesto práctico, faltaría que la asamblea encargada de elaborar el proyecto de Estatuto estuviera compuesta también por los senadores elegidos en ellas, y no tan solo por los diputados.

Caso 5: El artículo 147.2 CE establece los elementos que debe contener un Estatuto de Autonomía, siendo estos los siguientes:

- a) La denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica.
- b) La delimitación de su territorio.

c) La denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias.

d) Las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas.

De esta forma, faltaría la determinación de la sede de las instituciones autónomas propias, así como las bases de traspaso de los servicios.

Caso 6: Según el artículo 149.1 CE el Estado tiene competencia exclusiva sobre la Administración de Justicia, no pudiendo ostentar esta competencia la comunidad autónoma. De la misma manera, la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social también sería una competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.17^a CE), sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.

Caso 7: Ante este supuesto hay que acudir al artículo 155 CE, que determina que ante un incumplimiento reiterado en las obligaciones impuestas por la Constitución u otras leyes, el “Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general”.

10. Reforma constitucional

Pedro García Guijarro

Investigador en Derecho Constitucional

Universidad de Extremadura

I. PLANTEAMIENTO

En enero de 2020, la Sra. Guadalupe fue desahuciada de su casa en Madrid por impago reiterado del alquiler. Ante la indignación suscitada por dichos acontecimientos, se propuso presentar una iniciativa legislativa popular (en adelante, ILP) en el Congreso de los Diputados. De acuerdo con esta, se proponía la reforma del artículo 47 de la Constitución española (en adelante, CE) para reubicarlo como artículo 30 CE e introducirlo en la Sección I del Capítulo II del Título I CE, trasladando el resto de los preceptos constitucionales un artículo hacia delante.

Tras presentar la proposición de ley ante la Mesa del Congreso, esta la inadmitió a trámite ya que el artículo 166 CE excluye la posibilidad de iniciativa de reforma constitucional mediante ILP, acotando su legitimación a los sujetos recogidos en el artículo 87.1 y 2 CE (Gobierno, Congreso, Senado y las Asambleas de las Comunidades Autónomas). En consecuencia, la propia Constitución descarta la posibilidad de que se inicie un proceso de reforma constitucional mediante una ILP.

Han pasado tres años desde entonces y Guadalupe se ha convertido en la secretaria general de un partido político, el Pacto por una vivienda más constitucional (PPUV+C), con una representación de 72 diputados en el Congreso de los Diputados. Así, el grupo parlamentario del partido en el Congreso presenta una proposición de reforma constitucional de idéntico contenido a la ILP presentada por la Sra. Guadalupe tres años atrás. Casualmente, la proposición es tomada en consideración justo una semana antes de que el Congreso de los Diputados se vea obligado a declarar el estado de sitio

en todo el territorio nacional (116.4 CE), como consecuencia de la invasión acometida por cierto principado pirenaico a la provincia de Lérida. Para empeorar las cosas, el gobierno de la nación anuncia que, en caso de seguir tramitándose la iniciativa de reforma, el referéndum que pudiera derivarse de los procedimientos de los artículos 167 y 168 CE no podrá ser realizado por razones de seguridad nacional, por lo que serían el Congreso y el Senado en sesión conjunta quienes ratificarían la reforma ante su eventual aprobación.

Trabajas para los servicios jurídicos del PPUV+C, y la Sra. Guadalupe te encarga un informe sobre las problemáticas jurídicas que pueda suscitar la proposición de reforma constitucional. Está interesada particularmente en cuatro cuestiones: la adecuación de la proposición al procedimiento del artículo 167 o 168 CE, su legitimación para ejercer la iniciativa, la posibilidad de seguir con el trámite de reforma durante un estado de sitio y las consecuencias de la ausencia de referéndum para la validez de la reforma.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Este supuesto plantea el caso de un partido político, con representación parlamentaria, que propone una reforma constitucional ante el Congreso de los Diputados que afecta directamente al contenido y estructura de la Sección I del Capítulo II del Título I de la CE. Asimismo, la proposición de reforma es tomada en consideración justo una semana antes de que sea declarado el estado de sitio en todo el territorio nacional.

B. Problemas constitucionales

Estamos ante un supuesto de proposición de reforma constitucional por parte de un partido político a una semana de la declaración del estado de sitio en todo el territorio nacional. Con base en la descripción aportada, identificamos cuatro problemas susceptibles de ser analizados desde el Derecho constitucional: en primer lugar, la proposición afecta directamente a la estructura de la Sección I del Capítulo II del Título I CE, aunque sin reformar el contenido de los preceptos recogidos en la misma, por lo que debe determinarse el procedimiento de reforma a seguir (167 o 168 CE). En segundo lugar, es menester resolver si efectivamente el grupo parlamentario estaba legitimado para proponer la reforma. En tercer lugar, la vigencia de un estado

de sitio mientras se tramita la reforma podría generar incidencias sobre el procedimiento legislativo que conviene analizar. Finalmente, la imposibilidad contingente de celebrar un referéndum durante el estado de sitio puede tener efectos sobre la validez de la reforma constitucional.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 87, 166, 167, 168 y 169 de la Constitución española.

Artículos 2, 10, 27 y 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC).

Artículos 146 y 147 del Reglamento del Congreso de los Diputados (en adelante, RC).

Artículo 159 del Reglamento del Senado (en adelante, RS).

Jurisprudencia

Auto del Tribunal Constitucional 9/2012, de 13 de enero.

D. Solución

En cuanto a la adecuación de la proposición al procedimiento de los artículos 167 o 168 CE, esta pretende convertir el derecho a la vivienda reconocido en el artículo 47 CE, un principio rector de la política social y económica, en un derecho fundamental incorporado a la Sección I del Capítulo II del Título I CE. Por consiguiente, el procedimiento del artículo 167 CE no es aplicable al caso puesto que toda reforma que afecte a dicha sección debe seguir la especialidad del procedimiento agravado del artículo 168 CE, a razón de su objeto. El propio Tribunal Constitucional (en adelante TC) así lo entiende al afirmar que “el texto constitucional establece de manera precisa la finalidad de las dos vías de reforma que prevé, en función de los objetos sobre los que se puede proyectar” (ATC 9/2012, de 13 de enero, FJ 2).

Por lo tanto, para acometer la reforma propuesta será necesaria su aprobación por mayoría de dos tercios en el Congreso y el Senado, la disolución de las cámaras y su nueva elección. A fin de avanzar en el procedimiento, las cámaras electas ratificarán la decisión adoptada por las precedentes (arts. 147.4 RC y 159 RS). A continuación, la proposición deberá ser aprobada de nuevo por dos tercios de ambas cámaras (arts. 147.5 RC y 159 RS). En último lugar, la reforma será ratificada en referéndum popular (168.3 CE).

En lo tocante a la legitimidad del PPUV+C para proponer la reforma constitucional por medio de sus diputados en el Congreso, es ineludible la referencia al artículo 166 CE cuando establece que “la iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87.” Así, remitiéndonos particularmente al apartado primero del artículo 87 CE resulta posible que la iniciativa para la reforma constitucional emane del Congreso, aunque sería necesario recurrir al RC para constatar si el grupo parlamentario está efectivamente legitimado. Habiendo determinado que el procedimiento de reforma a seguir es el agravado del artículo 168 CE, aplicaremos el artículo 146 RC. De acuerdo con este, las proposiciones de reforma constitucional, entre las que incluye las agravadas del 168 CE con base en el 166 CE, deben estar suscritas por dos grupos parlamentarios o por una quinta parte de los Diputados en el Congreso. Habida cuenta de que el Congreso cuenta con 350 diputados, el PPUV+C supera por dos diputados el 20% de representación exigida, por lo que estaría plenamente legitimado para proponer la reforma constitucional.

Respecto a la situación en que queda el trámite de reforma durante un estado de sitio, existen varios detalles a tener en cuenta. En primer lugar, el artículo 169 CE prohíbe expresamente la iniciación de un proceso de reforma constitucional mientras España se encuentre en tiempo de guerra o mientras esté vigente alguno de los estados previstos en el artículo 116 CE (estado de alarma, de excepción o de sitio). En nuestro supuesto, el Congreso de los Diputados ha declarado el estado de sitio una semana después de iniciarse el proceso de reforma, por lo que una interpretación literal de la CE no impide que este prosiga su tramitación parlamentaria, puesto que el artículo 169 CE acota la prohibición únicamente a la iniciación, no a la continuación de una reforma en fase parlamentaria.

No obstante, es posible detectar una contradicción entre el procedimiento reglado por el artículo 168 CE y las condiciones de desarrollo de un estado de sitio en términos institucionales. El artículo 116.5 CE niega la posibilidad de disolver el Congreso durante cualquiera de los estados que regula, por lo que excluye la posibilidad de disolución durante el estado de sitio de nuestro supuesto, ya que el funcionamiento del Congreso no puede interrumpirse durante su vigencia. Sin embargo, el procedimiento agravado de reforma exige que las Cortes sean disueltas y se convoquen elecciones para que las nuevas cámaras ratifiquen la aprobación de las precedentes. Es decir, el artículo 169 CE no impediría que el proceso de reforma siguiera su tramitación, pero nos encontraríamos ante una antinomia constitucional relativa a la disolución del Congreso durante un estado de sitio como exigencia del procedimien-

to agravado de reforma. Dado que el sistema constitucional español no ha afrontado una situación similar hasta el momento, no existe un precedente resolutivo de la antinomia ni jurisprudencia al respecto. De igual forma, es el mismo órgano, el Congreso, el que declara el estado de sitio y controla el procedimiento de la reforma, por lo que podría paralizarlo hasta que decayera la vigencia del estado de sitio. Sin embargo, en el hipotético caso de darse esta problemática, la solución más probable sería su reconducción a la jurisdicción constitucional. Incluso sería posible paralizar el procedimiento de la reforma e impedir la disolución: sería factible que un diputado plantease un recurso de amparo ante el TC, alegando que la disolución de las Cortes durante el estado de sitio afecta directamente al ejercicio de sus funciones parlamentarias (*ius in officium*), amparado por el derecho fundamental del artículo 23.2 CE. De este modo, con base en el artículo 56.3 LOTC, el TC podría adoptar como medida cautelar la paralización del procedimiento legislativo y de la disolución.

En lo que concierne a las consecuencias de la ausencia de referéndum para la validez de la reforma, el artículo 168 prescribe la necesidad de que se celebre dicho referéndum como condición para la ratificación de la reforma, por lo que esta no sería válida sin su celebración. Cuestión aparte es la posibilidad de control sobre la ausencia de este presupuesto de validez. El único control jurídico apropiado al caso sería su sometimiento a la jurisdicción constitucional. Sin embargo, la interpretación sistémica de los artículos 2, 10 y 27 de la LOTC indica que no existe desarrollo legal en la misma que habilite el control constitucional ni del objeto ni del procedimiento de reforma. Precisamente, la única ocasión en que el TC se ha pronunciado sobre el control de reforma constitucional fue en el ATC 9/2012, al resolver un recurso de amparo promovido por dos diputados ante la supuesta vulneración de su derecho al ejercicio de la función parlamentaria, reconocido en el artículo 23.2 CE. En otros términos, se utilizó el recurso de amparo con una finalidad alternativa a aquella para la que fue diseñado, como herramienta para controlar la validez de una reforma constitucional. Entendemos que esa sería una vía plausible para controlar la ausencia de referéndum y la ratificación directa de la reforma por las Cortes.

**PARTE DOGMÁTICA
DE LA CONSTITUCIÓN**

11. Derecho de asociación y libertad religiosa. Ponderación

Inés Del Valle Sevilla

Investigadora en Derecho Penal

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

La autoproclamada “Hermandad del Último Día” es una congregación de personas que profesan la fe cristiana-católica, creada en el año 2008 y cuyo cometido principal residía en la creación de un grupo de oración e interpretación de la Biblia para poder retornar a lo que denomina “las raíces del cristianismo y de la moral auténtica”. En los siguientes años, la congregación creció y, en cierto momento, se procedió a la solicitud de su inscripción en el Registro de Asociaciones, lo cual les permitió, al adquirir personalidad jurídica, poder solicitar subvenciones otorgadas por el Ayuntamiento de Albacete, de forma que pudieron hacer frente al alquiler de un local para poder desarrollar su actividad.

Así, y siguiendo el procedimiento establecido por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, se procedió a formalizar su inscripción en el Registro de Asociaciones de Castilla-La Mancha. Entre otros documentos, aportaron los Estatutos de la Hermandad, cuyo fin principal, según afirma el artículo 5 de los mismos, es “realizar un estudio conjunto y reinterpretación de los textos bíblicos”. Asimismo, constan como fines de la recién constituida asociación la divulgación de los dogmas cristianos y la organización de jornadas de estudio de la Biblia abiertas a la población en general. Con todo ello, la autoridad competente procedió a validar estos Estatutos, apreciando que los fines que persiguen son lícitos, y mediante Resolución de 3 de marzo de 2013 se procedió a la inscripción de la misma, dotándola de personalidad jurídica y asignándole el NIF G990008897.

Si bien esta situación pudiera parecer, a priori, carente de problemática jurídica, han de tenerse en cuenta las actuaciones que ciertas personas, identificadas como miembros de la mencionada Hermandad, han desarrollado en los últimos tiempos; y es que, con fecha 20 de noviembre de 2022, seis jóvenes integrantes de la asociación fueron detenidos tras haber irrumpido en mitad del rezo en una Sinagoga gritando consignas tales como “asesinos de Cristo” y “el Altísimo os juzgará por lo que hicisteis”, así como ciertas expresiones negacionistas del Holocausto.

Asimismo, es preciso destacar que, en el marco de los interrogatorios a los jóvenes detenidos, dos de ellos han reconocido que en el seno de la mencionada asociación se procede al ensalzamiento del régimen nazi y que tanto el Presidente de la misma como varios de los miembros de la Junta Directiva proceden a la compra y distribución entre sus miembros de diferentes obras de corte nacionalsocialista y negacionistas del Holocausto de manera habitual. Afirman, además, que en una de las reuniones periódicas que se realizan con motivo del estudio de la Biblia se efectuó, entre afirmaciones de ensalzamiento del genocidio judío, de la superioridad de la población aria-cristiana y de menosprecio por las personas que profesan la fe judía, una instigación a los miembros más jóvenes de la asociación para molestar o impedir el rezo en la Sinagoga que fue posteriormente atacada.

Como es de esperar, se ha iniciado un proceso judicial contra las personas que han llevado a cabo los actos delictivos más recientes, destacando la imputación de los jóvenes por un delito contra los sentimientos religiosos del art. 524 CP. Asimismo, se ha procedido a la imputación de los miembros de la Junta Directiva por los delitos de asociación ilícita del art. 515 CP, así como de un delito de odio del art. 510 CP.

Cuestiones:

1. ¿Qué requisitos deben cumplirse para la declaración de asociación ilícita de la “Hermandad del Último Día”? ¿Se puede esperar la declaración de asociación ilícita teniendo en cuenta que los delitos han sido materialmente cometidos por un número limitado de sus miembros?
2. Teniendo en cuenta la actuación de los jóvenes que irrumpieron en la Sinagoga, ¿puede afirmarse que estaban en ejercicio de su libertad de expresión? O, por el contrario, ¿sus acciones han producido un daño a la libertad religiosa de los fieles judíos y es constitutiva del delito mencionado anteriormente?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

La “Hermandad del Último Día” es una asociación legalmente constituida. Algunos de sus miembros irrumpieron en mitad del rezo en una Sinagoga impidiendo el libre ejercicio de la libertad religiosa de los ciudadanos allí presentes. En el curso de las investigaciones ante este acontecimiento se descubrió que en el seno de la “Hermandad” se estaban compartiendo consignas nazis y se incitaba a los miembros más jóvenes de la asociación a molestar o impedir el rezo en la Sinagoga en la que se produjeron los incidentes.

B. Problemas constitucionales

El presente caso versa sobre los límites constitucionales al derecho de asociación. Además, se está ante una confrontación entre dicho derecho y el de libertad religiosa, para cuya resolución debe ponderarse.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 16, 20 y 22 de la Constitución Española.

Artículo 12 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Preámbulo y artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

Artículos 515 y 524 del Código Penal.

Artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

Artículo 2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

Jurisprudencia

Sentencia de 25 de octubre de 2018, asunto *E.S. c. Austria*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sentencia 177/2015, de 22 de julio, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 192/2020, de 17 de diciembre, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 234/2001, de 3 de mayo, del Tribunal Supremo.

Sentencia 415/2005, de 23 de marzo, del Tribunal Supremo.

Sentencia 50/2007, de 19 de enero, del Tribunal Supremo.

Sentencia 143/2011, de 6 abril, de la Audiencia Provincial de Alicante.

D. Solución

Cuestión 1: El derecho de asociación, recogido en el art. 22 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), se constituye como un elemento esencial para la participación de los ciudadanos, puesto que permite la unión de varias personas con carácter estable para poder conseguir un fin común. En palabras del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (en adelante LODA), las asociaciones “permiten a los individuos reconocerse en sus convicciones, perseguir activamente sus ideales, cumplir tareas útiles, encontrar su puesto en la sociedad, hacerse oír, ejercer alguna influencia y provocar cambios”.

Se trata, esta libertad de asociación, de un derecho recogido por numerosos instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales, como son, entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 20) o, en el ámbito europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) (art. 11) y, en el seno de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 12).

Se ha configurado el derecho de asociación como inherente a todas las personas; no distingue entre ciudadanos españoles y extranjeros (art. 2.1 LODA). Asimismo, el art. 22 CE y su desarrollo a nivel legislativo nacional y autonómico ampara tanto la dimensión positiva del derecho, esto es, la libertad de poder crear asociaciones o de integrarse en una ya existente, como la dimensión negativa, y con ello, tanto el dejar de pertenecer a las asociaciones como la libertad de no asociarse.

Con todo, es preciso destacar que este derecho fundamental presenta unos límites definidos expresamente por la propia Constitución. Así, se establece en el apartado 2º del art. 22 CE que “las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos son ilegales”. Esta restricción viene recogida, de igual manera, por el art. 11.2 CEDH, el cual afirma que “no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos”.

En Código Penal ha establecido, de manera clara, en su art. 515, el desarrollo de mencionada limitación, definiendo como asociaciones ilícitas:

1º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.

2º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

3º Las organizaciones de carácter paramilitar.

4º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, situación familiar, enfermedad o discapacidad.

En este sentido, es preciso referirse a la configuración que ha venido realizando el Tribunal Supremo (en adelante TS) de los elementos que han de concurrir para la declaración de ilicitud de una asociación (SSTS 234/2001, de 3 de mayo, y 415/2005, de 23 de marzo, sintetizadas pedagógicamente por la SAP Alicante 143/2011, de 6 abril):

- Una pluralidad de personas que se unan para llevar a cabo una determinada actividad.
- Una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista.
- La consistencia o permanencia, de modo que el acuerdo asociativo sea duradero y no puramente transitorio.
- Que el fin de la asociación responda a alguno de los objetos contemplados en el art. 515 del Código Penal.

En este punto es preciso preguntarse si la “Hermandad del Último Día”, como nexo de unión entre los autores del presunto delito contra los sentimientos religiosos del art. 524, podría ser declarada como ilícita por ser el fin auténtico que persigue (no el estatutario, el cual fue validado por la Administración y describía actividades completamente lícitas) promover el odio y la violencia contra la comunidad judía, o, por el contrario, y aun teniendo en cuenta el tipo de afirmaciones que se vierten en las reuniones con sus miembros, se está ante actuaciones realizadas por ciertos miembros de la misma pero que no son suficientes como para determinar los fines ilícitos de la asociación.

Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Supremo, afirmando que, para apreciar la existencia de un fin ilícito en la asociación, ha de existir un concierto de voluntades en el seno de la asociación, así como una jerarquización manifiesta de funciones. En palabras del Alto Tribunal, la finalidad ilícita “ha de ser la querida y pretendida por la propia asociación, no por el propósito individual de alguno de sus miembros, finalidad que no sólo ha de estar claramente establecida, sino que además supone que la organización asociativa venga estructurada para la consecución de los fines por ella previstos” (STS 50/2007, de 19 de enero).

En el presente caso, y como se desprende de las declaraciones de dos miembros de la Hermandad, sí parece existir por parte de la asociación una intención de fomentar el odio hacia la comunidad judía y de impedir el libre desarrollo de su espiritualidad, pudiendo apreciarse, además, una instigación por parte de algunos de los miembros más relevantes de la asociación que culminan en una serie de ilícitos cometidos por otros integrantes de la misma.

Con todo lo expuesto, de demostrarse estos hechos, podría afirmarse que se reúnen los requisitos para la declaración de ilicitud de la “Hermandad del Último Día”, enmarcándose esta acción en lo previsto por el apartado 4º del art. 515 CP.

