



CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES  
DE CATALUNYA

**D I C T A M E N 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**

---

El Consell de Garanties Estatutàries, amb l'assistència del president Joan Egea Fernández, del vicepresident Pere Jover Presa, dels consellers Eliseo Aja, Marc Carrillo i Jaume Vernet Llobet, del conseller secretari Àlex Bas Vilafranca, i dels consellers Francesc de Paula Caminal Badia, Joan Ridao Martín i Carles Jaume Fernández, ha acordat emetre el següent

**D I C T A M E N**

Sol·licitat per més d'una desena part dels diputats del Parlament de Catalunya, respecte al Dictamen de la Comissió de Benestar, Família i Immigració 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 (BOPC núm. 363, de 15 de juliol de 2014).

## **A N T E C E D E N T S**

1. El dia 18 de juliol de 2014 va tenir entrada en el Registre del Consell de Garanties Estatutàries (Reg. núm. 4162) un escrit de la presidenta del Parlament de Catalunya, de la mateixa data, en què es comunicava al Consell, per Resolució de la presidència del Parlament de 18 de juliol de 2014, i de conformitat amb els articles 16.1.b i 23.b de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, del Consell de Garanties Estatutàries, l'admissió de la sol·licitud de dictamen presentada el 18 de juliol de 2014 per més d'una desena part dels diputats del Parlament de Catalunya, del Grup Parlamentari del Partit Popular de Catalunya, en relació amb l'adequació a la Constitució i a l'Estatut d'autonomia del Dictamen de la Comissió de Benestar, Família i Immigració 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, i d'una manera especial sobre l'article 26 bis i el capítol IV del títol IV, sobre el règim d'infraccions i sancions, en general, i més concretament, dels articles 30, 31 i 32.

2. El Consell de Garanties Estatutàries, en la sessió del dia 23 de juliol de 2014, després d'examinar la legitimació i el contingut de la sol·licitud, la va admetre a tràmit i es va declarar competent per emetre el dictamen corresponent, d'acord amb l'article 24.2 de la seva Llei reguladora. Se'n va designar ponent el president senyor Joan Egea Fernández.

3. En la mateixa sessió, en aplicació de l'article 25, apartats 4 i 5, de la seva Llei reguladora, va acordar adreçar-se als sol·licitants, al Parlament, a tots els grups parlamentaris i també al Govern, a fi de sol·licitar-los la informació

i la documentació complementàries de què disposessin amb relació a la norma sotmesa a dictamen.

4. En data 28 de juliol de 2014 es va rebre en el Registre del Consell (Reg. núm. 4181) un escrit de documentació complementària tramès pel Grup Parlamentari d'Esquerra Republicana de Catalunya amb comentaris respecte de les al·legacions formulades en la petició de dictamen.

5. En data 4 d'agost de 2014 es va rebre en el Registre del Consell (Reg. 4195) un escrit de la vicepresidenta del Govern de la Generalitat, que adjuntava com a documentació complementària una nota sobre l'adequació a l'Estatut i a la Constitució de la Proposició de Llei objecte de dictamen, elaborada, en data 30 de juliol de 2014, per l'Assessoria Jurídica del Departament de Benestar Social i Família.

6. Finalment, després de les corresponents sessions de deliberació, es va fixar com a data per a la votació i per a l'aprovació del Dictamen el dia 14 d'agost de 2014.

## **FONAMENTS JURÍDICS**

### ***Primer. L'objecte del Dictamen***

Tal com s'ha posat de manifest en els antecedents, més d'una desena part de diputats del Parlament de Catalunya sol·liciten d'aquest Consell dictamen sobre l'adequació a l'Estatut i a la Constitució 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 (en endavant, Proposició de Llei), a

l'empara del que preveuen l'article 76.2.b de l'Estatut i l'article 23.b de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, del Consell de Garanties Estatutàries.

