



CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES
DE CATALUNYA

Nota en relació amb el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries 17/2014, de 14 d'agost, sobre la Proposició de Llei per a garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transsexuals i intersexuals i per a eradicar l'homofòbia i la transfòbia

Conclusions del Dictamen:

***Única.** Els articles 26 bis, 30, 31 i 32, i la resta de preceptes del capítol IV del títol IV de la Proposició de Llei per a garantir els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transsexuals i intersexuals i per a eradicar l'homofòbia i la transfòbia, no són contraris a la Constitució, sens perjudici de les observacions de tècnica legislativa contingudes en el fonament jurídic tercer. Adoptada per unanimitat.*

Els diputats sol·licitants qüestionen la constitucionalitat de l'article 26 bis, relatiu a la inversió de la càrrega de la prova, i tot el capítol IV del títol IV de la Proposició de Llei, referit al règim d'infraccions i sancions, i en especial els seus articles 30, 31 i 32. En essència, critiquen, d'una banda, la coexistència d'aquest règim sancionador amb el Codi penal, de la qual es podria derivar tant la vulneració de les competències estatals sobre legislació penal, sobre legislació processal i sobre regulació de les condicions bàsiques que garanteixin la igualtat, com la sostracció de funcions pròpies dels òrgans jurisdiccionals i de la fiscalia. I, de l'altra, plantegen l'afectació a la presumpció d'innocència que podria resultar de la inversió de la càrrega de la prova prevista en l'article 26 bis.

El nostre ordenament constitucional es caracteritza per admetre una dualitat de sistemes sancionadors (penal i administratiu) que, com ha afirmat la STC 77/1983, de 3 de octubre (FJ 4), troba el seu fonament en l'article 25 CE. Dit això, però, la Constitució no determina cap criteri de distribució entre allò que pugui correspondre a la potestat administrativa sancionadora i el que pertoca a la legislació penal, que, com és sabut, actua exclusivament a través dels procediments judicials. Això vol dir que resta en mans del legislador efectuar l'avantdita distribució, tenint en compte, però, d'una banda, que corresponen a la legislació penal les sancions que consisteixen en la pèrdua de drets civils i polítics o en una pena privativa de llibertat (art. 25.3 CE) i, d'altra banda, que són propis del dret penal els principis de fragmentarietat i *ultima ratio*.

A partir d'aquí, es pot afirmar, doncs, que, amb l'excepció que acabem d'assenyalar, la tipificació de les infraccions i la corresponent imposició de sancions es pot vehicular tant a través de la jurisdicció penal com en via administrativa. En la lluita contra la discriminació regeix també aquesta ambivalència, partint, òbviament, del fet que, abans d'acudir als remeis sancionadors, el millor per aconseguir eliminar-la és l'establiment de polítiques socials, econòmiques i culturals de promoció de la igualtat (art. 40.8 EAC), així com programes de formació, conscienciació i sensibilització. En qualsevol cas, ha de quedar clar, perquè així ho ha establert el Tribunal Constitucional, que el fet que la regulació de les infraccions i sancions afecti l'àmbit dels drets fonamentals no implica que tota la regulació del dret administratiu sancionador sigui competència exclusiva de l'Estat i exclouï les comunitats autònomes (STC 87/1985, de 16 de juliol, FJ 8, i STC 218/2013, de 19 de desembre, FJ 5).

D'acord amb l'article 149.1.6 CE, la competència en matèria de legislació penal correspon en exclusiva a l'Estat, fet que impedeix, aquí sí, que les comunitats autònomes puguin tipificar de manera efectiva i concreta cap supòsit de responsabilitat penal (STC 142/1988, de 12 de juliol, FJ 7). A més, en matèria penal regeix una reserva de llei orgànica, que exclou també que les comunitats autònomes puguin modificar o derogar normes pròpies d'aquesta branca de l'ordenament.

Pel que fa a la competència per dictar normes reguladores del procediment sancionador, n'hi ha prou amb recordar que la Generalitat la té per a regular «el procediment administratiu de les administracions públiques catalanes» (art. 159.2 EAC) i que la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, regula en els articles 102 a 106 els elements estructurals del procediment sancionador, que tenen el seu desenvolupament a l'Administració de la Generalitat en el Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat. Tal i com ha establert el Tribunal Constitucional des de la STC 227/1988, de 29 de novembre (FJ 32), la regulació del procediment administratiu «es una competencia conexas a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración».