Cuestión 2: La segunda pregunta que se plantea en este caso versa sobre la colisión entre dos derechos fundamentales, como son la libertad de expresión y la libertad religiosa. Por ello, es preciso realizar una ponderación para determinar cuál ha de prevalecer, partiendo, para ello, del esbozo del contenido de cada uno de estos derechos fundamentales.

De un lado, y respecto a la libertad de expresión, se recoge en el art. 20 CE como el derecho a “expresar y difundir libremente los pensamientos,

ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”. Se trata éste de un derecho que es esencial para fomentar en la sociedad el pluralismo político y cuya especial protección ha sido reconocida de manera reiterada por la doctrina constitucional, quedando amparado su ejercicio incluso en forma de expresión que puedan no ser inocuas y generar especial malestar entre la población general o en sectores sociales concretos (STC 177/2015, de 22 de julio).

De otro lado, la libertad religiosa es consagrada por el art. 16 CE y su contenido queda definido de manera precisa en el art. 2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, abarcando tanto el derecho de profesar las creencias elegidas libremente como el no profesar ninguna, la práctica de actos de culto propios de la confesión religiosa a la que se pertenece, así como, entre otras conductas, la manifestación pública con fines religiosos. Es preciso destacar, además, que la libertad religiosa presenta tanto una dimensión individual o interna como otra colectiva o externa, debiendo los poderes públicos garantizar el libre ejercicio de las mismas.

Al haberse producido un conflicto entre los mencionados derechos fundamentales es preciso, ateniéndose a las circunstancias del caso concreto, realizar una ponderación a través del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que consta de tres condiciones:

- En primer lugar, se debe atender al grado de satisfacción de los principios que están en conflicto y al grado de no satisfacción del principio que se ve limitado. En el caso que se está analizando, se trataría de dilucidar si, por ejemplo, en caso de determinarse la prevalencia de la libertad religiosa de la congregación judía (y con ello su plena satisfacción) sería considerada, respecto a la limitación de la libertad de expresión de los acusados, como una solución proporcionada.

- Posteriormente, es preciso determinar el peso en abstracto de cada uno de los derechos. En este caso, habida cuenta de la jurisprudencia constitucional referida, ambos se configuran como derechos fundamentales extremadamente relevantes para el desarrollo de una sociedad democrática, en tanto se ligan a la libertad de comunicación, y podría considerarse que ambos disfrutan de un peso en abstracto similar.

- En ese mismo punto, ha de tenerse en cuenta la seguridad de las apreciaciones empíricas (o de hecho) relativas al grado de satisfacción de los derechos, esto es, la implicación real que puede tener la limitación de un derecho respecto a la prevalencia del otro. Si se demostrasen los hechos descritos en el caso en sede judicial, esta última circunstancia se materializaría en que, si prevaleciese la libertad de expresión de los acusados, se podría estar permitiendo una limitación prácticamente total, análoga a una suspensión, del libre ejercicio de la libertad religiosa de los fieles de la congregación judía, teniendo en cuenta que se estaría avalando una irrupción en su lugar de culto durante el rito del rezo. En el caso contrario, la limitación de la libertad de expresión de los acusados no sería tan intensa ni absoluta, pues se estarían modulando ciertas condiciones de su ejercicio, como el lugar y el momento en el que se profieren las consignas, y con ello se conseguiría salvaguardar el pleno y libre ejercicio de la libertad religiosa de los miembros de la comunidad judía.

Interesa en este punto referirse a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), que ha tenido que elaborar juicios extremadamente exhaustivos sobre el alcance de la libertad de expresión para la ponderación de ambos derechos. Así, en la Sentencia de 25 de octubre de 2018 (*asunto E. S. c. Austria*), recuerda el TEDH que el ejercicio de la libertad de expresión no es ilimitado, y, en los términos del art. 10 CEDH, trae consigo una serie de deberes y responsabilidades, entre los que se encuentra la obligación de proteger derechos fundamentales ajenos, como es el disfrute pacífico de las creencias religiosas propias de cada individuo.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 192/2020, de 17 de diciembre, afirma que si bien el intercambio de ideas y la crítica respecto a las creencias religiosas es algo lícito y amparado por la protección que se brinda a la libertad de expresión, en el momento en el que se está desarrollando por parte de un grupo de fieles un acto de culto, el lugar de culto se convierte en un punto de reunión dedicado a ello, donde “no existe ningún punto de conexión que permita considerar que la ceremonia esté abierta a un intercambio de ideas que reflejen una protesta ejercida por terceros”. Se trata, por tanto, y conforme a la mencionada resolución, de un acto religioso íntimamente relacionado con la dimensión externa (o colectiva) del derecho a la libertad religiosa, por lo que los fieles ostentan un derecho a no ser perturbados mientras se desarrolla el mismo y el Estado se encuentra obligado a garantizar este extremo.

Trasladando esta doctrina al caso planteado, se puede apreciar cómo, al irrumpir en medio de un rezo en la Sinagoga y proferir las consignas descritas, los miembros de la “Hermandad del Último Día” realizaron un acto extremadamente dañino para los fieles de la congregación judía. Las expresiones que profirieron no se encontraban amparadas dentro de ese margen de crítica, incluso extrema, que se puede ver avalado por el amplio alcance de la libertad de expresión. No se podía, en modo alguno, fomentar un debate o una crítica que pudiera contribuir a la pluralidad ideológica y democrática, sino que la actuación de los seis jóvenes investigados tenía por objeto impedir el libre ejercicio de otro derecho fundamental. Por ello, se puede afirmar que sería la libertad religiosa la que prevalecería en el juicio de ponderación entre ambos derechos; y podría incluso haber una condena por un delito contra los sentimientos religiosos del art. 524 CP.

12. Suspensión individual de los derechos fundamentales: detención legal y *Habeas Corpus*

Carlos Marco Marco Atienza
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

Con fecha de 31 de enero, a las 8:00 horas de la mañana, contacta de modo urgente la Sra. Martínez con usted, Letrado, a fin de tratar de localizar a su pareja sentimental, el Sr. Pérez, que se encuentra en paradero desconocido aproximadamente desde las 19:00 horas del día 29 de enero, si bien sospecha que puede haber sido detenido por las Fuerzas de Seguridad del Estado.

A fin de conocer todos los antecedentes, la Sra. Martínez nos expone que hace una semana el Sr. Pérez estaba con varias personas que ella no conoce y que todas forman parte de una asociación vinculada a un famoso club de fútbol, dirigiéndose todos ellos hacia el estadio de fútbol. Según manifiesta la Sra. Martínez, a la salida del partido de fútbol, hubo un incidente entre varios asistentes de los dos equipos contrarios, tras lo cual, el Sr. Gutiérrez, aficionado del equipo contrario al del Sr. Pérez, resultó herido muy grave, falleciendo el día 29 de enero por la mañana. La Sra. Martínez tiene la sospecha de que el Sr. Pérez ha sido detenido por esos motivos. Nos indica que ha llamado en varias ocasiones a la Comisaría de la Policía Nacional pero que no le han confirmado que esté detenido en sus dependencias.

Inmediatamente, usted, Letrado se persona en la Comisaría de la Policía Nacional para interesarse sobre la posible detención del Sr. Pérez, a lo que un agente con el que tiene amistad le informa que ha sido detenido a las 19:00 horas del día 29 de enero y que se va a considerar la muerte del Sr. Gutiérrez como un hecho ilícito cometido por banda armada, a los oportunos efectos de la ampliación del plazo de detención hasta que puedan ser detenidos otros sospechosos integrantes del mismo grupo.

Cuestiones:

1. ¿Está justificado que el plazo de detención se amplíe de las 72 horas máximas establecidas en el artículo 17, apartado 2º, de la Constitución española?
2. En el caso de que la detención durase más de 72 horas y no estuviera amparada dicha detención en el plazo máximo establecido en el artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ¿estaríamos ante una detención ilegal?
3. En caso afirmativo, ¿dicha privación ilegítima podría motivar que se iniciase un procedimiento de *Habeas Corpus* a fin de poner de modo inmediato al Sr. Pérez ante la autoridad judicial?

I. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En este caso práctico se va a estudiar el derecho fundamental a la libertad ambulatoria, previsto en el artículo 17 de la Constitución (en adelante, CE), el plazo máximo de detención ordinaria y su ampliación extraordinaria por motivos especialmente tasados en el artículo 55.2 CE.

B. Problemas constitucionales

El problema constitucional que surge es cuándo nos encontramos ante los supuestos planteados en el artículo 55.2 CE que permiten la ampliación del tiempo máximo de detención y, en caso de que estemos ante una violación del mismo, su mecanismo de protección.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 17 y 55 de la Constitución.

Artículo 570 bis del Código Penal.

Artículos 384 bis, 520 bis del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *Habeas Corpus*.

D. Solución

En este supuesto, el derecho fundamental que se ve limitado es el derecho a la libertad ambulatoria, previsto en el art. 17 CE. Este art. 17, apartado 2º, expone que, *“la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”*, es decir, señala un plazo máximo de detención ordinario de 72 horas. Este plazo *máximo* tiene una excepción constitucional y es que, en los casos en los que estemos investigando personas determinadas vinculadas a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, podremos suspender, previo desarrollo por ley orgánica y con autorización judicial, el plazo comprendido en el art. 17.2 CE, ampliando dicho plazo *máximo* de detención (art. 55.2 CE). Este supuesto ha sido regulado en el art. 520 bis LECrim, el cual señala que el plazo máximo para la disposición ante la autoridad judicial o puesta en libertad del detenido es de 72 horas (art. 17.2 CE), pero puede ampliarse en otras 48 horas más con autorización judicial, llegando la privación de libertad hasta un máximo de 120 horas.

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD

Hemos de partir del reconocimiento del derecho fundamental de toda persona a la libertad ambulatoria, previsto en el art. 17 CE. Mediante este precepto se garantiza el derecho de todas las personas a la libertad y a la seguridad y que solamente la persona puede ser privado de la misma *“con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”* (apartado 1º), que la detención preventiva, que no provisional, *“no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”* y, en su apartado cuarto, el poder constituyente manda al legislador ordinario la regulación mediante ley del procedimiento de *Habeas Corpus*, *“para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente”*.

La Constitución establece de modo claro y expreso una reserva de ley, es decir, únicamente se podrá privar a una persona de su libertad cuando se

proceda a su detención preventiva o provisional⁹, y de acuerdo a la Ley, por lo que tendremos que acudir a las normas emanadas del Parlamento¹⁰ que regulan estas materias para poder valorar si, en el supuesto que nos encontramos estamos ante una detención legal o ilegal.

El art. 17.2 CE prevé que cuando se ha producido una detención provisional se establecen de modo expreso dos límites temporales para que el detenido se ponga en libertad, es decir, se le restituya su derecho o, por el contrario, se ponga ante disposición judicial. El límite temporal expreso viene fijado, “*en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas*”, por lo que nos encontramos ante un plazo fijo que, en principio, no puede ser superado. Sin embargo, en la primera parte del apartado viene otro límite temporal más difuso, y este es “*el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos*”, por lo que, si las averiguaciones para aclarar el presunto hecho penal concluyesen antes, se ha de poner al detenido ante disposición judicial ya que, de no hacerse, estaremos ante una vulneración del derecho a la libertad personal¹¹.

-
- 9 Si bien estas son las dos únicas formas de privación de libertad que expresamente se enumeran en el artículo 17 de la Constitución, no son las únicas, ya que el ordenamiento jurídico español prevé otras como los internamientos forzados o involuntarios autorizados al amparo de la legislación sanitaria o de extranjería, la conducción a dependencias policiales para un control de alcoholemia (STC 22/1988, de 18 de febrero) o la retención para verificar la identidad de una persona (art. 16.2 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana), protección civil, entre otros o, incluso, cuando concurra la declaración de los estados excepcionales que se prevén en el artículo 116 de la Constitución: los de Excepción y Sitio y con los límites establecidos en el artículo 55.1 de la Norma Suprema.
- 10 Esta reserva de Ley se constituye como una garantía, ya que únicamente serán los representantes del pueblo, es decir, el legislador democráticamente elegido, el poder que puede establecer los casos en los que procederá la privación de libertad, limitándose de modo expreso al gobierno esta posibilidad.
- 11 En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 86/1996, de 21 de mayo, en su FJ 8º, al establecer que la vulneración del tiempo máximo de detención no sólo se produce cuando transcurren más de setenta y dos horas de la detención, sino “*desde el mismo momento en que las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos fueron finalizadas, y no constando la existencia de otras circunstancias, la detención policial del actor quedó privada de fundamento constitucional. En este instante, que nunca puede producirse después del transcurso de setenta y dos horas, pero sí antes, la policía tenía que haberlo puesto en libertad, o bien haberse dirigido al Juez competente [...]. Al no actuar así, poniéndolo inmediatamente en libertad o a disposición judicial, y mantener su situación de detención más allá del tiempo estrictamente necesario, el derecho fundamental a la libertad personal del actor fue vulnerado*”. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 224/1998, de 24 de noviembre, en el que estableció que la detención había de considerarse ilegal pues, si bien no había superado el plazo máximo de 72 horas, el tiempo de privación de libertad fue superior al tiempo necesario para el esclarecimiento de los hechos.

Ahora bien, el límite temporal “*máximo*” de las setenta y dos horas tiene una excepción prevista constitucionalmente, y es en los supuestos que la investigación verse sobre una banda armada o elementos terroristas. En estos casos se podrá suspender el plazo máximo establecido en el artículo 17.2 CE, si bien siempre que se prevea mediante una ley orgánica y “*con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario*”. No cabe duda de que el control más importante se hace en estos supuestos por los integrantes del poder Judicial, los Jueces y Magistrados ya que, como veremos, se hace necesaria la autorización judicial para proceder a la ampliación del plazo de detención así como la incomunicación del detenido, por lo que estaremos ante un “control judicial *ad hoc*”. Por medio de la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se añadió el artículo 520 bis a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en virtud del cual, el plazo máximo de detención de setenta y dos horas podrá ser ampliado otras cuarenta y ocho horas siempre que estemos ante una investigación de un grupo armado, banda terrorista o rebeldes, y se le haya solicitado autorización al Juez en las primeras cuarenta y ocho horas.

En tercer lugar, en aquellos casos en los que nos encontremos ante una detención ilegal, podremos iniciar un procedimiento ordinario de protección del Derecho Fundamental a la libertad ambulatoria, como es el procedimiento de *Habeas Corpus* (art. 17.4 CE), el cual garantiza la puesta inmediata de todo detenido ante la autoridad judicial.

2. SOBRE LA AMPLIACIÓN DEL PERIODO DE DETENCIÓN

Aunque ya se ha adelantado en el punto anterior, si bien la Constitución establece un periodo máximo de detención de setenta y dos horas, este límite puede ser ampliado mediante Ley Orgánica únicamente para los casos en los que la investigación penal verse sobre elementos terroristas o bandas armadas. En este sentido, el artículo 520 bis de la LECrim establece que, “*toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis [delitos vinculados a bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes] será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, [...] sea autorizada por el Juez [...]*”. Es decir, se establece una autorización previa judicial, por lo que la decisión de la ampliación del periodo de detención no puede ser acordada por los Cuerpos y

Fuerzas de Seguridad que custodien al detenido. Esto supone un importante límite, ya que ha de ser un miembro del poder judicial el que autorice (o no) la ampliación del plazo máximo constitucionalmente previsto, según dispone el artículo 55.2 CE. En cualquier caso, la autorización (o no) del aumento del tiempo de detención no podrá superar las setenta y dos horas originales, es decir, la petición ha de hacerse dentro de las 48 primeras horas y el Juez tendrá que resolver en el máximo de 24 horas, por lo que en el caso de que la misma no sea autorizada, no superará en ningún caso el plazo del artículo 17.2 CE (72 horas)¹².

Una vez previsto esta ampliación extraordinaria, cabe preguntarnos: ¿estamos ante un supuesto donde la ampliación del plazo de detención pueda acordarse, así como que se acuerde la incomunicación del detenido? Es decir, ¿estamos ante un supuesto donde el delito ha sido cometido por “*bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes*”¹³?

Esta no es una cuestión sencilla, si bien es una cuestión central, pues de entender que no nos encontramos ante este supuesto, la detención será legal hasta el máximo de setenta y dos horas, esto es, el día 1 de febrero hasta las 19:00 horas (recordemos que la detención fue el 29 de enero a las 19:00), por lo que toda detención que supere “*el tiempo mínimo imprescindible*” y, en cualquier caso, las 72 horas, habrá devenido en inconstitucional, por lo que no tendrá amparo legal, aunque su origen fuera legítimo. Por el contrario, en el caso en el que consideremos que la pregunta tiene una respuesta afirmativa, estaremos ante una detención legal que podrá ampliarse al plazo máximo de 120 horas (setenta y dos horas *ordinarias* vía art. 17.2 CE y otras 48 horas *excepcionales* del artículo 520 bis LECrim), siempre que medie autorización judicial y, en el mismo sentido, se podrá haber acordado, con autorización judicial, la incomunicación del detenido.

Para poder responder a la pregunta anterior y poder valorar la legalidad o ilegalidad de la detención, se ha de definir qué podemos entender por “*bandas armadas o elementos terroristas*”. En primer lugar, se ha de exponer que estamos

12 DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo (2011): *Habeas corpus frente a detenciones ilegales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, p. 118, manifiesta que “*con todo, la prórroga de 48 horas es, en realidad, una actuación jurisdiccional, debidamente motivada antes de finalizar las 72 horas de detención preventiva policial. Por tanto, no puede considerarse, en puridad, una detención gubernativa, sino judicial, pues la decisión corresponde al Juez, quien, a fin de cuentas, ha tenido «formalmente» a su disposición al detenido cuando valoró la procedencia de que se le trajera a su presencia o continuase bajo custodia y a disposición policial a efectos de las indagaciones*”.

13 El artículo 520 bis, primer apartado de la LECrim. remite a los delitos a los que se refiere el artículo 384 bis, es decir, a todos aquellos “*delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, [...]*”.

ante un concepto indeterminado, del que la LECrim no da una definición de cuándo hemos de entender que concurre, pero podemos definirlo por analogía atendiendo a los preceptos del Código Penal. Así, los artículos 570 bis y 573 del Código Penal definen cuándo estaremos ante una organización o grupo criminal y ante un grupo terrorista, respectivamente.

En primer lugar, consideramos que existen pocas dudas de que no nos encontramos ante un grupo terrorista, ya que el fin del mismo tiene que ser la comisión de un conjunto de delitos, entre otros, contra la vida, siempre que el fin sea subvertir el orden constitucional o suprimir o “*desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo*”, alterar gravemente la paz pública, desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional o “*provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella*”¹⁴. Es claro y manifiesto que la finalidad de un grupo de aficionados al fútbol, en principio, no se acoge a la actividad que busca un grupo terrorista.

Respecto a si estamos ante un grupo criminal o banda armada, que puede suponer alguna duda más, el Código Penal establece en su artículo 570 bis que “*se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos*”. Al igual que en el caso del grupo terrorista, entendemos que el fin no es comparable, por lo que la muerte del Sr. Gutiérrez ha de ser considerado como un “*delito común*” y no como un delito cometido por banda armada o grupo terrorista¹⁵.

14 Artículo 573.1, subapartados 1º a 4º del Código Penal.

15 El Tribunal Constitucional ha fallado en su Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre, que “*el concepto de «bandas armadas» ha de ser interpretado así restrictivamente y en conexión, en su transcendencia y alcance, con el de «elementos terroristas» mencionado en el precepto constitucional. En esta misma línea la jurisprudencia penal también ha definido de forma restrictiva el tipo delictivo contemplado en el art. 7 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, haciendo referencia no sólo a la nota de permanencia y estabilidad del grupo, y a su carácter armado (con armas de defensa o de guerra, y también con sustancias o aparatos explosivos), sino también a su entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana, que suponga así también un ataque al conjunto de la sociedad democrática. Cualquier otra interpretación más amplia de la expresión bandas armadas, que permitiera la aplicación de la Ley Orgánica 9/1984 y singularmente de los preceptos de su Capítulo Tercero a personas o grupos que actuar con armas, sin provoca el terror en la sociedad ni pretender alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho y sin ponerlo objetivamente en peligro, carecería de la cobertura constitucional del art. 55.2*”. Si bien la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y

De la respuesta negativa a si estamos ante una detención donde se investiga una actividad terrorista o de bandas armadas, hemos de concluir que el Sr. Pérez se encuentra en una situación de detención ilegal de ampliarse el periodo de detención tal y como ha informado la Policía Nacional, de las 72 horas¹⁶, es decir, no ponerlo en libertad o ante el Juez antes de las 19:00 horas del día 1 de febrero, estaremos ante un motivo para declarar la ilegalidad de la detención, con lo que queda justificado que estudiemos los mecanismos de los que dispone toda persona detenida de modo ilegal para impugnar la misma y, en su caso, valoraremos las consecuencias que ello tendrá.

3. EL MECANISMO ORDINARIO PARA IMPUGNAR LA DETENCIÓN ILEGAL: EL PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS

Así las cosas, ya se ha valorado la posibilidad de que el Sr. Pérez se encuentre ante una situación de detención ilegal de serle ampliado el plazo de detención ordinario de las 72 horas.

Tal y como se ha expuesto con anterioridad, la Constitución, en su artículo 17.4, establece la obligación de que por el poder legislativo se regule la institución del “*Habeas corpus*”. Este instrumento, tal y como ya hemos estudiado, es un mecanismo “*ordinario*”, rápido y “*sencillo*”¹⁷ de protección del

de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución fue derogada por la Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal, y esta a su vez por el nuevo Código Penal de 1995, el Tribunal Constitucional declaró que para que podamos proceder a una suspensión de los derechos individuales vía artículo 55.2 CE es que la actuación del grupo terrorista o banda armada busque provocar el terror en la sociedad o alterar el orden democrático y constitucional, por lo que caben pocas dudas de que no procede la aplicación de esta normativa excepcional en el supuesto que analizamos.

16 Hemos de recordar el artículo 17.2 CE establece dos plazos máximos de detención, el primero es el tiempo mínimo imprescindible para la investigación de los hechos delictivos y el segundo es el plazo máximo de setenta y dos horas. Estaremos ante una detención ilegal no sólo cuando superemos las 72 horas ordinarias sin poner al detenido en libertad o pasarlo a disposición judicial sino también “*desde el mismo momento en que las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos fueron finalizadas*” (STC 86/1996, de 21 de mayo) y no se ha puesto en libertad o ante el Juez a la persona privada de libertad.

17 Así se establece en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica. El legislador ha establecido un mecanismo o recurso antiformalista y sencillo, a fin de facilitar a los ciudadanos su conocimiento y ejercicio, llegado el caso. Por este motivo, a pesar de ser un procedimiento judicial, no es necesaria la intervención de Letrado ni de Procurador (art. 4 LOHC).

derecho fundamental a la libertad individual¹⁸, que ha sido regulado por la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus», en adelante LOHC.

La LOHC expone en su artículo 1º que podremos iniciar este proceso cuando nos encontremos ante una persona detenida ilegalmente, considerándose como tal: “*las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida*”¹⁹ y “*las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las leyes, si transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención*”²⁰.

El procedimiento se iniciará por medio de escrito o comparecencia dirigida al Juez de Instrucción del lugar donde se encuentre privado de libertad²¹, justificando las causas por las que se puede declarar la detención ilegal, y puede solicitar el mecanismo el Sr. Pérez, como privado de libertad, la Sra. Martínez como persona unida por análoga relación de afectividad al cónyuge, así como los ascendientes, descendientes y hermanos (art. 3, letra a) de la LOHC), el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo (letras b) y c) respectivamente del mismo artículo) o el propio Juez de Instrucción de oficio. También está legitimado el Letrado del privado de libertad (o el Procurador que lo represente en su caso) aunque no está previsto de modo expreso, ya que el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 61/2003, de 24 de marzo, 37/2008, de 25 de febrero, 84/2009, de 30 de marzo, entre otras, ha venido a reconocer la legitimación de los Letrados, tanto si actúan de oficio como en calidad de abogados particulares.

Respecto al procedimiento de tramitación, el funcionario o autoridad gubernativa que haya tenido conocimiento del inicio del procedimiento tiene la obligación de poner en conocimiento del Juez de Instrucción de modo inmediato dicha solicitud. El Juez ha de valorar si se reúnen todos los requisitos para su tramitación y dará traslado al Ministerio Fiscal, acordando por

18 En palabras del legislador ordinario, y así se ha justificado en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica, “*el «Habeas Corpus» ha demostrado históricamente su funcionalidad para proteger la libertad de los ciudadanos. De ahí que la Constitución, en el núm. 4 art. 17, recoja esta institución y obligue al legislador a regularla, completando, de esta forma, el complejo y acabado sistema de protección de la libertad personal diseñado por nuestra norma fundamental*”.

19 Letra d) del artículo 1 de la LOHC.

20 Letra c) del artículo 1 de la LOHC.

21 En el caso de que estemos ante una detención por banda terrorista, será competente en Juez Central de Instrucción (art. 2 LOHC), si bien ya se ha dejado claro que no estamos ante esta situación.

auto la apertura del procedimiento o denegándolo si la misma fuera improcedente (art. 6 LOHC).

De admitirse a trámite el mismo, el Juez requerirá a la autoridad que custodie al Sr. Pérez para que la ponga de manifiesto ante él, de modo inmediato. En esta comparecencia se oirá al detenido y a su Letrado, si lo hubiere, al Ministerio Fiscal y a los funcionarios que hayan procedido a la detención y “*en todo caso, a aquella bajo cuya custodia se encontrase la persona privada de libertad*”²², a fin de que justifiquen, en su caso, la legalidad de la detención.

Toda la prueba admitida se practicará de modo inmediato y en el plazo máximo de 24 horas se dictará Auto resolviendo el procedimiento. En dicho Auto, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Orgánica, el Juez tendrá que adoptar alguna de las siguientes resoluciones:

“1. *Si estima que no se da ninguna de las circunstancias a que se refiere el artículo primero de esta ley, acordará el archivo de las actuaciones, declarando ser conforme a Derecho la privación de libertad y las circunstancias en que se está realizando.*

2. *Si estima que concurren alguna de las circunstancias del artículo primero de esta ley, se acordará en el acto alguna de las siguientes medidas:*

a) *La puesta en libertad del privado de ésta, si lo fue ilegalmente.*

b) *Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero, si lo considerase necesario, en establecimiento distinto, o bajo la custodia de personas distintas a las que hasta entonces la detentaban.*

c) *Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición judicial, si ya hubiese transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención”.*

En este caso y en el supuesto de que se otorgase el amparo solicitado, el Juez tendrá que adoptar o la libertad inmediata, cuestión poco probable al haberse cometido un delito, o que se ponga de modo inmediato ante disposición judicial, por lo que se iniciarían las diligencias previas en el seno del órgano judicial de modo inmediato o, en tercer lugar, podría ordenar la custodia por otros agentes de la autoridad a fin de evitar una nueva detención ilegal.

22 Artículo 7 de la LOHC.

4. EL MECANISMO EXTRAORDINARIO PARA IMPUGNAR LA DETENCIÓN ILEGAL: EL RECURSO DE AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el caso de que se negase el procedimiento de *Habeas Corpus*, a pesar de haber sido tramitado, conforme expone el artículo 8.1 de la Ley Orgánica reguladora de este mecanismo, cabrán los recursos ordinarios contra el Auto del Juzgado de Instrucción²³ y, de no ser admitido, deberemos de interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y ello en el plazo de 30 días hábiles desde que se notifique el Auto no otorgando el amparo solicitado ante la detención ilegal.

23 Si bien es cierto que la LOHC guarda silencio sobre los recursos que caben, la doctrina ha interpretado que contra el Auto de desestimación del recurso se podrán interponer los recursos de queja y de reforma, aplicando de modo subsidiario la LECrim. y sus artículos 217 y 218, sin embargo, hemos de llamar la atención de que la interposición de estos recursos resultará ineficaz, ya que cuando se pronuncien nuevamente, la detención ilegal ya habrá cesado, por lo que nos encontraremos únicamente ante una Sentencia declarativa.

13. Suspensión individual de los derechos fundamentales: suspensión de derechos al detenido por delito de terrorismo

Carlos Marco Marco Atienza
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

En calidad de Letrado de oficio, es llamado a la Comisaría de la Guardia Civil para asistir a un detenido. Una vez que ha podido estudiar las actuaciones, se informa que sobre el detenido había una orden de arresto por un delito de tráfico de sustancias estupefacientes, que es consumidor de las mismas y que se dedica al “*menudeo*”. Cuando fue detenido y procedieron al registro de su vivienda según orden judicial dictada por el Juez de Instrucción n.º 1 de los de Albacete, encontraron en ésta material para crear un artefacto explosivo así como vídeos y manuales de un grupo político llamando a la subversión. Una vez que se reúne reservadamente con el privado de libertad, el mismo le informa que lleva detenido más de 80 horas y que no ha podido ejercer algunos derechos que tienen los privados de libertad como hablar con su pareja para decirle su situación, dónde se encuentra detenido (incomunicación) y que tampoco ha podido llamar a un abogado amigo suyo para que le asista en Comisaría, teniendo un especial interés en que sea asistido por éste.

Cuestiones:

1. ¿Está justificada la ampliación del plazo máximo de detención previsto en el artículo 17.2 CE? ¿Y la no comunicación de la detención a la persona que el privado quiera?
2. Todos los detenidos tienen derecho a designar un Letrado de su propia elección, ¿podría ejercer en este supuesto el privado de libertad este derecho?

3. En caso de que nos encontrásemos ante un delito de los previstos en el artículo 384 bis LECrim (persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes), ¿podría el Juez ordenar las escuchas de lo que cuente el detenido con usted como Letrado?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho y cuestiones que se plantean

En el presente caso práctico se busca resolver si se ha vulnerado el derecho a la libertad ambulatoria en el sentido de haber superado las horas de detención preventiva, así como otros derechos básicos que tiene toda persona detenida.

B. Fuentes

Normativa

Artículos 17, 24.2 y 55.2 de la Constitución.

Artículos 384, 509, 520 bis y 527 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículos 573 del Código Penal.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2026/2001, de 28 de noviembre.

C. Solución

En primer lugar, hemos de señalar que la detención y entrada en el domicilio han sido legítimas, y ello al amparo de una orden judicial que ha autorizado las mismas. En virtud de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Constitución española (en adelante, CE), si la detención únicamente se hubiera motivado por el delito de tráfico de drogas, salvo que estuviéramos ante una detención donde el sospechoso forma parte de una banda organizada, que no es el caso, podría durar un máximo de 72 horas.

En el presente caso, se nos informa que, cuando se procede a la entrada en el domicilio, hay un descubrimiento de otro presunto delito: la fabricación de un artefacto explosivo. En este caso y en relación con esto, la Guardia Civil ha procedido con la detención y aplican una suspensión individual de derechos

fundamentales previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, al considerar que estamos ante un elemento terrorista (art. 520 bis LECrim).

La primera cuestión que se ha de señalar es si, realmente, estamos ante un caso de terrorismo o no, ya que de ser así se podrá proceder a la suspensión de derechos del artículo 55.2 CE, mientras que si no estamos en este supuesto, habremos de presentar inmediatamente un recurso *Habeas corpus*, pues la detención ha durado más “*de lo estrictamente necesario*” y, en cualquier caso, más de 72 horas (art. 17.2 CE), pues recordemos que, según manifiesta el privado y se puede ver en las actuaciones, lleva detenido más de 80 horas.

El artículo 573.1 del Código Penal dispone que “*se considerará delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:*

1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.ª Alterar gravemente la paz pública.

3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”.

A la vista de la definición que da el Código Penal, resulta claro que nos encontramos dentro de los delitos previstos de terrorismo, ya que la función del atentado, según se desprende de las pruebas encontradas en el domicilio (vídeos o panfletos llamando a la subversión) es uno de los tipos previstos dentro del artículo 573.1 CP. Por lo tanto, puede caber la suspensión individual de derechos fundamentales prevista en el artículo 55.2 CE y desarrollada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En relación con la primera pregunta, se ha de responder afirmativamente, ya que el art. 520 bis LECrim permite una ampliación del tiempo máximo de detención de las 72 horas máximas constitucionales hasta las 120 horas.

Respecto a los requisitos que se prevén para esta ampliación, la Guardia Civil ha tenido que solicitar dicha ampliación en las primeras 48 horas al Juez,

siendo autorizada la misma en el plazo de 24 horas por el Juez mediante resolución motivada. Estos plazos han de entenderse en sentido estricto y siempre como plazos máximos, ya que, de no ser autorizada por el Juez la ampliación, en ningún caso podrá superar la misma las 72 horas (48 horas decretadas por la autoridad policial y 24 horas máximas para la autorización judicial).

Junto a la posibilidad para ampliar el plazo máximo de detención ordinario para la investigación del delito, el artículo 520 bis LECrim prevé la posibilidad de que las Fuerzas de Seguridad del Estado soliciten igualmente al Juez, que habrá de autorizarlo, la incomunicación del detenido, lo que conllevará que pueda acordarse que no se comunique el acto de la detención ni el lugar de custodia a un familiar o persona que desee (art. 520.2.e) LECrim) ni a comunicarse telefónicamente con un tercero de su elección (art. 527.I, letra b), en relación con el art. 520.2, letras e) y f) LECrim).

Respecto a la libre elección de abogado, si bien el mismo es un derecho básico del detenido (art. 520.2, letra c), en relación con el apartado 5º del mismo artículo de la LECrim), e igualmente garantizado como derecho fundamental protegido en el artículo 24 de la Constitución Española, el art. 527 LECrim reconoce igualmente el derecho del detenido a ser asistido por Abogado, si bien la letra a) del artículo establece que en los supuestos de suspensión individual de derechos fundamentales podrá “*ser privado de los siguientes derechos (...): a) Designar un abogado de su confianza*”, por lo que tendrá que ser asistido por un abogado designado de oficio, pero no de su elección. Con respecto a la entrevista entre el letrado y el detenido, ha de hacerse de modo reservado, “*incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial*” (art. 520.6, letra d) LECrim). En el mismo sentido, todas las comunicaciones entre el privado de libertad y su abogado tienen carácter de confidencial (ap. 7º del artículo 520 LECrim). Este derecho está vinculado al derecho fundamental recogidos en los artículos 17.3 y 24.2 CE, ya que los órganos judiciales tienen el deber de evitar cualquier desequilibrio que pueda haber entre las partes del proceso. Sin embargo, la LECrim establece una excepción en su artículo 527, y es que se puede limitar, “*si así lo justifican las circunstancias del caso*”, el derecho a “c) *entrevistarse reservadamente con su abogado*”, siempre acordado mediante Auto. Esto supone que, por regla general, las comunicaciones entre abogado y cliente han de estar amparadas en la confidencialidad de las mismas, a fin de garantizar la mejor defensa del acusado; sin embargo, las mismas podrán ser intervenidas.

Sobre esto, es importante señalar que esa potestad, aunque se acuerde mediante intervención judicial, tal y como prevé el art. 55.2 CE y el 527 en relación con el artículo 509, ambos de la LECrim, nuestro Tribunal Supre-

mo, en su Sentencia 2026/2001, de 28 de noviembre, ha fallado que “*el secreto profesional que protege a las relaciones de los abogados con sus clientes, puede, en circunstancias excepcionales, ser interferido por decisiones judiciales que acuerden la intervención telefónica de los aparatos instalados en sus despachos profesionales. Es evidente que la medida reviste una incuestionable gravedad y tiene que ser ponderada cuidadosamente por el órgano judicial que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como uno de sus elementos componentes*”. Por lo que cuando se busque suspender este derecho, habremos de ponderar ambos, acordando suspender la confidencialidad entre abogado-cliente únicamente en aquellos casos en los que exista la sospecha de que el abogado no se limita únicamente a la intervención letrada sino que está cometiendo un delito.

14. Derecho al honor, derecho a la intimidad y libertad de comunicación

José Luis García Guerrero

Catedrático de Derecho Constitucional

I. PLANTEAMIENTO

El Sr. Ilich es uno de los parlamentarios más destacados de la nación y se ve obligado a comparecer en juicio para mantener la custodia de su hija de trece años que le reclama su exmujer. Durante el proceso la letrada de su exmujer sostiene que el Sr. Ilich debe perder la custodia de su hija en interés de la menor, ya que va a acreditar mediante el personal del servicio doméstico y los escoltas que el padre lleva una desordenada vida sexual, que la hija es testigo de las múltiples parejas del padre e, incluso, que corren rumores de que estando la hija en el domicilio ha llegado a celebrar orgías. La abogada sostiene que el Sr. Ilich es un libertino, amoral, irresponsable e incapaz de educar a su hija.

En la sección de información del diario La Nación, el Sr. Juárez relata que en el juicio por la custodia de la hija del Sr. Ilich ha quedado acreditado que éste celebra orgías en su casa en presencia de su hija y que parece que en las mismas han participado en numerosas ocasiones prostitutas, y continúa el redactor de la noticia relatando los hechos acaecidos en el juicio con todo lujo de detalles. El Sr. Ilich se dirige indignado a su abogado y le solicita que intervenga contra la letrada de su exmujer y contra el Sr. Juárez.

Conteste fundamentadamente a todas las cuestiones que constitucionalmente se plantean en este caso práctico.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso plantea la presunta vulneración del derecho a la intimidad y al honor de un parlamentario, el Sr. Ilich, ya que en el transcurso de un juicio

por la custodia de su hija la abogada de la parte contraria alude a hechos relativos a su vida sexual, además de sostener, entre otros calificativos, que es un libertino e irresponsable. Posteriormente, esta misma información es recogida por el Sr. Juárez en la sección de información del diario La Nación, que afirma que había quedado acreditada, entre otras cuestiones, la celebración de orgías con prostitutas en casa del Sr. Ilich.

B. Problemas constitucionales

Partiendo de los hechos que se acaban de describir, el caso propone una serie de problemas constitucionales que, en síntesis, implican un enfrentamiento entre bienes constitucionalmente protegidos: el primero entre la libertad de comunicación de la letrada, en cuanto a las declaraciones que se han comentado anteriormente, y la intimidad y el honor del Sr. Ilich; el segundo entre la libertad de información del Sr. Juárez, el periodista del Diario La Nación, y, de nuevo, el derecho al honor y a la intimidad del Sr. Ilich.

C. Fuentes

Para resolver los problemas que se acaban de plantear es necesario acudir, en primer lugar, a la Constitución española (en adelante CE), en concreto a los apartados a) y d) del artículo 20 CE, esto es la libertad de expresión y la libertad de información, junto con el derecho al honor y a la intimidad del artículo 18.1 CE, reforzado por la intimidad del domicilio del artículo 18.2 CE; así como al artículo 118 CE sobre el deber de colaboración con los jueces en los procesos constitucionales, además de a los artículos 24 y 10.2 CE.

En segundo lugar, serán de utilidad la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, en relación con el artículo 39.4 CE, que dispone que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, interpretado de conformidad con la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989, ratificada por España en 1990, así como la Declaración del Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959 y la Resolución A3-0172/92 del Parlamento Europeo que aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño. Junto con el artículo 2 de la LO 1/1996 dispone, como principio general, que en su aplicación “primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. De igual forma, el artículo 7 de la Ley 1/1982, de protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que prohíbe revelar datos privados de una persona o familia conocidos a través de su actividad

profesional, así como el artículo 199.1 del Código Penal, que castiga a quien revelare secretos ajenos de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o relaciones laborales.

En lo referente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, encontraremos la STC 38/1988, FFJJ 2º y 3º que sienta doctrina consolidada sobre la defensa letrada, prevista en el artículo 24 CE y su conexión con la libertad de comunicación; y en el mismo sentido, la STC 205/1994, FJ 6º. La STC 190/1996, FJ 3º, que no incluye en la libertad de información los rumores, junto con la STC 105/1990, FJ 8º, que diferencia entre la crítica, la reprobación y la calificación de conductas y el insulto o la expresión gravemente injuriosa; la primera está permitida y la segunda proscrita. Y, además, las SSTC 107/1988; 320/1994, FJ 3º; 105/1990, FJ 4º; 172/1990, FFJJ 2º, 3º y 4º; 232/1992, FJ 4º y 132/1995, FJ 4º, en los términos que se explicarán más adelante.

Por último, son relevantes la libertad de información del artículo 20.1.d) CE y el derecho al honor y la intimidad del artículo 18.1 CE, reforzado por su apartado segundo relativo a la inviolabilidad del domicilio. En la resolución del conflicto entre estos bienes constitucionales es especialmente relevante lo dispuesto en la STC 190/1996, FJ 3º. La condición de diputado del Sr. Ilich podría traer a colación las SSTC 107/1988 y 105/1990, que debilitan los derechos a la personalidad de los titulares de funciones públicas o de personajes públicos. La relevancia pública de los asuntos judiciales puede requerir de la utilización de la STC 320/1994, FJ 3º. La protección jurídica de la familia del artículo 39.1 CE y la del menor en su apartado 4 pueden ser relevante en los preceptos legales y acuerdos internacionales transcritos *supra*. La referencia a prostitutas y orgías podría requerir del delito de injurias del artículo 208 del Código Penal.