D'altra banda, «la potestad sancionadora no constituye un título competencial autónomo» (STC 37/2002, de 14 de febrer, FJ 13), sinó que, com reproduceix una consolidada jurisprudència constitucional (entre d'altres, les Sentències 124/2003, de 19 de juny, FJ 8; 157/2004, de 21 de setembre, FJ 15, i, més recentment, 218/2013, FJ 5) i recull la nostra doctrina consultiva (DCGE 25/2010, de 22 de desembre, FJ 3, i 13/2013, de 10 d'octubre, FJ 3), dita potestat sancionadora resta vinculada a la competència sobre la matèria substantiva en qüestió. Per això, el Consell considera convenient que en el capítol IV del títol IV es precisi quins són els àmbits o sectors d'activitat competència de la Generalitat o dels ens locals en què s'apliquen les infraccions que no ho especifiquen expressament, encara que una interpretació sistemàtica i integrada de tota la Proposició de llei permet descartar que per aquesta via es produeixi cap vulneració de la Constitució.

Resolt això, es pot concloure que el capítol IV del títol IV de la Proposició de llei no sostreu el possible enjudiciament per part de la jurisdicció penal dels fets que puguin constituir delictes o falta i, consegüentment, no és contrari als articles 149.1.6 CE (competència estatal sobre la legislació penal i processal), 117.3 CE (funcions dels jutjats i tribunals) i 124 CE (funcions del Ministeri Fiscal), perquè el règim sancionador que estableix, amb control judicial posterior, és administratiu i no penal, encara que la seva hipotètica superposició —en tot cas, parcial— pugui constituir una tècnica legislativa clarament defectuosa i, per tant, desaconsellable.

A part de la seva afectació per la distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes, ja examinada, la potestat sancionadora de l'Administració resta sotmesa amb caràcter general als mateixos límits i principis que regeixen per a l'ordre penal i que vénen fixats pels articles 24 i 25 CE (STC 18/1981, de 8 de juny, FJ 2), cosa que no es tradueix en una estricta aplicació literal, sinó «en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE» (STC 70/2008, de 23 de juny, FJ 4).

En aquest sentit, el primer dels principis al qual ens hem de referir com a incardinat també, de forma ineludible, en el règim administratiu sancionador, és el principi de legalitat penal (art. 25.1 CE), que incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, i s'articula a través d'una doble garantia: material i formal.

Des de la perspectiva material, es tradueix en l'exigència de la predeterminació normativa, o el que és el mateix, en el principi de tipicitat o taxativitat, que implica que la llei ha de descriure el supòsit de fet delimitat de forma estricta (*lex certa*), és a dir, ha de predeterminar les conductes il·lícites i les sancions que els són aplicables amb un grau de certesa suficient (STC 145/2013, d'11 de juliol, FJ 4, entre moltes altres). Aquesta exigència de claredat i precisió, que, d'acord amb aquesta mateixa jurisprudència, opera amb més rigor en les sancions penals que en les administratives, s'erigeix, doncs, en un aspecte fonamental del principi de legalitat i significa que constitucionalment no es poden admetre formulacions tan obertes per la seva amplitud, vaguetat o indefinició que la seva efectivitat acabi depenent d'una decisió pràcticament lliure i arbitrària de l'aplicador de la norma.

La garantia formal, per la seva banda, es refereix, com ja vàrem tenir ocasió d'assenyalar en el nostre Dictamen 17/2010, de 15 de juliol (FJ 7), al rang normatiu dels preceptes que tipifiquen les infraccions i sancions, «que ha de ser legal y no reglamentario de conformidad con el término “legislación vigente” contenido en el art. 25.1 CE (por todas STC 77/2006, de 13 de marzo, FJ único y jurisprudencia allí citada)» (STC 145/2013, FJ 4).

Tot i això, el mateix Tribunal, ja des de la predita Sentència 77/1983, ha matisat (i així ho recull també l'art. 129.3 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú —LRJAPPAC—) que l'abast d'aquesta reserva de llei no és tan rigorós en l'àmbit del dret administratiu sancionador com ho és en les sancions penals, sense excloure «la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» (STC 16/2004, de 23 de febrer, FJ 5).