D. Solución

Como se ha explicado, el primer problema que se plantea en el supuesto es entre la libertad de comunicación de la letrada y la intimidad y el honor del Sr. Ilich; concretamente cuando la abogada sostiene: “que va a acreditar mediante el personal del servicio doméstico y los escoltas que el padre lleva una desordenada vida sexual, que la hija es testigo de las múltiples parejas del padre, e, incluso, que corren rumores de que estando la hija en el domicilio ha llegado a celebrar orgías. La abogada sostiene que el sr. Ilich es un libertino, amoral, irresponsable e incapaz de educar a su hija”.

Este primer problema, relativo a la libertad de comunicación, engloba tanto a la libertad de información como a la libertad de expresión; ambas

están exorbitantemente reforzadas porque entran en conexión sistemática con la libertad de información en el ejercicio de la defensa letrada, prevista en el artículo 24.2 CE, según una consolidada jurisprudencia sentada desde la STC 38/1988, FFJJ 2º y 3º. La conexión refuerza ambas libertades ejercidas por la letrada, y no aparecen elementos que la debiliten, como pudieran ser, entre otros, las dilaciones indebidas o la falta de respeto a las otras personas que participan en la administración de justicia. Y la STC 205/1994, FJ 6º, aclara que esta conexión dota a la libertad de expresión de una especial resistencia que la hace inmune a restricciones que operarían en otro contexto siempre que se atenga a la finalidad que la origina, lo que es predicable también de la libertad de información. No obstante, hay un mayor refuerzo al discurso de la letrada porque este pretende la protección del menor, lo que origina una nueva conexión sistemática con el artículo 2 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que debe ser interpretado de conformidad con los acuerdos internacionales arriba relacionados conforme dispone el artículo 10.2 CE.

El fundamento del discurso de la letrada proviene de las declaraciones como testigos del personal doméstico y de los escoltas del Sr. Ilich. En un principio parecería que esa declaración no debería producirse si se atiende a la protección de la intimidad, reforzada por producirse los hechos en el domicilio, cuya inviolabilidad lo convierte en el templo de la intimidad. Así lo desarrollan el artículo 7 de la Ley 1/1982, de protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que prohíbe revelar datos privados de una persona o familia conocidos a través de su actividad profesional, así como el artículo 199.1 del Código Penal, que castiga a quien revelare secretos ajenos de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o relaciones laborales. A favor de la declaración de estos testigos se situaría la libertad de información de la letrada, que incluye la búsqueda de la referida información, que se refuerza exorbitantemente al considerar los efectos interpretativos del principio de prevalencia del interés superior del menor, lo que lleva a considerar que en la correspondiente ponderación resulta razonable que este último conjunto de bienes constitucionales sean los prevalentes, cediendo la intimidad. Sin embargo, el bien que cede debilitadamente debe mantener parte de su contenido, lo que puede lograrse si la defensa del Sr. Ilich solicita que la comparecencia de los testigos se realice a puerta cerrada, lo que preservaría una buena parte de su intimidad.

Aceptada la declaración de los testigos, hay que resaltar que en el discurso de la letrada hay dos partes claramente discernibles. En una primera se entremezclan elementos de las libertades de información y expresión, concretamente cuando califica la vida sexual del Sr. Ilich como desordenada, fundando

dicha afirmación en que la hija es testigo de las múltiples parejas del padre y que corren rumores de que estando aquella en el domicilio se han llegado a celebrar orgías. En este sentido, la STC 6/1985 ya aclaró que cuando aparezcan entremezcladas las libertades de información y expresión habrá que atender al elemento predominante en el mensaje, que en este supuesto se estima que es la libertad de información. No obstante, esta libertad, para gozar de la protección constitucional, requiere de la veracidad de la información, lo que no se produce en una parte muy relevante de su discurso, concretamente, cuando habla de rumores sobre la celebración de orgías. Desde la STC 190/1996, FJ 3º, es claro que los rumores son contrarios a la veracidad que exige la libertad de información para disfrutar de la tutela constitucional.

La libertad de información, en los términos que se acaban de reseñar, reforzada por la defensa letrada y la protección del menor, entrarían en confrontación con la intimidad, reforzada por producirse en el interior del domicilio, y con el honor del Sr. Ilich. En consecuencia, se estima razonable que la afirmación de que la hija es testigo de las múltiples parejas sexuales del padre puede efectuarse a puerta cerrada en el juicio, prevaleciendo sobre la intimidad del Sr. Ilich. En cambio, se defiende que su honor queda menoscabado por la afirmación de la letrada de que corren rumores de que estando la hija en el domicilio se han llegado a celebrar orgías, al no cumplirse el requisito de veracidad imprescindible para que la libertad de información disfrute de tutela constitucional.

La segunda parte discernible en el discurso de la letrada se sitúa claramente en el campo de la libertad de expresión, porque con fundamento en las declaraciones de los testigos califica al Sr. Ilich de “libertino, amoral, irresponsable e incapaz de educar a su hija”. Esta vertiente subjetiva del discurso de la letrada, que se inserta en el apartado a) del artículo 20 CE, se refuerza con la defensa letrada y la protección del menor, y colisiona con el honor del Sr. Ilich. El resultado de la ponderación es favorable al primer conjunto de bienes constitucionales, como confirma la STC 105/1990, FJ 8º, que diferencia entre la crítica, la reprobación o la calificación de conductas y el insulto o la expresión gravemente injuriosa. Evidentemente, el discurso de la letrada realiza una evaluación personal muy desfavorable, indudablemente subjetiva, pero no lesiona el honor por no incurrir en insultos o expresiones injuriosas.

El segundo problema constitucional que se plantea concierne a la libertad de información del Sr. Juárez y al honor y a la intimidad del Sr. Ilich, cuando el periodista publica en la “sección de información” del Diario La Nación que “ha quedado acreditado que” el Sr. Ilich “celebra orgías en su casa en presen-

cia de su hija y que parece que en las mismas han participado en numerosas ocasiones prostitutas”.

En la resolución del conflicto se debe tener presente que el Sr. Juárez, en su artículo, se sitúa en la esfera de la libertad de información del artículo 20.I.d) CE. Así lo indica su relato de hechos o noticias, con lo que se halla en la esfera de la objetividad, así como el hecho de que la publicación se produce en la “sección de información” del Diario la Nación. Su libertad de información no se refuerza por la relevancia pública del juicio de la custodia porque la STC 320/1994, FJ 3º, limita esta trascendencia a los asuntos penales.

La jurisprudencia constitucional para resolver el conflicto entre la libertad de comunicación y los derechos de la personalidad, en consolidada línea iniciada por la STC 107/1988, FJ 2º, estima que en la concordancia práctica es especialmente relevante que se trate de libertad de información o de expresión porque las limitaciones serían muy diferentes. Por otra parte, en el mismo fundamento estima que es esencial la materia a la que se refiera la comunicación, porque se debe diferenciar entre asuntos de relieve público y aquellos meramente privados, lo que puede suceder por la condición del sujeto de la comunicación (parlamentario destacado) o por la materia objeto de la discusión. La distinción tiene una importancia capital, porque, cuando el conocimiento del contenido del mensaje sea necesario por su interés público, en caso de conflicto, la vertiente institucional de la libertad de comunicación convierte en preponderante este derecho. “Por el contrario, la eficacia justificadora de dichas libertades pierde su razón de ser en el supuesto de que se ejerciten en relación con conductas privadas carentes de interés público y cuya difusión y enjuiciamiento públicos son innecesarios, por tanto, para la formación de la opinión pública libre en atención a la cual se les reconoce su posición prevalente” (SSTC 105/1990, FJ 4; 172/1990, FFJJ 2, 3 y 4; 232/1992, FJ 4; 132/1995, FJ 4, entre otras).

Aquí se estima que la libertad de información del Sr. Juárez afecta a un sujeto público, pues el Sr. Ilich es un destacado parlamentario nacional, pero la información sobre el juicio de su custodia es materia privada carente de interés público y cuya difusión y enjuiciamiento público es innecesaria para formar la opinión pública libre. En consecuencia, la libertad de información no se refuerza exorbitantemente porque no entra en conexión sistemática con el valor pluralismo político, con el principio democrático y con el derecho fundamental a la participación política, que aquí se considera que es el primer criterio para reforzar la libertad de información, y tampoco puede ampararse en el segundo criterio, que consiste en que la materia tenga relevancia pública, esto es, que sea necesario su conocimiento por la ciudadanía.

Una vez analizado el primer bloque de bienes constitucionales en conflicto es el momento de ocuparse del segundo. El derecho a la intimidad, que se refuerza considerablemente por la inviolabilidad del domicilio, resulta afectado cuando la información dice tener acreditado que el Sr. Ilich celebra orgías en su casa, en presencia de su hija, y que parece que en las mismas han participado en numerosas ocasiones prostitutas. También se afecta el derecho al honor, esto es, el derecho a insertarse en la sociedad, a participar en la misma, a recibir estima social, porque en una concepción clásica del honor el organizar orgías y contratar prostitutas merece cierta reprobación social que no quiere sufrir el Sr. Ilich, como acredita al acudir a un abogado pidiendo la reparación de sus derechos fundamentales. El bloque de bienes constitucionales alrededor de los derechos fundamentales al honor, intimidad e inviolabilidad del domicilio resultarían reforzados por la protección jurídica a la familia y especialmente por la de la menor, dado que habría un riesgo cierto de que su hija de trece años leyera esa información o se la transmitieran otras personas o adolescentes, con cierto peligro de burlas o incluso acoso.

Conforme a lo sintetizado hasta el momento parece bastante evidente que la concordancia práctica debe concluir que racionalmente los derechos preponderantes son el bloque nucleado alrededor del derecho a la intimidad y al honor y que cede completamente el bloque de la libertad de información al tratarse de una noticia que no conecta sistemáticamente con el principio democrático y que no tiene relevancia para formar la opinión pública, por lo que el Sr. Ilich no debe sufrir una reducción en la protección que la Constitución le otorga a su honor e intimidad, que se refuerzan, además, con la protección jurídica al menor y a la familia, y con haberse producido los supuestos hechos en su domicilio, templo sagrado de la intimidad personal y familiar.

Asimismo, se debe recordar que la STC 190/1996, FJ 3º, tras exigir diligencia profesional para cumplir con el requisito de la veracidad que otorga protección constitucional a la libertad de información, establece respecto al nivel de diligencia que “dicho nivel se sitúa en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho, en un extremo, y la transmisión de suposiciones, meras invenciones, insinuaciones insidiosas, o noticias gratuitas o infundadas cuando la información pueda suponer el descrédito ajeno (SSTC 6/1988, 171/1990, 139/1995), en el otro”.

Además, el Sr. Juárez no disfruta de la protección de la libertad de información porque lo transmitido es información no veraz (STC 190/1996, FJ 3º). Los rumores de orgías relatados por la letrada se convierten en la noticia en “hechos acreditados”, introduciéndose *ex novo* otro nuevo rumor: “parece” que en las

orgías participan en numerosas ocasiones prostitutas. Además, con un especial dolo, se indica que la hija presencia las orgías.

Finalmente, es muy probable que pudiera prosperar un delito de injurias si se considera que el artículo 208 del Código Penal las tipifica de la siguiente forma: “Es injuria la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (...)”. La alteración de la noticia dando por hecho la celebración de orgías en su casa, que las mismas son presenciadas por su hija y que las mujeres son prostitutas obligan a concluir que hay cierto dolo que busca lesionar la dignidad del parlamentario, menoscabar su fama y atentar contra su propia estimación.

15. Derecho de la información

Alberto Campos Jiménez

Abogado y Profesor Asociado de Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

En las ediciones de papel y digital de un periódico de una capital de provincia se había publicado el 18 de julio de 2020 un reportaje sobre un suceso ocurrido el día anterior, consistente en que una persona había sido herida por su hermano, quien le disparó con un arma de fuego y luego se suicidó.

El artículo periodístico contenía datos personales y familiares que permitían identificarle, tales como su nombre, el de su hermano, las iniciales de sus apellidos, el apodo del fallecido, la dirección del domicilio familiar, la profesión del padre y el lugar donde la ejerció, referencias a la notoriedad de la familia en la localidad o incluso la enfermedad neurodegenerativa padecida por la madre. En el reportaje publicado en la edición en papel del diario se incluyeron sendas fotografías que habían sido obtenidas de sus respectivos perfiles de la red social Facebook sin la preceptiva autorización. Ante esta situación, una de las personas cuyas fotografías se habían difundido, decide interponer la oportuna demanda judicial para la defensa de sus legítimos intereses.

Preguntas

- i. ¿Qué derecho o derechos podrían considerarse vulnerados?
 - a) Derecho a la intimidad personal y familiar.
 - b) Derecho de información.
 - c) Derecho a la propia imagen.

2. En el caso de considerarse vulnerado el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, el importe concreto y conciso del daño moral sufrido es fijado de forma concreta:

- a) En la Constitución española.
- b) En la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- c) Atendiendo a las circunstancias concretas por cada Juzgado o Tribunal.

3. Con carácter general, en caso de conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad siempre prevalece:

- a) El derecho a la información.
- b) El derecho a la intimidad.
- c) Las respuestas a) y b) son falsas.

4. El artículo 8.2 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo recoge:

- a) Los supuestos en los que no se entiende vulnerada el derecho a la propia imagen.
- b) Los supuestos en los que se entiende vulnerada el derecho a la propia imagen.
- c) Los supuestos que dan derecho a indemnización.

5. El artículo 7 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo recoge:

- a) Lo que se consideran intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de la meritada ley.
- b) Lo que no se consideran intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de la meritada ley.
- c) Ninguna de las anteriores.

6. El Tribunal Constitucional considera que para poder captar, reproducir, y/o publicar la imagen de una persona es, con carácter general, indispensable:

- a) El consentimiento equívoco.
- b) El consentimiento inequívoco.
- c) No se precisa de consentimiento.

7. Cuando el derecho a la propia imagen entre en colisión con la libertad de expresión prevalecerá:

- a) El derecho a la propia imagen.
- b) El derecho a la libertad de expresión.
- c) Habrá que hacer una ponderación de derechos atendiendo al supuesto concreto.

8. Con carácter general, el derecho a la imagen cede cuando la publicación de una imagen no posee intereses informativos:

- a) Verdadero.
- b) Falso.

9. Descartado el interés público del reportaje es irrelevante:

- a) Que las imágenes no se capten en un lugar público.
- b) La proyección pública del personaje.
- c) Las respuestas a) y b) son ciertas.

10. La imagen de un particular anónimo o desconocido puede utilizarse sin su consentimiento:

- a) Cuando la persona aparezca en la fotografía de manera meramente accesoria e intrascendente.
- b) Cuando la participación en el acontecimiento noticiable de la persona anónima fuera principal o protagonista.
- c) Todas son ciertas.

11. Según la doctrina del TC recogida en la sentencia n°27/2020, de 24 de febrero de 2020 (recurso de amparo 1369-2017), ¿comprende el consentimiento prestado para la captación de una imagen su posterior publicación o difusión?

- a) Sí.
- b) No.

12. Al subir una foto de una persona en una red social, ¿está ese sujeto consintiendo su visionado, así como su posterior difusión?:

- a) No.
- b) Solo su difusión, pero no su visionado.
- c) Solo su visionado, pero no su difusión.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Se plantean diferentes cuestiones relativas a la configuración constitucional del derecho a la libertad de información y del derecho a la intimidad.

B. Fuentes

Normativa

Artículo 20 de la Constitución española de 1978.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Sentencia 27/2020, de 24 de febrero, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional (recurso de amparo 1369-2017).

C. Solucionario

- 1. a). Atendiendo al caso concreto se vería vulnerado el derecho a la intimidad personal y familiar al publicarse datos y circunstancias concretas que permiten identificar al sujeto, incluso la dirección de su domicilio.
- 2. c). Ni la Constitución española, ni la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, fijan el daño moral, sino que cada órgano judicial será el que lo determine en sentencia.
- 3. c). En caso de conflicto entre derechos fundamentales habrá que atender a las circunstancias concretas y llevar a cabo una ponderación para determinar cuál debe prevalecer sobre el otro.
- 4. a). El artículo 8.2 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo determina los supuestos en los que no se entiende vulnerado el derecho a la propia imagen.

5. a). El artículo 7 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo recoge lo que se consideran intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de la norma.
6. b). Debe otorgarse un consentimiento inequívoco para poder captar, reproducir, y/o publicar la imagen de una persona.
7. c). Al igual que sucedía con la respuesta número 3, en caso de conflicto entre derechos fundamentales habrá que atender a las circunstancias concretas y llevar a cabo una ponderación para determinar cuál debe prevalecer sobre el otro.
8. b). En la medida en que no haya un interés informativo, no cederá el derecho a la propia imagen al no ostentar preferencia una información.
9. b). Si un reportaje no tiene interés público no importará si las imágenes son captadas o no en un lugar público, así como si el personaje que aparece en el reportaje es de interés público.
10. a). Puede afirmarse que las imágenes de los simples particulares solo pueden aparecer accesoriamente en la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público, salvo que su participación en el acontecimiento noticiable hubiera sido principal y no meramente accesorio, y cuando además dicha participación hubiera sido voluntaria. (FJ 5, de la Sentencia 27/2020, de 24 de febrero de 2020. Recurso de amparo 1369-2017).
11. b). No (FJ 5 de la Sentencia 27/2020, de 24 de febrero de 2020. Recurso de amparo 1369-2017).
12. c). Tan sólo se permite su visionado, pero en ningún caso la difusión, reproducción o cualquier otra acción más sobre ella.

16. La inviolabilidad del domicilio

Yolanda López Nieto

Investigadora en Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

El Sr. Mora trabaja como director financiero en una importante empresa con sede en Madrid y Barcelona. Por ello, aunque su residencia habitual se encuentra en Madrid, con frecuencia se ve obligado a trasladarse también a Barcelona y, en ocasiones, a pasar allí algunas semanas. Por ello, el Sr. Mora decidió alquilar una habitación en un piso compartido con dos personas más para poder alojarse allí y estar más cómodo, aunque hay largos periodos de tiempo en los que el Sr. Mora no acude a su piso y otros en los que pasa allí dos días, una semana o un mes dependiendo del volumen de trabajo.

Recientemente, en la empresa donde trabaja se han advertido movimientos irregulares de dinero y se cree que algún trabajador ha utilizado su puesto de trabajo para pasar dinero de la cuenta propia de la empresa a su cuenta personal. La empresa inicia una investigación interna y el Sr. Mora, debido al puesto que ocupa, resulta el principal sospechoso. Ante la difícil situación, se pone en conocimiento de la policía y el Inspector a cargo del caso ordena a dos agentes que registren el piso de Barcelona del Sr. Mora en busca de algún documento que lo vincule con el delito.

Cuando los agentes acuden a la vivienda, el Sr. Mora no se encuentra allí, pues hace semanas que no va, pero abre la puerta uno de sus compañeros, que les deja pasar. Estos registran el salón y, al no encontrar nada, deciden entrar en la habitación del Sr. Mora ya que la puerta estaba entreabierta. En uno de los cajones, efectivamente, encuentran documentos que demuestran que estaba falsificando las cuentas de la empresa. Esto provoca que los agentes inmediatamente se pongan en contacto con el Juez para que emita una resolución judicial que contenga la orden de registro de la vivienda.

El Sr. Mora se dirige a usted como abogado alegando que se ha vulnerado su derecho a la inviolabilidad del domicilio. Se le plantean los siguientes problemas: ¿se considera domicilio constitucional el piso de Barcelona, aunque no sea la residencia habitual del Sr. Mora? ¿Es válido el consentimiento prestado por su compañero de piso? ¿Es válida la resolución judicial emitida de forma posterior a la entrada? ¿Qué hubiera pasado si, en caso de considerar la resolución judicial válida, en el transcurso del registro se encuentra una pistola con la que se ha cometido otro delito?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En este supuesto se nos plantea el caso en el que un piso compartido es objeto de registro policial ante la sospecha de que uno de sus habitantes ha cometido un delito. Aquí encontramos que en el momento del registro el Sr. Mora no se encontraba presente, pues este piso es su segunda residencia, ni existía autorización judicial previa, siendo su compañero de piso el que permite la entrada de los agentes de policía. Durante el registro, se encuentran los documentos que prueban la comisión del delito y los policías solicitan, en ese momento, la autorización del juez.

B. Problemas constitucionales

Ante los hechos descritos anteriormente, nos encontramos que está en juego el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Partiendo de esta premisa, existen tres problemas que deben ser analizados para poder concluir o no la vulneración del derecho: en primer lugar, este piso no es la residencia habitual de la persona a la que va dirigida el registro. En segundo lugar, a la hora de realizarse el registro, quien presta el consentimiento es una persona diferente, aunque vive en la vivienda. Y, por último, los agentes de policía registran tanto las zonas comunes como la habitación del Sr. Mora, en la que encuentran indicios de haber cometido un delito y es entonces cuando se pide la resolución judicial que contenga la orden de registro de la vivienda.

C. Fuentes

Normativa

Artículo 18.2 de la Constitución española.

Artículos 545 a 572 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim).

Jurisprudencia

Sentencias del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero; 160/1991, de 18 de julio; 69/1999 de 26 de abril y 114/1984, de 29 de noviembre.

Sentencias del Tribunal Supremo 3964/1979, de 18 de mayo; 1803/2002, de 4 de noviembre; 768/2007, de 1 de octubre; 103/2015, de 24 de febrero y 587/2020, de 6 de noviembre de 2020.

D. Solución

Comenzando por la primera de las cuestiones planteadas, debemos preguntarnos qué es un domicilio constitucional para determinar si la vivienda que ha sido objeto del registro puede enmarcarse en la protección del artículo 18.2 CE. Para ello el TC ha elaborado una amplia y detallada doctrina en este ámbito, teniendo como base dos conceptos principales: el espacio físico y el uso que se le da al mismo. Así, el Tribunal Supremo, en la STS 3964/1979, de 18 de mayo, explica que el domicilio “es el hogar destinado a la habitación de una persona, lugar cerrado donde se reside y satisfacen las condiciones de la vida doméstica, protegida porque es el recinto de la vida íntima del hogar familiar” (FJ 3) y, en la misma línea, señala que es el “espacio inviolable en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima” (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5) y que “lo que se protege no es solo un espacio físico sino también lo que en él hay de emanación de una persona física y de su esfera privada” (STC 69/1999, de 26 de abril, FJ 2). Por tanto, se puede observar la estrecha conexión del derecho a la inviolabilidad del domicilio con la protección de la intimidad, como señala la ya mencionada STC 22/1984, de ahí que sea esencial el uso que se le dé al espacio físico para poder considerarlo como domicilio constitucional. Y ese uso es, precisamente, el desarrollo de la libertad más íntima y de los actos privados (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5). En este sentido, el propio TC ha establecido lugares concretos que considera domicilio constitucional tales como la habitación de un hotel, un camarote de barco y, en lo aquí nos interesa, una segunda vivienda, todo ello bajo el argumento del uso al que se destinan estos espacios, como se acaba de explicar. A estos efectos, en la STC 94/1999, de 31 de mayo, el Alto Tribunal destaca “la irrelevancia a efectos constitucionales de la intensidad, periodicidad o habitualidad del uso privado del espacio, si, a partir de otros datos (...) puede inferirse el efectivo desarrollo de la vida privada en el mismo” (FJ 5). Cabe añadir que recientemente el Tribunal Supremo ha reconocido las segundas viviendas dentro del concepto de morada (STS 587/2020, de 6 de noviembre de 2020, FJ 2).

Por tanto, de todo ello se desprende que resulta irrelevante que el Sr. Mora no pasara en el piso largas temporadas o con una periodicidad determinada, ya que el destino del espacio era de segunda vivienda, donde desarrollaba su vida íntima cuando allí se encontraba. Consecuentemente, nos encontramos ante un domicilio amparado en el artículo 18.2 CE.

Entrando en la segunda de las cuestiones planteadas, resulta obvio y así se desprende del propio precepto constitucional mencionado que la inviolabilidad del domicilio no constituye un derecho absoluto, sino que tiene tres límites: el consentimiento, la resolución judicial y el flagrante delito. Hemos visto en este caso que los agentes entran en el domicilio porque una de las personas que allí residen, un compañero de piso del Sr. Mora, les permite la entrada. Es la jurisprudencia, de nuevo, la que detalla los aspectos del consentimiento, en concreto, la STS 1803/2002, de 4 de noviembre, FJ 2, expone, entre otros: que sea otorgado por persona capaz de forma consciente y libre, oral o por escrito, expresa o tácita (si, a través de sus actos, consta de modo inequívoco) u otorgado por el titular legítimo del domicilio. Es en este último donde debemos detenernos puesto que el título es indiferente, pero debe ser legítimo: esto es, puede ser el propietario o el arrendatario, usufructuario, etc. Además, de acuerdo con la citada Sentencia, quien debe prestar el consentimiento, como ocurre en el caso que nos ocupa, es el morador. En el caso de una vivienda compartida, esto es, con varios moradores, para la entrada en las zonas comunes, como el salón, valdrá con el consentimiento de alguno de los titulares de la vivienda. Consecuentemente, el registro que se hace del salón resulta válido. Ahora bien, para las habitaciones privadas de los pisos compartidos es necesario el consentimiento de quien las ocupe, puesto que de acuerdo con la doctrina del TC antes expuesta, es ahí donde se realizan los actos concernientes a la libertad más íntima. Por tanto, el registro efectuado en la habitación del Sr. Mora sin su consentimiento no resulta válido.

Y, en lo que se refiere a la tercera cuestión, cuando existe una resolución judicial que permite la entrada en el domicilio resulta indiferente si el titular de la vivienda otorga su consentimiento o no. En este caso, el Juez que otorga la resolución ponderará la inviolabilidad del domicilio con cualesquiera otras circunstancias o intereses que se den en el caso. Resulta imprescindible poner de relieve que la resolución judicial debe ser previa a la entrada. Así lo ha declarado el TC en múltiples ocasiones, debido a que la resolución es un mecanismo preventivo cuya función es la protección del derecho, no reparar la violación una vez que se haya producido. De ahí que la ponderación que realiza el Juez a la hora de emitir la resolución sea de forma previa (STC 160/1991, de 18 de julio, FJ8). En consecuencia, no podemos considerar válida

la resolución judicial emitida una vez que los agentes ya han entrado en el domicilio del Sr. Mora y han finalizado el registro. Así, las pruebas obtenidas en el registro, siguiendo el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial son inválidas: “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”, que deriva de la “doctrina del fruto del árbol envenenado”, introducida por la STC 114/1984, de 29 de noviembre. Los documentos (fruto) no surten efecto porque el registro no es válido (árbol envenenado).

Cuestión distinta es la que se nos sugiere en la cuarta y última pregunta. Partimos de la premisa de que la resolución judicial es válida y previa a la entrada, destinada a investigar el delito económico, y que durante el registro se halla una pistola con la que se ha cometido otro delito. Esto es lo que se denomina hallazgo casual y, de nuevo, ha sido desarrollado tanto por la doctrina del TC como la del TS. Así, por ejemplo, la STS 768/2007, de 1 de octubre, FJ 1, sostiene que hallar elementos probatorios de un delito durante la investigación de otro distinto no supone la nulidad de ese hallazgo como prueba de cargo. En el mismo sentido, la investigación de unos hechos “no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllos, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los arts. 259 y 284 LECrim” (STS 103/2015, de 24 de febrero, FJ 5). Precisamente, la STS 582/2014, de 8 de julio, trata precisamente el hallazgo casual de una pistola en el curso de un registro a una vivienda con otro motivo. Expone el Tribunal que, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, el descubrimiento “se instala en la nota de flagrancia” y, por tanto, de acuerdo con el artículo 286 LECrim, se puede recoger como prueba.

Consecuentemente, y en virtud de todo lo anteriormente expuesto, con una resolución judicial válida para realizar el registro de la habitación del Sr. Mora, la pistola encontrada –hallazgo casual– resulta una prueba válida.

17. Inviolabilidad del domicilio y libertad personal

María Luz Martínez Alarcón
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

Dos ciudadanos (A y B) están siendo investigados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado por su implicación en un delito de tráfico de drogas. La policía conoce que se encuentran desde hace un mes viviendo en una finca como arrendatarios y durante todo ese tiempo ha realizado una vigilancia de lo sucedido en el interior de dicha vivienda utilizando prismáticos y sin autorización judicial.

Después del mes de vigilancia, deciden poner en marcha un operativo para registrar la finca en el momento que les parece más propicio para detener a ambos ciudadanos, presuntamente responsables de un delito contra la salud pública, así como para aprehender los efectos o instrumentos del delito. Antes de ello, recaban del juez competente la correspondiente autorización judicial. Con dicha autorización, se personan en la finca y, tras vencer la resistencia opuesta, realizan el registro de conformidad con lo dispuesto en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una vez dentro de la finca, constatan que, en efecto, se está produciendo un delito de tráfico de drogas en su interior. Detienen a los dos ciudadanos (pues los dos se encontraban en la finca) y aprehenden las pruebas del delito.

La detención se produce siguiendo lo dispuesto en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ambos ciudadanos son trasladados a la dependencia policial e informados de su derecho a la asistencia letrada durante la detención preventiva.

El ciudadano A solicita la designación de un abogado de oficio y se telefona inmediatamente al Colegio de Abogados para que proceda a dicha designación. El abogado del turno de oficio designado se persona en las dependencias policiales para asistir al ciudadano A dentro del plazo legal de personación previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde que recibe el encargo. Después de entrevistarse personalmente con el detenido comunica que este no declarará ante la policía, sino que lo hará ante el juez. Además, interpone un *Habeas Corpus* por considerar que el ciudadano A se encuentra en una situación de detención ilegal.

El ciudadano B renuncia a la asistencia letrada durante la detención preventiva. La policía no le toma declaración a la espera de que pueda declarar ante el juez.

Cuestiones:

1. ¿Soy titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando alquilo una vivienda? Justifique su respuesta.

2. Imagine que es usted el abogado de oficio que ha sido designado para asistir al ciudadano. ¿Cómo valoraría, desde un punto de vista constitucional, la vigilancia policial del domicilio con prismáticos y sin autorización judicial?

3. Si ha contestado la anterior pregunta en el sentido de que ha habido una violación del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio. ¿Podría entenderse que la intervención posterior del juez, autorizando la entrada y registro del domicilio, así como la práctica de dicho registro de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permiten salvar la constitucionalidad de la previa vigilancia con prismáticos y sin autorización judicial?

4. Atendiendo a la respuesta que ha dado a las dos anteriores preguntas, ¿cabe, en efecto, la interposición del *Habeas Corpus* en ese supuesto? Justifique su respuesta.

5. ¿Cómo valoraría la decisión de renuncia a la asistencia letrada en el caso del ciudadano B?

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

Los ciudadanos A y B, coarrendatarios de una finca, están siendo investigados por su implicación en un delito de tráfico de drogas. El operativo policial comienza, en primera instancia, con un seguimiento con prismáticos de la finca para el que no se requirió autorización judicial. Estimados los indicios del delito a partir de estas pesquisas, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad solicitan autorización judicial para proceder al registro de la finca, donde constatan los hechos por los que se les investigaba. Una vez en detención preventiva, el ciudadano A solicita un abogado de oficio que insta el procedimiento de *Habeas Corpus*, mientras que el ciudadano B renuncia a la asistencia letrada.

B. Problemas constitucionales

En el marco de una investigación a dos sujetos por su implicación en un delito de tráfico de drogas nos encontramos ante un supuesto en el que están en juego dos derechos fundamentales: el derecho a la inviolabilidad de domicilio y el derecho a la libertad y a la seguridad personal.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 17 y 18 de la Constitución española.

Artículo 1 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *Habeas Corpus*.

Artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Jurisprudencia

Sentencias del Tribunal Constitucional 10/2002, de 17 de enero, y 189/2004, de 2 de noviembre (entre otras, sobre concepto constitucional de domicilio).

Sentencia del Tribunal Supremo 329/2016, de 20 de abril. Ponente: Manuel Marchena Gómez.

D. Solución

El derecho a la inviolabilidad de domicilio se regula en el artículo 18, apartado 2, de la Constitución española. Este precepto establece 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”. Según dicho precepto, la entrada en un domicilio solo será constitucionalmente lícita si media consentimiento del titular del derecho o flagrante delito. En el caso de que no concurra ninguno de dichos supuestos, será precisa la autorización judicial.

El artículo 17 de la Constitución española regula el derecho a la libertad y a la seguridad. Su apartado segundo se refiere a la detención preventiva en los siguientes términos: “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”.

Pregunta 1: Sí lo soy. Los elementos determinantes para considerar que nos encontramos ante un domicilio constitucionalmente protegido son el USO y la APTITUD.

El Tribunal Constitucional, ante la ausencia de definición expresa del concepto de domicilio por parte del constituyente, ha ido perfilando la noción de domicilio constitucional de la persona física señalando que “el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el art. 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo, aunque sea eventual. Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye un elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, la intensidad o periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo”.

En este caso, los ciudadanos, además de cometer un delito en su interior, desarrollan vida privada en el sentido de íntima en la finca en cuestión. Es decir, la utilizan como domicilio. Además, la finca es un lugar apto para el desarrollo de la vida privada en el sentido de íntima. El título jurídico que los habilita para utilizar dicha finca como domicilio es irrelevante. Se trata de un domicilio constitucionalmente protegido, aunque esté ocupado a título de arrendatario. Como señala el Tribunal Constitucional, el tipo de título

jurídico que habilite su uso es irrelevante a efectos de su consideración como domicilio constitucionalmente protegido.

Pregunta 2: Como una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio. El Tribunal Supremo considera que la vigilancia policial con prismáticos y sin autorización judicial vulnera el derecho a la inviolabilidad de domicilio.

Este tipo de vigilancia supone una intromisión en el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio.

La afectación del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio solo resulta lícita, desde el punto de vista constitucional, si se realiza en los supuestos tasados por el artículo 18.2 de la Constitución, esto es, si media consentimiento del titular del domicilio o, a falta de dicho consentimiento, concurre flagrante delito o se dispone de autorización judicial. Además, se ha reconocido la constitucionalidad de la entrada en domicilio en casos de estado de necesidad.

En este supuesto no se da ninguna de las causas que pueden justificar dicha intromisión. Luego, se produce una violación del derecho fundamental concernido.

Pregunta 3: No puede entenderse que la intervención posterior del juez, autorizando la entrada y registro del domicilio, así como la práctica de dicho registro de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permitan salvar la constitucionalidad de la previa vigilancia con prismáticos y sin autorización judicial. Es más, la primera prueba obtenida con violación del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio (vigilancia con prismáticos y sin autorización judicial) “contamina” el registro y la detención efectuados con posterioridad, que también incurren así en inconstitucionalidad. Es lo que se conoce como la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Además, hay que tener en cuenta que el artículo 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial establece que “(...) No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Pregunta 4: Sí cabe interponer *Habeas Corpus* puesto que nos encontramos ante un supuesto de detención ilegal en virtud de lo dispuesto en el artículo primero de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *Habeas Corpus*. Su letra d) indica que nos encontramos ante

un caso de detención ilegal cuando se trata de personas privadas “de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida”.

Pregunta 5: El artículo 17.3 de la Constitución dispone que todo detenido tiene derecho a la asistencia de un abogado en las diligencias policiales y judiciales, en los términos establecidos por la ley, que no es otra que la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En principio, se trata de un derecho fundamental irrenunciable (no es posible renunciar a la asistencia letrada en un supuesto de detención preventiva).

El artículo 520.8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal solo contempla un supuesto de renuncia admisible: si la detención “lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico, siempre que se le haya facilitado información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dichos derechos y las consecuencias de la renuncia. El detenido podrá revocar su renuncia en cualquier momento”.

Como en ese caso no estamos ante este tipo de delitos, la renuncia de asistencia letrada durante esta detención preventiva es inconstitucional. La policía debería haberlo comunicado así al detenido informándole de que, en el caso de no designar abogado, se pondría en conocimiento del Colegio de Abogados para que procediera al nombramiento de un abogado del turno de oficio.

18. Derecho de reunión y ponderación de derechos

Miguel Ángel Sevilla Duro

*Investigador predoctoral FPU en Derecho Constitucional*²⁴

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

La entidad sin ánimo de lucro ABC, de ámbito nacional, está constituida con el fin de “*defender los derechos humanos, especialmente de los menores de edad, dada su mayor vulnerabilidad*”. Entre sus actividades se encuentra la organización de reuniones pacíficas al aire libre (concentraciones y manifestaciones) con la intención de concienciar a la ciudadanía de la importancia de aumentar la protección de los menores. En fecha 19 de abril de 2021, la entidad ABC, por medio de su representante, D. Juan López Pérez, envió un escrito a la Delegación del Gobierno en Madrid informando de la organización de una concentración el lunes 3 de mayo de 2021 en la Puerta del Sol entre las 12:00 y las 13:30 horas con el objetivo de “*reclamar un mayor apoyo de las autoridades políticas a los menores por medio de medidas que incentiven su incorporación al mercado laboral*”. De acuerdo con el escrito de comunicación previa, la participación estimada era de 1.500 personas, y la decisión de convocar la reunión el 3 de mayo se fundaba en “*la importancia de dar voz a un reclamo de gran relevancia política en una fecha en que la ciudadanía se encuentra especialmente sensible y atenta a la actualidad jurídico-política dadas las elecciones a la Asamblea de Madrid del 4 de mayo de 2021*”. En su escrito, la entidad ABC, en calidad de organizadora, no estimó necesario solicitar especiales medidas de seguridad para salvaguardar el buen transcurso de la concentración. El 20 de abril de 2021 la Delegación del Gobierno en Madrid remitió el escrito de

²⁴ Identificador ORCID: orcid.org/0000-0002-6759-0020. Este supuesto práctico se ha elaborado con la financiación del Ministerio de Universidades a través del programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU19/00310).

comunicación previa a la Junta Electoral Provincial de Madrid (en adelante, JEP) al entender que *“una vez comenzada la campaña electoral, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54.1 de la LOREG, las atribuciones encomendadas en materia de derecho de reunión a esta Delegación del Gobierno como autoridad gubernativa son asumidas por la Junta Electoral Provincial de Madrid, sin perjuicio de que ésta deba informar a la Delegación del Gobierno de las reuniones cuyas convocatorias le sean comunicadas”*. El 21 de abril de 2021 el Secretario de la JEP de Madrid remitió certificado del Acuerdo adoptado en sesión celebrada en igual fecha por la citada JEP en el que se acordaba *“Que no se celebre la concentración convocada por D. Juan López Pérez (...) sin perjuicio de que se realice una nueva comunicación cumpliendo con los requisitos establecidos en la LO 9/1983”*. Ello por cuanto *“el ejercicio del derecho fundamental de reunión se ve modulado durante las jornadas de reflexión y votación por diversas disposiciones cuyo propósito es compatibilizar el ejercicio del citado derecho con la celebración de un proceso electoral limpio, transparente, objetivo y en condiciones de igualdad; de tal forma que durante estas jornadas la legislación electoral española prohíbe realizar acto alguno de propaganda o de campaña electoral (artículos 53 y 144.1.a) de la LOREG”*.

La entidad ABC contacta con usted para averiguar si el Acuerdo de la JEP es ajustado a Derecho.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso práctico busca dar respuesta a la consulta formulada por la entidad sin ánimo de lucro ABC, cuyo fin es la defensa de los derechos de los menores de edad, sobre una restricción al ejercicio del derecho fundamental de reunión. Su requerimiento trae causa de una decisión de la Junta Electoral Provincial de Madrid en la que se prohíbe una concentración en la vía pública promovida por la citada entidad durante la jornada de reflexión previa a las elecciones a la Asamblea de Madrid celebradas el 4 de mayo de 2021. La entidad ABC solicita asesoramiento acerca de la adecuación a Derecho o no del acuerdo de la JEP.

B. Problemas constitucionales

Como problemas constitucionales surgen, por un lado, los límites al derecho de reunión, y, por otro, el conflicto entre este derecho y las previsiones de la LOREG en la jornada de reflexión.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 1.1, 10.1, 21 y 23.1 de la Constitución Española.

Artículo 12 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

Artículos 51.3 y 53.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Instrucción 3/2019, de 4 de marzo, de la Junta Electoral Central.

Jurisprudencia y resoluciones

Sentencia 85/1988, de 28 de abril, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 66/1995, de 8 de mayo, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 136/1999, de 20 de julio, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 42/2000, de 14 de febrero, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 265/2000, de 13 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 195/2003, de 27 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 163/2006, de 22 de mayo, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 301/2006, de 23 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 170/2008, de 15 de diciembre, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 37/2009, de 9 de febrero, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 38/2009, de 9 de febrero, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 96/2010, de 15 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

Sentencia de 10 de julio de 1998, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Sidiropoulos*.

Sentencia de 5 de marzo de 2009, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Barraco c. Francia*.

Acuerdo 349/2011, de 11 de mayo, de la Junta Electoral Central.

D. Solución

El artículo 21 de la Constitución española de 1978 (en adelante, CE) reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. Este derecho puede ejercerse en lugares de tránsito público a través de concentraciones y manifestaciones

de las que “se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes”. De igual forma, el artículo 12 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos consagran la libertad de reunión pacífica junto con la de asociación.

Como ha indicado el Tribunal Constitucional (TC) desde su Sentencia 85/1988, de 28 de abril, FJ 2, el derecho de reunión es “una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria [...] puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones”. Así, pese a que es un derecho individual de proyección social, su ejercicio se hace efectivo de manera colectiva y sin autorización, pero previa comunicación a la autoridad gubernativa pertinente, y usualmente en espacios públicos con un ámbito temporal limitado, lo que en ocasiones interfiere con el ejercicio de otros derechos de terceros o, como en este caso, con una determinada obligación de no hacer impuesta en las jornadas de reflexión y votación.