Integrat en aquest mateix principi de legalitat i malgrat que l'article 25.1 CE no hi faci referència expressa, l'Alt Tribunal hi ha inclòs també el principi *non bis in idem*. En virtut d'aquest principi, resta vedada la imposició d'una dualitat de sancions «en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento» (STC 2/2003, de 16 de gener, FJ 3, entre moltes altres). És a dir, la garantia que representa la prohibició del *bis in idem* es configura com un dret fonamental (STC 154/1990, de 15 d'octubre, FJ 3 i 2/2003, FJ 3), que, com dèiem, impedeix sancionar una persona en més d'una ocasió pel mateix fet amb el mateix fonament, a través de la substanciació d'una dualitat de procediments sancionadors, i això abstracció feta de la seva naturalesa penal o administrativa. Allò que resta constitucionalment proscriu és, doncs, l'aplicació de dues normes sancionadores, així com també el posterior enjudiciament, quan el mateix fet ha estat ja jutjat en un primer procediment en el qual s'ha dictat una resolució amb efecte de cosa jutjada (STC 2/2003, FJ 3), però no la mera coexistència normativa de procediments sancionadors.

En connexió amb l'anterior, el Tribunal Constitucional ha afirmat que, en el nostre ordenament, regeix la regla de preferència o precedència de la jurisdicció penal sobre l'Administració, en aquells casos en què els fets a sancionar puguin ser no només constitutius d'infracció administrativa, sinó també de delictes o falta d'acord amb el Codi penal. D'aquesta regla el Tribunal n'ha derivat una triple exigència: «a) el necesario control a posteriori por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada» (STC 2/2003, FJ 3.c).

Així, doncs, el legislador estatal, únic competent en matèria de legislació penal, té llibertat per decidir quins fets han de ser objecte de sanció penal, i, un cop ho ha fet, «la norma contenida en la disposición administrativa deja de ser aplicable y sólo los órganos judiciales integrados en la jurisdicción penal son órganos constitucionalmente determinados para conocer de dicha infracción y ejercer la potestad punitiva estatal» (STC 2/2003, FJ 9). En definitiva, podem concloure que sempre ha de prevaler l'aplicació preferent de la norma penal, de manera que en el cas que els fets també reunissin els elements per ser qualificats de delictes o falta i s'hagi iniciat un procés penal, l'Administració no pot imposar la sanció corresponent a la infracció administrativa, sinó que ha de suspendre preceptivament el procediment prèviament iniciat (art. 7.2 del Reial decret 1398/1993, de 4 d'agost, pel qual s'aprova el Reglament del procediment per a l'exercici de la potestat sancionadora, i art. 5.1 del Decret 278/1993, de 9 de novembre, sobre el procediment sancionador d'aplicació als àmbits de competència de la Generalitat).

En l'àmbit de les sancions administratives, com en el de les penals, regeix també el principi de culpabilitat, que suposa la imputació per dol o culpa de l'acció que se sanciona. És a dir, no hi caben criteris merament objectius o, el que és el mateix, s'exclou «la imposición de sanciones

por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente» (STC 76/1990, de 26 d'abril, FJ 4.A). Així mateix, la jurisprudència constitucional ha sostingut que el règim sancionador ha de procurar que hi hagi proporcionalitat entre la gravetat dels comportaments prohibits i les conseqüències sancionadores que preveu la llei (STC 145/2013, FJ 6).

D'acord amb tot el que s'ha dit anteriorment, es pot examinar a continuació l'adequació a la Constitució dels preceptes de la Proposició de llei que han estat impugnats de manera independent.

L'article 30 de la Proposició de llei conté una remissió a la normativa del procediment sancionador aplicable als àmbits de competència de l'Administració de la Generalitat, la qual cosa, tractant-se d'un procediment administratiu, troba empara en la competència compartida de la Generalitat sobre el procediment de les administracions públiques catalanes (art. 159.2 EAC) i no vulnera els articles 117.3 i 149.1.6 CE perquè no afecta de cap manera la potestat jurisdiccional ni la competència estatal en matèria de «legislació processal».