Sintéticamente, el derecho de reunión abarca dos modalidades: la concentración (reunión estática) y la manifestación (reunión dinámica o en movimiento), si bien ambas se articulan con base en la misma regulación legal. El TC ha reiterado, desde la mencionada Sentencia 85/1988, FJ 2, que el derecho de reunión está configurado por cuatro elementos: uno subjetivo, la agrupación de personas; uno temporal, la duración transitoria de la reunión; uno teleológico o finalístico, la licitud de la reunión; y uno real u objetivo, el lugar de celebración. A la luz de estos, y en tanto todos ellos concurren, las modulaciones del ejercicio del derecho de reunión solo pueden justificarse sobre la base del artículo 21.2 CE, que fija como límite “la alteración del orden público con peligro para personas o bienes”. Se considera que se dan razones fundadas para limitar o suprimir el derecho cuando se motiva el incumplimiento de alguna de las circunstancias establecidas, *numerus clausus*, en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, donde a la alteración del orden público se añade la ilicitud de las reuniones de conformidad con las leyes penales, el uso de uniformes paramilitares por los asistentes, y la organización de las mismas por parte de miembros de las Fuerzas Armadas o la Guardia Civil cuando se infrinjan las limitaciones impuestas por las leyes reguladoras de los derechos y deberes de los cuerpos. Indudablemente, la reunión convocada por la entidad ABC no se enmarca en ninguno de estos supuestos.

La STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2, afirmó, como también se deduce del artículo 10.1 CE, que entre los límites al ejercicio de este derecho se encuentran tanto los ya referidos “como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado de ese derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales”. En el caso ante el que nos encontramos, el único valor constitucional con el que puede confrontar la concentración organizada por la entidad ABC es el pluralismo político (artículo 1.1 CE); y, más concretamente, el derecho a la participación en asuntos públicos por medio de las elecciones a la Asamblea de Madrid del resto de ciudadanos de la Comunidad (artículo 23.1 CE), que podría verse afectado si se entendiese que la reunión convocada impide o coacciona la libre formación de la voluntad política por acontecer en la jornada de reflexión (artículo 51.3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General -LOREG-).

En garantía del citado artículo 23.1 CE, la ausencia de campaña electoral durante las jornadas de reflexión y votación tiene la finalidad de propiciar la maduración del sentido del voto por parte de la ciudadanía sin interferencia alguna de los partidos que concurren al proceso electoral. Por tal motivo, la Junta Electoral Central ha reiterado que durante los días de reflexión y votación no se puede realizar ningún acto de campaña o propaganda electoral, conforme establece el artículo 53 de la mencionada Ley Orgánica, “sin que estos [actos] puedan justificarse como el ejercicio de las funciones constitucionalmente reconocidas a los partidos políticos” (Instrucción 3/2019, de 4 de marzo, punto tercero); lo que también es aplicable para organizaciones, asociaciones o entidades con interés político.

Una interpretación acrítica y meramente literal del precepto podría llevar a equívoco derivando en la prohibición de la reunión de la entidad ABC, pero se debe atender a lo reiterado por el TC desde su Sentencia 136/1999, de 20 de julio, FFJJ 20, 22 y 29, en la que, a propósito del discutido recurso de amparo interpuesto por la Mesa Nacional de la coalición política Herri Batasuna, se sostiene que el ejercicio de los derechos fundamentales relacionados con la participación política no desaparece simplemente por la existencia de un proceso electoral en marcha. De este modo, las restricciones o prohibiciones al derecho de reunión en periodo electoral solo caben si existen razones motivadas y fundadas en Derecho (SSTC 170/2008, de 15 de diciembre, FJ 3 *in fine*; 37 y 38/2009, de 9 de febrero, FJ 3 en ambos casos; y 96/2010, de 15 de noviembre, FJ 3). Por lo expuesto, la averiguación de la extralimitación o no de la resolución de la JEP pasa, como se ha adelantado, por efectuar un juicio de proporcionalidad donde se analice si una determinada concentración o mani-

festación colisiona con “la limpieza o la pureza de los procesos electorales o los derechos de participación política” (por todas, STC 96/2010, FJ 3), y, en su caso, si la medida adoptada para evitar tal colisión es la óptima en relación con la menor afectación posible a los derechos fundamentales en juego, pues, como ha apuntado el TEDH, este derecho solo puede restringirse en base a “razones convincentes e imperativas” (STEDH de 10 de julio de 1998, caso *Sidiropoulos*, §40). Afirmación que posteriormente ha justificado considerando que este derecho “no debe ser objeto de una interpretación restrictiva” en tanto es “un fundamento de la sociedad” (STEDH de 5 de marzo de 2009, caso *Barraco c. Francia*, §41).

El juicio (o test) de proporcionalidad aplicado al análisis de las restricciones al derecho de reunión pasa por estudiar la medida limitadora a la luz de tres elementos o fases: su idoneidad o adecuación, su necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto (*vid.* SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 265/2000, de 13 de noviembre, FJ 8; y 163/2006, de 22 de mayo, FJ 6, entre otras).

La idoneidad consiste en analizar si la medida limitadora del derecho de reunión es adecuada para proteger el otro derecho fundamental en juego (el derecho a la participación en asuntos públicos del resto de ciudadanos por medio de las elecciones, *ex* artículo 23.1 CE), pues no puede limitarse un derecho si no es para alcanzar de forma efectiva y real un fin legítimo tal como el ejercicio de otro derecho. En este caso, la prohibición de la reunión sí parece idónea o adecuada para garantizar el derecho a la participación política, pues si se interpretase que la concentración afecta a la libre formación de la voluntad de los electores, al impedirse su celebración ya no se estaría afectando. Por lo tanto, la prohibición de la reunión cumple con la primera fase del juicio de proporcionalidad.

Sin embargo, la prohibición no supera la segunda fase del juicio: la necesidad. Dicha necesidad implica que no exista ninguna otra medida que, siendo menos restrictiva, permita obtener la misma finalidad; y en este caso, prohibir la reunión no es la medida menos gravosa que puede adoptarse para garantizar el derecho de participación política. Es cierto que la autoridad gubernativa tiene potestad para prohibir la reunión, pero ello solo cabe si la modificación de las condiciones de la misma no alcanza para evitar su colisión con otro derecho; y es difícil dudar de que una simple alteración en sus términos sería suficiente para garantizar el derecho confrontado (por ejemplo, por medio de una propuesta de cambio en la fecha de la convocatoria –posponiéndola a después de las elecciones–). Esta lógica argumentación se sostiene en el óptimo de Pareto, tan recurrente en la justicia constitucional: si existe una medida menos gravosa que otra e igualmente idónea, solo puede adoptarse la

primera, pues con ambas se alcanza el mismo resultado y la segunda implica graves afecciones a un derecho fundamental.

El incumplimiento de esta segunda fase hace innecesario valorar la proporcionalidad en sentido estricto de la medida adoptada, que constituiría la tercera fase del juicio de proporcionalidad.

Incluso se podría defender que ni siquiera es necesaria la sumisión del caso en cuestión a este juicio de proporcionalidad, porque en aplicación del referido principio *favor libertatis*, las resoluciones de modificación, restricción o prohibición de concentraciones o manifestaciones no pueden ampararse meramente en la presunción de los posibles efectos negativos que estas pueden tener para el proceso electoral, como ocurre en el presente caso. Al contrario, “debe favorecerse el ejercicio del derecho de reunión aun en detrimento de otros derechos, en especial los de participación política, no solo por significarse como un derecho esencial en la conformación de la opinión pública, sino para la necesidad de su ejercicio previo de los mencionados derechos” (STC 96/2010, de 15 de noviembre, FJ 3); y ello por cuanto este derecho es “uno de los pocos medios” de los que muchos grupos sociales disponen “para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones (STC 301/2006, de 23 de octubre, FJ 2). De esta forma, solo existen dos concretos contextos que imponen limitaciones extraordinarias al ejercicio del derecho de reunión a causa de las jornadas de reflexión y votación: cuando la concentración o manifestación que se propone entorpece, dificulta o imposibilita el derecho de voto de los electores (por ejemplo, impidiendo el acceso a los lugares de votación, *vid.* Acuerdo 349/2011, de 11 de mayo, de la JEC); y cuando con la concentración o manifestación se pretende interferir en la voluntad y el sentido del voto de los electores de forma deliberada y grave. El presente caso no se encuentra en ninguna de las dos situaciones.

Lo enunciado hasta este punto pone de relieve que la resolución dictada por la JEP carece de una motivación ajustada a Derecho, pues no está fundamentada suficientemente en tanto no justifica las causas que implican la prohibición ni expone por qué se estima pertinente la prohibición en lugar de proponer medidas menos restrictivas del derecho fundamental, lo que contraría la exigencia de que cualquier incidencia de los poderes públicos en el derecho se realice cumpliendo con la “exigencia de motivación en la resolución correspondiente” (SSTC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 4 y 37/2009, de 9 de febrero, FJ 3).

En conclusión, la prohibición genérica del artículo 53.1 de la LOREG no implica la imposibilidad de celebrar reuniones durante las jornadas de

reflexión y votación, incluso aunque estas tengan relación con el debate político y, consecuentemente, puedan influir en cierto modo en las decisiones de los electores; y menos aun cuando al confrontar las características de la reunión con las medidas adoptadas en defensa de otros derechos no se supera el juicio de proporcionalidad. Este es el caso en el que se enmarca la reunión convocada por la entidad que formula el requerimiento de dictamen. Por lo tanto, es posible afirmar que la prohibición de la reunión convocada por la entidad ABC es contraria a Derecho.

19. Ilegalización de partidos políticos

Carlos Marco Marco Atienza
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

En una reciente operación contra el terrorismo en España, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado han encontrado varios documentos en los que se acredita indiciariamente que varios miembros del partido político ABC pertenecen o han pertenecido a un grupo terrorista, incluido el Sr. Mikel González, ostentando en la actualidad el cargo de Presidente-Alcalde del Ayuntamiento de Pamplona. En este mismo sentido, y una vez estudiados los documentos, mediante Auto del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, el Juez competente ha acordado abrir juicio oral contra varios miembros del grupo terrorista y del partido político, incluido el Sr. González, entendiéndose que el partido político actúa como *brazo político* del grupo terrorista.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En este caso práctico hemos de estudiar cuáles son los procesos de ilegalización de un partido político, así como el mecanismo para acordar su ilegalización. La declaración de ilegalización de un partido conlleva, en aquellos casos en los que exista una vinculación con banda terrorista que, si uno de las personas que gozan mandato representativo fuere acordada la prisión provisional, el mismo será inmediatamente cesado.

B. Problemas constitucionales

El problema constitucional que surge es la ilegalización de un partido político cuando el mismo está vinculado a elementos terroristas.

C. Fuentes

Normativa

Artículos 6, 22 y 23 de la Constitución Española.

Artículo 61 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Artículos 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 6/2022, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

Artículo 515 del Código Penal.

Artículos 384 bis del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 44 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Constitucional 48/2003, de 12 de marzo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2003 de 8 de mayo.

Sentencia de la Audiencia Nacional 31/2006, de 30 de junio.

D. Solución

Los partidos políticos son *asociaciones especiales* que “*concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular*”, reconociendo nuestro Tribunal Constitucional que son actores esenciales en la democracia, o la “*expresión principalísima del pluralismo político, son instrumento privilegiado de participación política*” (Sentencias del Tribunal Constitucional 48/2003, de 12 de marzo y STC 85/2003 de 8 de mayo, entre otras muchas), si bien no dejan de ser entes que están indudablemente vinculados al contenido esencial del artículo 22 de la Constitución que comprende el derecho fundamental a constituir asociaciones y establece sus límites esenciales, entre otros, en sus apartados 2º y 5º, respectivamente, son ilegales las “*asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito*” o las que sean secretas o tengan un carácter paramilitar.

Si bien de la lectura del artículo 6 de la Constitución no se desprende cuándo los mismos podrán ser ilegalizados, el artículo 22 sí que señala unos márgenes que han sido desarrollados por el legislador orgánico.

La ilegalización de partidos políticos viene expresamente prevista en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (en adelante, LOPP), concretamente, en su artículo 10.2, al exponer, en relación con este caso que se plantea, que, “(...) será acordada por el órgano jurisdiccional competente en los casos siguientes: a) cuando incurra en supuestos tipificados como asociación ilícita en el Código Penal. (...). c) cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a las que se refiere el artículo 9”, artículo que, en su apartado segundo, establece que “(...) será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave: a) Vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual. b) Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas. c) Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma”.

La LOPP establece dos vías que pueden seguirse para la ilegalización del partido político. En primer lugar, el artículo 10.4 manifiesta que será competente el Juez del orden jurisdiccional penal cuando nos encontremos ante un partido que sea una asociación ilícita conforme dispone el artículo 515 del Código Penal. Esta vía únicamente se podrá aplicar cuando el propio partido político actúe como organización terrorista, cometiendo directamente el delito. De hecho, esta vía de ilegalización de partidos únicamente ha sido utilizada en una sola ocasión (Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 31/2006, de 30 de junio), al ilegalizar Partido Comunista (reconstituido) (PCEr) por vinculación con el Grupo de Resistencia Antifascista Primero de Octubre (GRAPO).

En la segunda vía, mucho más común, la competencia ya no la ostenta el Juez de lo Penal, o más concretamente, el órgano competente del orden jurisdiccional penal, sino que es una Sala especial que se constituye en el Tribunal Supremo, conocida como la Sala del artículo 61 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, o Sala 61. Este procedimiento se podrá iniciar independientemente del procedimiento de declaración de ilegalidad por ser una asociación ilícita del art. 515 CP (art. 10.6 LOPP). Por ser de aplicación la misma en este caso, será en la que nos centremos.

En este sentido, podremos iniciar el procedimiento de ilegalización cuando, “de forma reiterada y grave”, la actividad del partido vulnere los principios democráticos mediante las conductas recogidas en el artículo 9 de la LOPP. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia 48/2003, de 23 de marzo falló que, *“ninguna de las conductas descritas en el art. 9 LOPP determina aisladamente la disolución: para que ésta pueda tener lugar, es preciso que sean realizadas “de forma reiterada y grave” como precisa el encabezamiento del art. 9.2. En segundo lugar, que la existencia de un partido que con su actividad colabore o apoye la violencia terrorista, pone en peligro la subsistencia del orden pluralista proclamado por la Constitución; y, frente a ese peligro, no parece que pueda aplicarse otra sanción reparadora del orden jurídico perturbado que la disolución. Por último, ha de destacarse que el art. 6 CE contiene una configuración constitucional de partido: en la Constitución, un partido, para merecer la condición de tal, ha de poder ser expresión del pluralismo político y, por lo tanto, no es constitucionalmente rechazable que un partido que con su actuación ataca al pluralismo, poniendo en peligro total o parcialmente la subsistencia del orden democrático, incurra en causa de disolución. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considera que si bien el margen de apreciación de los Estados debe ser escaso en materia de disolución de partidos políticos, cuando el pluralismo de las ideas y los partidos, que es inherente a la democracia, está en peligro, el Estado puede impedir la realización o continuación del proyecto político que ha generado ese peligro [STEDH, de 31 de julio de 2001, caso Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) contra Turquía]”*.

La Sala del artículo 61 está compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo que, a su vez, es el Presidente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, y por los Presidentes de Sala y los Magistrados más antiguos y más modernos de cada una de las Salas del Tribunal Supremo.

La competencia para iniciar el procedimiento de ilegalización recaerá sobre el Gobierno y el Ministerio Fiscal, si bien tanto el Congreso de los Diputados como el Senado pueden instar la ilegalización, “quedando obliga-

do el Gobierno a formalizar la correspondiente solicitud de ilegalización, previa deliberación del Consejo de Ministros”, conforme dispone el art. 11.1 LOPP. En el caso de que sea solicitada la ilegalización por cualquiera de las Cámaras, el Gobierno estará obligado a instarlo, no pudiéndose negar aunque, y “*previa deliberación del Consejo de Ministros*”, entendiera que no concurren las circunstancias o causas para solicitar su ilegalización. La consecuencia que conllevará la solicitud de ilegalización es que, una vez declarada, los partidos políticos, federaciones o coaliciones de partidos o agrupaciones de electores, no podrán presentar candidaturas que, “*de hecho, vengan a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido*”, teniéndose en cuenta en estos casos, “*la similitud sustancial de sus estructuras, organización y funcionamiento, de las personas que los componen, rigen, representan, administran o integran cada una de las candidaturas, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión*”, tal y como dispone el art. 44 Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Con independencia de que se inicie el procedimiento de ilegalización del partido, se ha de recordar que en el caso práctico se exponía que el Sr. González era Alcalde del Ayuntamiento de Pamplona. En los casos en los que exista vinculación del cargo público con un grupo terrorista, cuando se decreta la prisión provisional quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del cargo, por así disponerlo el art. 384 bis LECrim. En el caso de que el mismo gozare de inmunidad parlamentaria, por ser Diputado del Congreso de los Diputados, Senador o Diputado autonómico, habría que solicitar el suplicatorio a la Cámara correspondiente a fin de que levantara su inmunidad (art. 71.2 CE), siendo enjuiciado en su caso por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia al ser aforado, según corresponda.

20. El derecho a la tutela judicial efectiva

Sara Alemán Merlo

Investigadora predoctoral FPI en Derecho Constitucional

Universidad de Barcelona

I. PLANTEAMIENTO

Doña Gregoria Paredes trabajaba como costurera para la empresa IAIA PAQUITA S.L. pero en fecha 2 de mayo de 2022 fue despedida. El mensaje de *WhatsApp* en el que le comunicaban el despido detallaba que el motivo era su bajada de rendimiento en el trabajo, pero la Sra. Paredes cree que el despido se debe a que días antes había solicitado una reducción de jornada para cuidar de su hijo menor, que padece un trastorno del espectro autista. Así pues, la Sra. Paredes acude a un abogado para impugnar la improcedencia del despido.

a) Supuesto 1: El abogado de la Sra. Paredes presenta papeleta de conciliación en fecha 14 de mayo de 2022 como paso previo a impugnar su despido. Se celebra el acto de conciliación en fecha 30 de junio de 2022 pero ante la falta de acuerdo, el abogado procede a interponer la demanda de impugnación de despido en fecha 1 de septiembre de 2022. En fecha 10 de septiembre de 2022 se les notifica un Auto escueto por el que se inadmite la demanda por extemporaneidad en su presentación, dado que el Estatuto de los Trabajadores establece un plazo de caducidad de 20 días hábiles para la interposición de la demanda por despido. El abogado interpone un recurso contra dicho Auto argumentando que se está vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva de su clienta en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

• ¿Vulnera dicho Auto el derecho a la tutela judicial efectiva de la Sra. Paredes?

b) Supuesto 2: El abogado de la Sra. Paredes, en tiempo y forma, presentó papeleta de conciliación e interpuso demanda por despido improcedente. Sin embargo, en el acto de conciliación se tiene a la Sra. Paredes por no compa-

recida puesto que, a pesar de personarse el día señalado para su celebración, tiene caducado su documento nacional de identidad y no se puede realizar su correcta identificación. Consiguientemente, el Juzgado dicta Sentencia en la que, estimando la excepción de caducidad alegada por la defensa de IAIA PAQUITA S.L., resuelve desestimar la pretensión de la Sra. Paredes.

- ¿Vulnera dicha Sentencia el derecho a la tutela judicial efectiva de la Sra. Paredes?

c) Supuesto 3: La Sra. Paredes tras consultar con su abogado, considera que no tiene pruebas que sustenten su pretensión de improcedencia del despido y decide no impugnarlo. No obstante, le pide a su abogado que reclame el pago de la liquidación y el finiquito que no le fueron satisfechos. El abogado, en tiempo y forma, presenta demanda en reclamación de cantidad. El Juzgado dicta decreto de admisión a trámite de la demanda y señala el juicio para el día 4 de septiembre de 2026, a las 10:30 horas.

- ¿Podría impugnarse el decreto por vulneración de la tutela judicial efectiva? ¿En qué sentido? Justifíquelo.

*El iter procesal laboral se ha simplificado a efectos de clarificar el caso práctico.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

En el presente caso práctico, una trabajadora es despedida y acude a un abogado para interponer demanda por improcedencia. Se plantean tres supuestos en los que:

1) Se inadmite la demanda por extemporaneidad mediante un escueto Auto.

2) Se dicta Sentencia desestimando la pretensión de la actora por considerar que la acción había caducado al tenerse por no comparecida en el acto de conciliación por carecer de DNI en vigor para su identificación.

3) Se fija la fecha de celebración del acto de conciliación a cuatro años vista de la presentación de demanda de reclamación del pago de la liquidación y el finiquito.

Respecto de los tres supuestos, se debe analizar si existe o no vulneración al derecho de tutela judicial efectiva de la trabajadora en cuestión.

B. Problemas constitucionales

En el primer supuesto se plantea, por una parte, si puede limitarse y cómo el derecho de acceso a la jurisdicción y, por otra, cómo y cuánto debe motivarse una resolución al amparo del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho.

En el segundo supuesto, se plantea la colisión entre la interpretación del cumplimiento de requisitos formales en el proceso y el derecho a la acción.

Por último, en el tercer supuesto, se produce una situación susceptible de vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas al amparo del art. 24.2 de la Constitución española (en adelante, CE) y su relación con la vulneración de la tutela judicial efectiva.

C. Fuentes

Normativa

Artículo 24 de la Constitución Española

Artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Jurisprudencia

Sentencia 350/1993, de 22 de noviembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 58/2002, de 11 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 71/2002, de 8 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 68/2002, de 21 de marzo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 92/2007, de 7 mayo, del Tribunal Constitucional

Sentencia 142/2010, de 21 de diciembre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 155/2011, de 17 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia 54/2014, de 10 de abril, del Tribunal Constitucional

Sentencia 125/2022, de 10 de octubre, del Tribunal Constitucional

Sentencia de 7 de julio de 1989 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Unión Alimentaria Sanders c. España*

Sentencia de 20 de diciembre de 2016 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto *Ruiz-Villar c. España*

D. Solución

I. Nociones básicas sobre el “derecho a la tutela judicial efectiva”

El denominado “derecho a la tutela judicial efectiva” se recoge en el artículo 24.1 de la Constitución con el siguiente tenor literal: “*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*”. Como es bien sabido, no se trata de un derecho fundamental único, sino que este derecho está compuesto a su vez por diversos derechos fundamentales disponibles para los ciudadanos en relación con la Administración de Justicia. Así pues, progresivamente a lo largo de los años, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido delimitado qué derechos fundamentales se integran en la tutela judicial efectiva y cuál es el contenido de cada uno. Resumidamente, cabe referirse a:

- a) El derecho de acceso a la jurisdicción.
- b) El derecho a una resolución sobre el fondo del asunto, congruente, motivada y fundada en Derecho.
- c) El derecho al cumplimiento y la ejecución del fallo.

Para resolver las cuestiones planteadas, es necesario determinar qué vertiente de la tutela judicial efectiva se está examinando y, en consecuencia, qué jurisprudencia constitucional le es de aplicación.

II. Primera cuestión

En este primer supuesto, se plantean dos aspectos a considerar: la presentación extemporánea de la demanda como óbice para el acceso a la jurisdicción, por un lado, y la motivación escueta en una resolución judicial, por otro.

En relación con el primer aspecto, cabe señalar que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene como primer contenido el derecho a ejercitar acciones ante los Tribunales sin limitación de garantías ni impedimentos para alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y mediante la obtención de una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho (por todas, STC 58/2002). Ahora bien, este acceso a la jurisdicción no es ilimitado, pues puede ser condicionado por el legislador de acuerdo con causas que no sean irrazonables, de modo que este derecho debe ejercerse de manera compatible con las normas y plazos establecidos por la ley.

Como se observa en este caso, el legislador ha establecido un plazo de 20 días hábiles desde la notificación del despido para impugnarlo cuando se considere contrario a Derecho. En consecuencia, la pretensión impugnatoria de un despido tiene un límite de tiempo establecido como un plazo de caducidad, lo que significa que existe un tiempo determinado en el que su titular puede hacer efectiva la impugnación del despido de manera eficaz; de manera que, si este plazo transcurre sin que se haya ejercido dicha acción de impugnación, el derecho se extingue.

Consiguientemente, desde esta primera perspectiva, la inadmisión de la demanda por extemporaneidad en su presentación no vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva de la Sra. Paredes, ya que la presentación de la demanda fuera del plazo establecido por la ley supone una causa de inadmisión objetiva de la demanda (siempre y cuando no concurrieran circunstancias excepcionales que justificaran la presentación de la demanda fuera del plazo establecido por la ley, como por ejemplo la existencia de obstáculos insuperables, que no constan en el presente supuesto de hecho).

Ahora bien, cabe señalar que no cabe la inadmisión no motivada de una demanda, puesto que la tutela judicial resulta otorgada con plena eficacia cuando la decisión consiste en negar de forma no arbitraria o irrazonable la concurrencia de un presupuesto procesal, en este caso, la presentación del escrito de demanda dentro del plazo de caducidad legalmente establecido. Por tanto, el segundo aspecto a considerar es si una motivación escueta es suficiente para considerar que no se vulneran los derechos de acceso a la jurisdicción y a una resolución fundada en Derecho.

En este sentido, la STC 68/2002, señala que “el art. 24.1 requiere que las resoluciones judiciales sean motivadas, lo que corresponde a la finalidad, por una parte, de exteriorizar el fundamento de la decisión (...) y, por otra, de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el ejercicio efectivo de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico. No obstante, ello no significa que las resoluciones judiciales deban contener un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que tengan las partes de la cuestión que se decide, sino que es suficiente, desde el prisma del precepto constitucional citado, que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión”.

Por tanto, si el Auto no hubiera expuesto las razones jurídicas que fundamentan su decisión de inadmisión, se estaría vulnerando el derecho a la tutela efectiva de la Sra. Paredes, pues ello la privaría del derecho a una resolución

motivada y fundada en Derecho, toda vez que le dificultaría su posibilidad de ejercer su derecho a defensa y de impugnar adecuadamente dicha decisión.

Precisamente, en este sentido, la STC 71/2002 señala que “constituye una garantía esencial del justiciable, que el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales comprenda el de obtener una resolución fundada en Derecho. Resolución que habrá de ser de fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos para ello. Y que podrá ser de inadmisión, o de desestimación por algún motivo formal, cuando concurra alguna causa de inadmisibilidad y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma”.

Por lo tanto, en el presente supuesto, el Auto en cuestión, a pesar de ser sucinto en su razonamiento, permite conocer los motivos concretos y los fundamentos jurídicos de la inadmisión (en este caso la presentación de la demanda fuera del plazo legalmente establecido) y, en consecuencia, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la Sra. Paredes.

III. Segunda cuestión

En este segundo supuesto se plantea si la interpretación rigorista del cumplimiento de un requisito formal en el proceso, en este caso personarse en el acto de conciliación con el DNI caducado y por tanto tenerse como incomparecida, lo cual implica la caducidad de la acción, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

Por todas, la precitada STC 58/2002 señala que aunque “la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales constituye una cuestión de estricta legalidad ordinaria, cuya resolución compete exclusivamente a los órganos judiciales (...), se lesiona el derecho fundamental si una resolución judicial interpreta de forma arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurriendo en un error patente, tales presupuestos procesales; y, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, en los casos en que la normativa procesal se haya interpretado de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican”.

Precisamente, ya con anterioridad el Tribunal se había pronunciado en un caso similar en la STC 350/1993, que señala que el requisito de presentación del DNI en un acto de conciliación no tiene un valor autónomo, sino que es de carácter instrumental en la medida en que solo se utiliza para acreditar que el compareciente es el verdadero actor. En consecuencia, el incumplimiento de este requisito no puede convertirse en un motivo para negar cualquier virtualidad a su presencia en el acto de conciliación y, por ende, no puede

conllevar la determinación de incomparecencia sin previamente haber dado la oportunidad de repararlo, puesto que se estaría aplicando una causa legal de forma incompatible con las obligaciones que implica el derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, en el presente supuesto se desprende que la formalidad del precepto fue respetada pues, aunque la Sra. Paredes tenía el DNI caducado, su comparecencia en el acto de conciliación en el lugar y día señalados demostró su voluntad de mantener la demanda.

En definitiva, la Sentencia en cuestión vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la Sra. Paredes debido a la excesivamente formalista y desproporcionada interpretación realizada tanto por el Letrado conciliador como por el Juzgado de instancia, pues desechando la presencia efectiva de la demandante solo tuvieron en consideración la caducidad del DNI, al margen de otros medios para acreditar la identidad de la actora. Consiguientemente, a pesar del defecto administrativo que impidió la correcta identificación de la Sra. Paredes en el acto de conciliación, se produjo una lesión a su derecho a la tutela judicial efectiva, que garantiza que toda persona tenga derecho a acceder a la justicia y a obtener una resolución en un plazo razonable y con todas las garantías procesales, sin que se produzcan indefensiones ni discriminaciones. En consecuencia, al justificar la inadmisión en una interpretación que no era la más favorable al ejercicio del derecho fundamental, el Juzgado privó indebidamente a la Sra. Paredes de resolver la acción por ella ejercitada.

IV. Tercera cuestión

En el último supuesto se nos plantea si la fijación del juicio a cuatro años vista de la presentación de la demanda produce una situación susceptible de vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas al amparo del art. 24.2 CE y se cuestiona su posible relación con la vulneración de la tutela judicial efectiva.

Lo cierto es que el precitado artículo recoge el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, toda vez que el también consagrado derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener una resolución en un plazo razonable, lo que implica que los procedimientos judiciales deben ser diligentes y no dilatarse de forma injustificada, pues ello puede generar una situación de indefensión para la parte demandante y, en consecuencia, vulnerar su mencionado derecho a la tutela judicial efectiva.

Así pues, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6.1 del Convenio de Roma (STEDH de 20 de diciem-

bre de 2016, asunto *Ruiz-Villar c. España*), para apreciar si las dilaciones son o no indebidas, deben aplicarse criterios objetivos a las circunstancias específicas de cada caso, tales como: (i) la complejidad del litigio; (ii) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; (iii) el interés que arriesga el demandante de amparo; (iv) su conducta procesal; y (v) la conducta de las autoridades. Asimismo, el TEDH en su Sentencia de 7 de julio de 1989, asunto *Unión Alimentaria Sanders c. España*, afirmó que el carácter estructural de las dilaciones no puede privar a los ciudadanos de su derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable.

Precisamente en este sentido, en la STC 125/2022 el Tribunal ha declarado que en litigios que carezcan de especial complejidad, como la reclamación de una indemnización debidamente acreditada, la mediación de un lapso temporal entre la presentación de la demanda y el señalamiento del juicio que supere los tiempos medios de resolución de asuntos similares en tales Juzgados supone una demora tal que es constitutiva de una dilación indebida que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a obtener una resolución en un plazo razonable. Si bien la demora puede deberse a motivos estructurales o por sobrecarga de trabajo no imputable al órgano judicial, el Tribunal Constitucional ha declarado que ello no debe impedir apreciar la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, ya que su carácter injustificable persiste en la medida en que el ciudadano es ajeno a tal circunstancia.

Así pues, en el presente supuesto, la fijación del juicio cuatro años después de la presentación de la demanda supone un retraso que puede considerarse excesivo e injustificable que, por ende, vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas de la Sra. Paredes, por lo que cabría perfectamente impugnar el decreto de admisión.

En todo caso, finalmente, debe clarificarse que la STC 142/2010 ha señalado que la Constitución reconoce este derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas con carácter autónomo respecto del derecho a obtener una tutela judicial efectiva, “sin que ello suponga desconocer las innegables conexiones que existen entre ambos derechos; pues el derecho a la jurisdicción contemplado en el art. 24.1 CE no puede entenderse desligado del tiempo en que la tutela judicial de los derechos subjetivos e intereses legítimos debe prestarse”, tal y como se ha reseñado en la jurisprudencia europea anteriormente citada.

21. Garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales: el recurso de amparo ordinario y el recurso de amparo constitucional

Miguel Ángel Sevilla Duro

*Investigador predoctoral FPU en Derecho Constitucional*²⁵

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

Dado el planteamiento y la resolución del supuesto práctico número 18, la entidad sin ánimo de lucro ABC contacta con usted para saber si es posible una revisión del Acuerdo de la Junta Electoral Provincial de Madrid (en adelante, JEP) por parte de la Junta Electoral Central (en adelante, JEC). En este sentido, le consulta si, en caso de que no se consiguiese una resolución estimatoria en vía de Administración, sería posible recurrir a alguna instancia jurisdiccional para lograr el resarcimiento del derecho; y en caso de ser así, cuál sería el procedimiento.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso práctico busca dar respuesta a la consulta formulada por la entidad sin ánimo de lucro ABC, cuyo fin es la defensa de los derechos de los menores de edad, sobre una restricción al ejercicio del derecho fundamental de reunión. Su requerimiento trae causa de una decisión de la Junta Electoral Provincial de Madrid en la que se prohíbe una concentración en la

²⁵ Identificador ORCID: orcid.org/0000-0002-6759-0020. Este supuesto práctico se ha elaborado con la financiación del Ministerio de Universidades a través del programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU19/00310).

vía pública promovida por la citada entidad durante la jornada de reflexión previa a las elecciones a la Asamblea de Madrid celebradas el 4 de mayo de 2021. La entidad ABC solicita asesoramiento acerca de los recursos en vía administrativa y judicial nacional ante el acuerdo de la JEP.

B. Problemas constitucionales

Como problema constitucional surge la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en sede nacional, primero, por vía de amparo ordinario; y posteriormente, por medio del amparo ante el Tribunal Constitucional.

C. Fuentes

Normativa

Artículo 53.2 y 161.1.b) de la Constitución Española.

Artículos 8.3, 41, 43, 44, 46.1.b), 49, 50, 51.1, 52.1, 55 y 81.1, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Artículo 11 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

Artículo 21.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Artículos 23.2 y 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Artículo 228 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Jurisprudencia y resoluciones

Sentencia 170/2008, de 15 de diciembre, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 155/2009, de 25 de junio, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 96/2010, de 15 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 69/2011, de 16 de mayo, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 143/2011, de 26 de septiembre, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 107/2012, de 21 de mayo, del Tribunal Constitucional.

Auto 289/2008, de 22 de septiembre, del Tribunal Constitucional.

Auto 264/2009, de 16 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

Acuerdo 162/2016, de 15 de junio, de la Junta Electoral Central.

D. Solución

Tomando en consideración los argumentos materiales expuestos en la resolución del supuesto práctico núm. 18 de este libro, para lograr el ejercicio y/o resarcimiento del derecho es necesario recurrir el acuerdo de la Junta Electoral Provincial. Cabe plantearse entonces si, al ser la Junta Electoral una Administración, es posible recurrir el Acuerdo de prohibición en vía administrativa.

El único órgano jerárquicamente superior a la Junta Electoral Provincial de Madrid es la Junta Electoral Central. Sin embargo, la LOREG no dota a la JEC de potestad para conocer de recursos ante resoluciones de las JJEEPP. Por tanto, como ha indicado la propia JEC, entre muchos otros, en su Acuerdo 162/2016, de 15 de junio –destacable por su claridad–, frente a la decisión de una JEP en materia de ejercicio del derecho de reunión en periodo electoral la vía de impugnación procedente es el recurso contencioso-administrativo previsto en el artículo 122.1 LJCA, tal y como se desprende de los artículos 11 Ley Orgánica reguladora del derecho de reunión (LORDR) y 21.2 LOREG. En consecuencia, no cabe recurso contra la resolución de la JEP de Madrid en vía administrativa.

Al tratar sobre un ulterior recurso en vía jurisdiccional ha de atenderse a lo dispuesto en los artículos 11 LORDR y 122.1 LJCA, en virtud de los cuales se debe afirmar que ante la resolución de la JEP de Madrid debe interponerse recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales de la entidad (usualmente denominado “amparo ordinario”) ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad de Madrid en un plazo máximo de 48 horas desde la recepción de la resolución de la JEP.

Como indica el artículo 53.2 CE, este recurso de amparo ordinario está basado en los principios de preferencia y sumariedad, lo que implica una reducción de los plazos procesales y una priorización de la respuesta que debe dar el Tribunal al recurso de la entidad frente al Acuerdo de la JEP.

El órgano competente para conocer del recurso contencioso-administrativo es el TSJ de la Comunidad de Madrid, al que la entidad ABC, por medio de su representante legal D. Juan López Pérez –quien suscribió la

comunicación previa-, ha de enviar el recurso pertinente, debiendo conferir su representación a un Procurador y actuando bajo la dirección de un Letrado (artículo 23.2 LJCA). Dicho recurso debe basarse en los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos en el supuesto práctico núm. 18 de este libro y ha de plantearse dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la prohibición, trasladando copia a la JEP como autoridad gubernativa en aras de que ésta remita inmediatamente el expediente.

El Letrado de la Administración de Justicia debería convocar en el plazo de 4 días a un representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y al Sr. López Pérez como representante de la entidad ABC. Les pondría de manifiesto el expediente en caso de haberse recibido, y todos ellos deberían ser oídos por el Tribunal, que resolvería sin posibilidad de ulterior recurso en vía ordinaria (artículo 122.2 LJCA). En su fallo, el TSJ revocaría o mantendría la prohibición de la reunión, a modo de todo o nada en la asunción de los argumentos del recurso. Ello implica que no cabe la posibilidad de que revoque la prohibición y proponga una modificación en las condiciones de la convocatoria (artículo 122.3 LJCA).

La jurisprudencia sobre la materia citada en la resolución del supuesto práctico núm. 18 del libro permite prever una resolución favorable a las pretensiones de la entidad ABC, pues como se ha expuesto *supra* la prohibición excede por mucho el juicio de proporcionalidad y resulta una medida impertinente y contraria a Derecho. Con todo, la imposibilidad de que el TSJ autorice la concentración alternando los elementos de la comunicación previa *ex* artículo 122.3 LJCA podría conllevar a que, entre la prohibición y la autorización intacta, abogase por la primera de las alternativas, manteniendo la resolución de la JEP. Esta decisión, aunque parece improbable, implicaría el fin de la vía ordinaria, lo que conllevaría a que D. Juan López Pérez, representante de la entidad ABC, sólo pudiese recabar la tutela del derecho de reunión por medio de la última vía posible prevista en la Constitución española: el recurso de amparo contra actos jurídicos de la Administración ante el TC (artículos 41 y 43 de la LOTC), quien además de ser el supremo intérprete de la Constitución, es el máximo y último órgano de garantía de la protección de los derechos fundamentales por medio de esta vía procesal (artículo 161.1.b) CE).

Podría plantearse la posibilidad de si, como presupuesto para agotar la vía previa al recurso de amparo, sería necesario plantear el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 228 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil -de aplicación supletoria en el procedimiento contencioso-administrativo *ex* disposición final primera de la LJCA-, que, por su

carácter no devolutivo, habría de ser resuelto por el mismo TSJ. Salvo que se produjera alguna vulneración en la tramitación y/o en la resolución del recurso de amparo ordinario, la respuesta debe ser negativa: no es preciso plantearlo. La vulneración del derecho de reunión ya fue planteada con carácter previo a la resolución del TSJ que habría puesto fin al proceso –de hecho, es el objeto del propio recurso sobre el que el TSJ se pronuncia–. Por tal motivo, el recurso de amparo constitucional puede plantearse directamente tras la resolución del recurso de amparo ordinario.

Es preciso indicar en este punto un hecho de indudable trascendencia: el plazo de presentación del recurso y, en su caso, los plazos de admisión a trámite y resolución del mismo por parte del TC son muy superiores a lo deseado para un resarcimiento eficaz del derecho de reunión, de tal forma que aun con una Sentencia favorable, que tendría efectos estrictamente declarativos, no sería posible celebrar la concentración en la fecha y forma prevista en la comunicación previa. Por ello, podría resultar de interés presentar –en paralelo al recurso del amparo constitucional– otra comunicación previa en la que se propusiera una nueva concentración en fecha y forma diferentes. Esto no sería óbice para continuar reivindicando la vulneración del derecho fundamental, pues el planteamiento del recurso posibilitaría que se reconociese la violación del derecho de reunión en los términos expuestos y, en un segundo plano, también permitiría sentar un importante precedente sobre la materia. Además, podría acarrear otra consecuencia de índole sociopolítico y no jurídico: muy probablemente implicaría una importante repercusión social que, de forma indirecta, contribuiría a difundir los principios y objetivos de la entidad ABC.

Por lo tanto, una vez agotada la vía judicial procedente, la entidad ABC podría recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional invocando su interés legítimo en el resarcimiento del derecho (artículos 162.1.b) CE y 46.1.b) LOTC), pues no por ser persona jurídica resulta ajena al derecho fundamental de reunión. Al igual que en el recurso de amparo ordinario, debería conferir su representación a un Procurador y actuar bajo la dirección de Letrado (artículo 81.1 LOTC); y el plazo para interponer el recurso de amparo sería de 20 días a contar desde la notificación de la resolución del TSJ madrileño por la que se mantendría la prohibición de la concentración (artículo 43.2 LOTC).