De l'article 31 de la Proposició, que conté el llistat d'infraccions, poden presentar dubtes de constitucionalitat les infraccions lleus recollides en el seu apartat 3. A aquest respecte hem de recordar que tant el TEDH com el TC permeten restringir la llibertat d'expressió quan el discurs insulta, degrada o incita a l'odi contra persones o grups, entre altres motius, per raó de la seva orientació sexual. Ara bé, en el cas de la lletra *b* de l'article 31.3, la seva redacció actual castiga, entre d'altres, l'emissió intencionada d'expressions vexatòries que incitin a la violència sense cap relació amb l'orientació sexual, cosa que l'allunya de la finalitat de la Proposició de llei, fet pel qual el Consell suggereix que sigui modificat per tal que es limiti a reprimir les vexacions intencionades que incitin a la violència i tinguin, a més, connotacions homofòbiques, transfòbiques o bifòbiques (com l'article 31.4.d, excepte pel fet que aquest últim no té en compte les bifòbiques). També seria aconsellable una redacció diferent en el cas de l'article 31.3.c, ja que la formulació «Tenir comportaments que suposin aïllament, rebuig o menyspreu públic, notori i explícit de persones» no posa prou èmfasi en l'aspecte lesiu de la conducta per a la víctima, problema que es podria corregir substituint-la, per exemple, per l'expressió «Realitzar actes d'aïllament, rebuig o menyspreu públic, notori i explícit de persones». Ara bé, això no suposa que l'article 31 contingui cap vulneració de la Constitució, ja que respecta tant els principis de tipicitat i culpabilitat (art. 25.1 CE) com la llibertat d'expressió (art. 20.1.a CE).

Ni l'examinat article 31 ni el 32, relatiu a les sancions, vulneren l'article 149.1.1 CE, que impedeix a les comunitats autònomes afectar les condicions bàsiques que garanteixen la igualtat de tots els espanyols en l'exercici dels drets constitucionals. Segons es desprèn de les STC 87/1985, de 16 de juliol (FJ 8) i 136/1991, de 20 de juny (FJ 1), els règims sancionadors autonòmics no poden introduir divergències irraonables i desproporcionades al fi perseguit respecte de l'esquema sancionador establert a la legislació estatal. I, com en aquest cas no existeix un règim sancionador administratiu estatal, no es dona un dels requisits que exigeix l'esmentada jurisprudència constitucional per apreciar aquesta suposada vulneració de la igualtat, ja que no disposem de paràmetre comparatiu per poder enjudiciar la constitucionalitat de la regulació autonòmica qüestionada. A més, les conductes considerades infraccions a l'article 31 i per a les quals l'article 32 preveu sancions, són il·lícites a la resta de l'Estat, ja que estan expressament prohibides o atempten contra drets fonamentals.

Finalment, s'examina l'article 26 *bis* de la Proposició de llei, referit a la inversió de la càrrega de la prova, que estableix que la presentació, en un procés o procediment, d'indicis fonamentats de discriminació per raó d'orientació sexual, identitat de gènere o expressió de gènere, provoca que la part a la qual s'imputa la situació discriminatòria hagi d'aportar una justificació objectiva i raonable, suficientment provada, de les mesures adoptades i de llur proporcionalitat. Aquesta tècnica probatòria troba empara en la jurisprudència constitucional, que l'ha admès com a mecanisme de tutela davant la dificultat probatòria dels motius contraris als drets fonamentals i a la igualtat (STC 38/1981, de 23 de novembre, FJ 3; 151/2004, de 20 de setembre, FJ 2, i 41/2006, de 13 de febrer, FJ 4, entre d'altres), i se situa en la línia de les Directives del Consell

CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA

2004/113/CE, de 13 de desembre, per la qual s'aplica el principi d'igualtat de tracte entre homes i dones en l'accés a béns i serveis i el seu subministrament, i 2000/78/CE, de 27 de novembre, relativa a l'establiment d'un marc general per a la igualtat de tractament en el treball i l'ocupació, que han estat incorporades per la legislació estatal. A aquest article 26 *bis* se li imputa la vulneració del principi de presumpció d'innocència establert a l'article 24.2 CE (que, en l'àmbit del dret sancionador, penal i administratiu, imposa la càrrega de provar els fets i la culpabilitat a qui exercita la pretensió punitiva), per invertir la càrrega de la prova en els procediments administratius sancionadors, però aquesta circumstància no és possible que es produeixi, com a conseqüència de l'establert a l'apartat 3 de l'article 26 *bis*, que exclou l'aplicació de la inversió de la càrrega de la prova en els processos penals i en els procediments administratius sancionadors.

Barcelona, 18 d'agost de 2014