Es de suma importancia reseñar que, en contra de lo que erróneamente puede interpretarse, el recurso de amparo a plantear en casos como este es el previsto en el artículo 43 LOTC, relativo a actos del poder ejecutivo o de la Administración, no el del 44 LOTC, relativo a decisiones de órganos judiciales; ni siquiera es uno de los denominados “amparos mixtos”, lo que

tiene consecuencias tanto en el plazo de interposición como en la tramitación. Esto es así porque el origen del recurso de amparo constitucional es la resolución administrativa avalada judicialmente en el amparo ordinario, no la resolución del TSJ. Dicho de otro modo: el recurso de amparo tiene un origen inmediato y directo en un acto de la Administración electoral, y solo mediata e indirectamente en la Sentencia que desestimó el previo recurso contencioso-administrativo, pues dicha resolución judicial se limitó a confirmar la legalidad del acuerdo de la Junta Electoral Provincial impugnado, pero sin incurrir al hacerlo en una nueva –y autónoma– infracción constitucional (constátase una argumentación similar en la STC 96/2010, de 15 de noviembre, FJ 2). Este hecho implica que, como se ha anticipado, el plazo para la interposición es de 20 días, en lugar de los 30 días propios del amparo frente a decisiones de órganos judiciales.

La legitimación de la entidad ABC como recurrente estaría acompañada del cumplimiento del resto de requisitos asociados al planteamiento del recurso de amparo: por un lado, se habrían agotado todos los medios de impugnación previstos dentro de la vía judicial (artículo 43.1.a) LOTC); y por otro, como ya se ha argumentado, la violación sería imputable de modo inmediato y directo al Acuerdo de la Junta Electoral Provincial de Madrid, que tiene carácter firme (artículo 43.3 LOTC). Sin embargo, la admisión a trámite de un recurso de amparo dista de ser sencilla y frecuente.

En el escrito del recurso también debe explicitarse el cumplimiento de los requisitos que se derivan del artículo 49.1 LOTC, a saber: una exposición clara y concisa de los hechos acontecidos, la alusión al artículo 21.1 CE como derecho vulnerado, y la precisión del tipo de amparo que se solicita para preservar –o más bien restablecer– el derecho. Además, el escrito ha de ir acompañado de las copias exigidas en el artículo 49.2 y 3 LOTC. Pero ello no es suficiente para su admisión, sino que también debe justificarse la especial trascendencia constitucional del caso. Esta especial trascendencia constitucional del recurso –incluida como requisito a acreditar en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo– constituye un concepto jurídico indeterminado que aproxima el amparo constitucional a la lógica del *certiorari* propia de la Corte Suprema estadounidense. La especial trascendencia va ligada a la importancia del asunto “para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia” y/o “para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” (artículo 50.1.b) LOTC); y el propio Tribunal, para dotar de mayor previsibilidad a sus actuaciones, ha venido concretando el concepto en una relación de 7 posibles supuestos, *numerus apertus*, desde su

Sentencia 155/2009, de 25 de junio, FJ 3²⁶. Como explicita el ATC 289/2008, de 22 de septiembre, este requisito no puede confundirse con “el de la propia fundamentación de la lesión constitucional denunciada”, sino que es “algo distinto a razonar” (FJ 2) cuya ausencia o insuficiencia se torna en defecto insubsanable (FJ 3).

De este modo, a los fundamentos fácticos, normativos y jurisprudenciales expuestos en el apartado anterior para argumentar la lesión del derecho de reunión se les debería añadir una fuerte fundamentación de la especial trascendencia constitucional, que es causa de, al menos, el 73,57% de las inadmisiones de recursos de amparo constitucional e implica que aunque exista una lesión subjetiva de entidad, incluso estando acompañada de pruebas que la acrediten, si no se justifica la proyección objetiva del amparo solicitado, el recurso podría inadmitirse (SSTC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2; 107/2012, de 21 de mayo, FJ 2; ATC 264/2009, de 16 de noviembre, FJ Único).

De entre los motivos alegables para justificar la especial trascendencia constitucional del caso el supuesto de hecho podría encuadrarse, por un lado, en la negativa implícita del TSJ de la Comunidad de Madrid de acatar la doctrina del TC sobre la materia, así como en la existencia de resoluciones judiciales contradictorias al respecto, siendo un ejemplo de buena práctica –en el sentido de acatamiento de la jurisprudencia del TC– la consolidada doctrina de la práctica totalidad de los Tribunales Superiores de Justicia ante los recursos planteados contra resoluciones de Juntas Electorales Provinciales con ocasión de las concentraciones del 15-M; y un ejemplo de mala práctica –en el sentido de desacatamiento de la doctrina del Constitucional– tanto la resolución del TSJ madrileño en este caso como las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña y Andalucía que fueron declaradas vulneradoras de derechos fundamentales en las SSTC 170/2008, de 15 de

26 Sintéticamente, que el recurso (a) “plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina”, (b) dé ocasión al Tribunal “para aclarar o cambiar su doctrina”, (c) cuando la vulneración “provenga de la Ley o de otra disposición de carácter general”, (d) cuando la vulneración del derecho fundamental “traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva”, (e) cuando la doctrina del TC sobre el derecho fundamental “esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria” o “existan resoluciones judiciales contradictorias” sobre el derecho fundamental, (f) cuando el órgano judicial “haya incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento” de la doctrina del TC o (g), cuando, fuera de los supuestos anteriores, “trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales”.

diciembre, y 96/2010, de 15 de noviembre, respectivamente. Por otro lado, y en paralelo, también podría alegarse la especial trascendencia constitucional del caso en la medida en que la entidad ABC tiene una gran repercusión social, no sólo por haber sido declarada de utilidad pública, sino también por su elevado número de socios y la notable cantidad de personas que se preveía que asistiera a la concentración de acuerdo con la comunicación previa y el relato plasmado en los antecedentes de hecho de este informe. Todo ello sumado a que la finalidad que la asociación persigue es una reivindicación que cuenta con gran apoyo social, razón por la que las actividades de la entidad tienen un importante alcance mediático.

Una vez presentado el recurso en los términos reseñados, la Sección que por turno corresponda debería votar su admisión a trámite, plasmada en Providencia. En caso de unanimidad en los votos, el recurso se admitiría; en caso de que existiera una mayoría de dos tercios, la Sala decidiría sobre su admisión (artículo 50.2 LOTC); y en caso de que hubiera uno o cero votos a favor, se inadmitiría. Contra esta Providencia de inadmisión solamente cabría recurso por parte del Ministerio Fiscal (artículo 50.3 LOTC). En caso contrario, admitida la demanda, la Sala, competente para resolver (aunque podría delegar en una sección *ex art 8.3 LOTC*), requeriría a la Junta Electoral Provincial de Madrid para que en un plazo de 10 días remitiera testimonio de sus actuaciones (artículo 51.1 LOTC), recibido el cual la Sala daría vista al representante legal de la entidad ABC, al Abogado del Estado, a la Administración Pública si estuviera interesada y al Ministerio Fiscal para que presentasen las alegaciones que estimasen oportunas (artículo 52.1 LOTC).

La Sentencia, en caso de otorgar el amparo, habría de declarar la nulidad del Acuerdo de la Junta Electoral Provincial, reconociendo la vulneración del derecho de reunión y adoptando las medidas apropiadas para resarcir a la entidad y, de ser posible, conservar el ejercicio de su derecho (artículo 55 LOTC), si bien, en la práctica, ello será difícil habida cuenta de las particularidades del caso. En el supuesto de que la Sentencia fuese denegatoria de amparo, no podría recurrirse.

En conclusión, ante la resolución de la JEP de Madrid solo cabe interponer recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales de la entidad (amparo ordinario) ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (artículo 122 LJCA); y en caso de ser desestimado, podría plantearse un recurso de amparo contra actos jurídicos de la Administración ante el Tribunal Constitucional (artículo 43 LOTC).

Todo lo anterior debe valorarse sin perder de vista que la protección del derecho de reunión también es posible por medio de las garantías institucionales anejas a los derechos fundamentales; en concreto, la actividad del Defensor del Pueblo en supervisión de la Administración electoral, ya sea de oficio o mediante queja de la entidad ABC o de su representante, y, como se ha citado brevemente, también del Ministerio Fiscal en el marco procesal previsto en el artículo 122.1 LJCA. Además, tanto el Defensor del Pueblo como el Ministerio Fiscal estarían también legitimados para interponer el recurso de amparo ante el TC (artículos 162.1.b) CE y 46.1.b) LOTC).

22. Garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales: los recursos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Miguel Ángel Sevilla Duro

*Investigador predoctoral FPU en Derecho Constitucional*²⁷

Universidad de Castilla-La Mancha

I. PLANTEAMIENTO

Dado el planteamiento y la resolución de los supuestos prácticos número 18 y 21, la entidad sin ánimo de lucro ABC contacta con usted para saber si, en caso de que no se consiguiese una resolución estimatoria ni en vía de Administración ni en vía jurisdiccional nacional, sería posible recurrir a alguna instancia jurisdiccional internacional para lograr el resarcimiento del derecho de reunión; y en caso de ser así, cuál sería el procedimiento.

II. RESOLUCIÓN

A. Supuesto de hecho

El presente caso práctico busca dar respuesta a la consulta formulada por la entidad sin ánimo de lucro ABC, cuyo fin es la defensa de los derechos de los menores de edad, sobre una restricción al ejercicio del derecho fundamental de reunión. Su requerimiento trae causa de una decisión de la Junta Electoral Provincial de Madrid en la que se prohíbe una concentración en la vía pública promovida por la citada entidad durante la jornada de reflexión

²⁷ Identificador ORCID: orcid.org/0000-0002-6759-0020. Este supuesto práctico se ha elaborado con la financiación del Ministerio de Universidades a través del programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU19/00310).

previa a las elecciones a la Asamblea de Madrid celebradas el 4 de mayo de 2021. La entidad ABC solicita asesoramiento acerca de los recursos judiciales a nivel internacional ante el acuerdo de la JEP.

B. Problemas constitucionales

Como problema constitucional surge la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en sedes internacionales, tanto ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

C. Fuentes

Normativa

Artículos 27, 28, 29, 30, 34, 35, 39, 40, 41, 44, 46, 62 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Artículo 12 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Artículos 258, 259, 263, 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Artículo 105 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Artículo 59 del Reglamento interno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Artículo 5 *bis* de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Artículo 102.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

D. Solución

Una hipotética denegación del recurso de amparo por parte del TC, en línea con lo dispuesto en el supuesto práctico núm. 21 del libro, constituiría el fin de todas las vías ordinarias y extraordinarias internas. Podría plantearse entonces qué posibilidades existen a la luz del sistema multinivel de protección de derechos fundamentales; en particular, ante el TJUE y ante el TEDH.

En primer lugar, si se pretende un pronunciamiento por parte del Tribunal de Luxemburgo, debe tomarse en consideración que este solo puede inter-

venir en lo concerniente a la interpretación o aplicación del Derecho de la Unión Europea (DUE), no del derecho interno; esto es, habría que analizar qué disposiciones del Derecho europeo se están viendo vulneradas por la actuación de la Junta Electoral.

La entidad ABC solo cuenta con una vía procesal directa ante el TJUE, que se restringe, *ex* artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), a “los actos [de la Unión] de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución”, supuesto en el que claramente no se encuadra, pues la restricción de la concentración no proviene del Derecho europeo, más allá de que, como se ha expuesto en la resolución del supuesto práctico núm. 18 de este libro, el artículo 12 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra la libertad de reunión pacífica.

Podría, en su caso, plantearse la defensa del derecho vinculándolo al recurso por incumplimiento estatal, mostrando la ausencia de adecuación al DUE de algún precepto nacional que pudiese entrar en juego. Sin embargo, este recurso procesal sólo puede ser ejercido por parte de la Comisión (artículo 258 TFUE) y de los Estados miembros (artículo 259 TFUE); nunca por un particular, por lo que (sin siquiera entrar en su escasa viabilidad) no merece mayor atención.

Quizá, la única vía de interés sería tratar de invocar la intervención del TJUE solicitando a un tribunal interno el planteamiento de una cuestión prejudicial por medio de la cual el Tribunal de Luxemburgo se pronunciase “sobre la interpretación de los Tratados” o “sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión” (artículo 267 TFUE). Esta vía, como es obvio, no procedería una vez desestimado el recurso de amparo, sino que debería haberse planteado o en vía de amparo ordinario ante el TSJ o en vía de amparo constitucional ante el TC.

No parece prudente solicitar a ninguno de estos dos tribunales el planteamiento de la cuestión prejudicial por tres razones: por un lado, el ordenamiento interno y la citada jurisprudencia de aplicación permiten resolver en favor de la entidad ABC el caso presente sin recurrir a las vías del DUE; por otro lado, la normativa aplicable no es estrictamente de DUE, por lo que la intervención del máximo intérprete del mismo no resultaría imprescindible en tanto el litigio versa sobre normas españolas; finalmente, aunque la entidad ABC pudiese instar al TSJ o al TC a formular un Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial, exponiendo sus argumentos al respecto, la decisión es,

en exclusiva, del órgano judicial. Además, el procedimiento desde la solicitud de la entidad al tribunal *a quo* hasta la resolución del TJUE se prolongaría mucho más tiempo del deseado para la protección del derecho (incluso aunque se instase el procedimiento acelerado *ex* artículo 105 del Reglamento de Procedimiento del TJUE); y todo ello sin la garantía de obtener una respuesta afirmativa pues, a juicio de este autor, esta vía es inoportuna, impertinente e inviable.

En consecuencia, en caso de que no se lograra el resarcimiento en vías internas, no parece ni adecuado ni óptimo tratar de recurrir al Tribunal de Justicia en defensa del derecho de reunión, pues ni la restricción proviene del DUE directa o indirectamente ni las vías a disposición de la entidad ABC en relación con el TJUE se prevén de utilidad.

Supuesto diferente es una ulterior demanda individual ante el TEDH, que sí es viable en términos procesales si se plantea en tiempo y forma. En este caso, el Tribunal de Estrasburgo tendría competencia por cuanto la violación invocada se habría cometido por un Estado parte del Consejo de Europa sometido a la jurisdicción del TEDH.

La entidad ABC estaría legitimada para recurrir ante Estrasburgo en razón de lo dispuesto en el artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que permite presentar demandas, además de a personas físicas, a organizaciones no gubernamentales y a grupos de particulares que se consideren víctimas de una violación. Además, la entidad cumpliría con las condiciones de admisibilidad estipuladas en el artículo 35 CEDH, a la sazón: por un lado, haber agotado todas las vías internas de recurso, invocando en estas, como se ha expuesto *supra*, tanto el derecho vulnerado en el marco del CEDH como la doctrina del TEDH; por otro lado, haber presentado la demanda en el plazo de 4 meses a partir de la fecha de la notificación de la Sentencia del TC²⁸; en tercer lugar, haber sufrido un perjuicio importante, acreditándolo fehacientemente; en cuarta instancia, que la queja resulte compatible con lo dispuesto en el CEDH y no se encuentre manifiestamente infundada; y por último, que la demanda esté dirigida contra un Estado parte del Convenio. No puede obviarse a estos efectos que en sede de Estrasburgo no se reclama la vulneración de los derechos ni contra otro particular ni contra una concreta Administración, sino contra el propio Reino de España.

28 Hasta el pasado 1 de agosto de 2021, antes de la entrada en vigor del Protocolo núm. 15 al CEDH, la demanda podía presentarse en un plazo de seis meses (dos más que actualmente) desde la recepción de la notificación de la Sentencia con la que se agotase la vía interna.

A diferencia de en los recursos ante el TSJ y el TC, en el caso del TEDH el representante de la entidad ABC, acreditando su derecho a actuar en nombre de la asociación, podría presentar la demanda directamente por medio de un formulario, sin representación ni asistencia letrada, si bien la intervención de abogado se tornaría imprescindible en el caso de que la demanda fuese comunicada al Gobierno español.

Presentada la demanda, el proceso de admisión podría recaer, o bien en un juez único (que podría declararla inadmisibile o archivarla si el asunto no requiriera de un examen complementario, *ex* artículo 27.1 CEDH), o bien en un Comité de 3 jueces (que podría declararla inadmisibile o archivarla en iguales condiciones o bien declararla admisible y dictar al mismo tiempo Sentencia sobre el fondo si la cuestión ya hubiera dado lugar a jurisprudencia consolidada, *ex* artículo 28. 1 y 2 CEDH –supuesto en el que parece encuadrarse el presente caso a la luz de las Sentencias citadas en apartados anteriores–); y si no se hubiera adoptado ninguna decisión por los anteriores o si el Comité hubiese admitido la demanda pero no dictado Sentencia, la competencia recaería en una Sala de 7 jueces que se pronunciaría sobre la admisibilidad y el fondo (artículo 29.1 CEDH). Incluso, si se entendiese que el asunto pendiente ante esta Sala plantea “una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos” –lo que parece poco probable– esta podría inhibirse a favor de la Gran Sala (artículo 30 CEDH).

Admitida la demanda, el Tribunal procedería al examen contradictorio del caso con el representante de la entidad y el del Reino de España (artículo 39 CEDH), y para ello podría exigir a ABC más evidencias y observaciones por escrito de la violación del derecho (artículo 59 del Reglamento interno del TEDH). Además, sin perjuicio de que estas se soliciten o no, se podrían entablar negociaciones dirigidas a lograr un acuerdo amistoso que diera lugar al archivo del asunto y cuyo cumplimiento habría de ser supervisado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (artículos 39 CEDH y 62 del Reglamento). El Tribunal podría estimar oportuna la celebración de una vista pública (artículo 40 CEDH), tras la cual deliberaría y dictaría Sentencia. Dado que la misma, aun estimando la demanda íntegramente, difícilmente repararía las consecuencias de la violación, el TEDH podría conceder a la entidad ABC una satisfacción equitativa (artículo 41 CEDH).

La Sentencia, que presumiblemente sería dictada por una Sala, sería definitiva siempre que o bien las partes no solicitasen la remisión del asunto ante la Gran Sala, o bien se solicitase pasado un plazo de tres meses o bien se solicitase y el colegio de la Gran Sala la rechazara (artículo 44.2 CEDH), publicándose posteriormente (artículo 44.3 CEDH). Esta Sentencia sería

vinculante, por lo que en caso de estimar la existencia de una violación al derecho de reunión de la entidad ABC, España debería acatarla, y el Comité de Ministros del Consejo de Europa velaría por su ejecución evaluando las medidas adoptadas para resarcir a la entidad (artículo 46.1 y 2 CEDH)²⁹.

Habida cuenta del origen administrativo de la violación, así como de su naturaleza, gravedad y efectos –que habrían cesado de forma previa a la interposición de la demanda ante el TEDH–, no sería necesario interponer un recurso de revisión en los términos de los artículos 5 *bis* de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y 102.2 LJCA.

Consecuentemente, en caso de que no se lograra el resarcimiento en vías internas, es pertinente que la entidad ABC presente una demanda individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues se dan las condiciones de admisibilidad y la jurisprudencia de este en relación con la libertad de reunión garantizada en el CEDH se encuentra acorde con la pretensión que se ostenta.

29 En el (improbable) caso de que España incumpliera con lo dispuesto en la Sentencia, el Comité de Ministros lo notificaría formalmente y, por mayoría de dos tercios, plantearía al Tribunal la cuestión de si realmente acontece un incumplimiento. En caso de que el TEDH concluyese que sí, remitiría el asunto al Comité de Ministros para que este examinase las medidas oportunas a adoptar (artículo 46.4 y 5 CEDH).

COLECCIÓN ATENEA

Se dice de Sócrates que adoptó el diálogo como método de enseñanza: el aprendizaje como una conversación dirigida donde, de pregunta en pregunta, se lleva al interlocutor a la conclusión deseada. El secreto es, por tanto, saber hacer las preguntas correctas que permitan abordar un tema en concreto. De esta forma, en el método socrático se practica la inducción en un determinado contexto: a partir de la observación de un hecho o supuesto se reflexiona y discierne lo variable de lo fijo, lo accidental de lo sustancial, y se intenta hallar el trasfondo común, definible y permanente del asunto.

Este método del caso, en síntesis, consiste en el planteamiento de un supuesto práctico, preferiblemente real o, cuanto menos, verosímil, sobre el que los estudiantes reflexionan y discuten con la dirección del profesor para, mediante las conclusiones a las que se alcancen, exponer las nociones básicas, generales y teóricas de un determinado tema. De esta forma, a la vez que los estudiantes participan tratando de resolver los supuestos prácticos de Derecho Constitucional planteados con sus conocimientos previos o a partir de lecturas propuestas antes del comienzo de la clase, van descubriendo el trasfondo jurídico de la materia sobre la que se va a profundizar. Tras la aproximación o resolución del caso por parte de los alumnos, este se reorienta, corrige y completa por el profesor.