Per tal de delimitar l'objecte del nostre Dictamen, escau, en primer lloc, descriure breument el contingut de la Proposició de Llei sol·licitada i indicar el context normatiu del qual forma part, per exposar, seguidament, els dubtes concrets de constitucionalitat que susciten determinats preceptes de la Proposició de Llei en els diputats sol·licitants. Finalment, indicarem l'estructura que adoptarà el Dictamen per tal de donar resposta a la sol·licitud.

1. El Dictamen de la Comissió de Benestar, Família i Immigració sobre la Proposició de Llei, que és l'objecte de la sol·licitud, consta de trenta-nou articles, dividits en cinc títols, i de quatre disposicions addicionals, dues de transitòries i dues de finals.

L'objecte de la Proposició de Llei, d'acord amb l'article 1, és «establir i regular els mitjans i les mesures per a fer efectiu el dret a la igualtat i a la no-discriminació per raó d'orientació sexual, d'identitat de gènere o d'expressió de gènere, en els àmbits, tant públics com privats, sobre els quals la Generalitat i els ens locals tenen competències».

En el títol preliminar, integrat pels articles 1 a 6, sota la rúbrica «Disposicions generals», es regula també la finalitat de la Llei (art. 2), que consisteix en «establir les condicions per les quals els drets de lesbianes, gais, bisexuals, transsexuals i intersexuals [...] siguin reals i efectius; facilitar-los la participació i la representació en tots els àmbits de la vida social; i contribuir a la superació dels estereotips que afecten negativament la percepció social d'aquestes persones». La Llei s'aplica, d'acord amb l'article 3, a «qualsevol persona, física o jurídica, de dret públic o privat» i la Generalitat i els ens locals, en els àmbits competencials respectius, han de garantir el seu

compliment. L'article 4 formula, als efectes d'aquesta llei, les definicions de diferents tipus de discriminació, com ara la directa, la indirecta, la múltiple, la discriminació per associació i per error, així com de l'ordre de discriminar, de l'assetjament per raó de l'orientació sexual, la identitat de gènere o l'expressió de gènere, de la represàlia discriminatòria i de la victimització secundària. L'article 5 conté una clàusula general antidiscriminatòria, tot establint que el dret a la no-discriminació constitueix un principi informador de l'ordenament jurídic català i vincula tant els poders públics com els particulars. Clou aquest títol preliminar l'article 6, que enumera un conjunt de principis orientadors de l'actuació dels poders públics amb relació a les persones lesbianes, gais, bisexuals, transsexuals i intersexuals (en endavant, LGBTI).

El títol I (art. 7 a 9) conté diverses previsions organitzatives en relació amb l'aplicació de la llei. Es crea el Consell Nacional de Lesbianes, Gais, Bisexuals, Transsexuals i Intersexuals com a espai de participació ciutadana i òrgan consultiu de les administracions catalanes (art. 7). Es preveu l'existència dins el Govern d'un òrgan coordinador de les polítiques en relació amb les persones LGBTI desplegades pels diversos departaments (art. 8), al qual s'assigna, a més, la responsabilitat d'oferir un servei d'atenció integral per atendre aquestes persones (art. 9).

El títol II (art. 10 a 21) regula les polítiques públiques per promoure la igualtat efectiva de les persones LGBTI. Els preceptes continguts en aquest títol tenen per objecte diferents accions, mesures i activitats dels poders públics en tot un ventall d'àmbits sectorials, com ara l'educació, la cultura i l'esport, els mitjans de comunicació, la salut, l'acció social, l'ordre públic, la participació, el mercat de treball i la protecció de les famílies.

El títol III, integrat exclusivament per l'article 22, es refereix a les obligacions de les administracions públiques de Catalunya en relació amb les

persones transsexuals. En particular, s'estableix que poden acollir-se a les mesures i accions previstes en la llei «sense que calgui cap diagnòstic de disfòria de gènere ni cap tractament mèdic».

El títol IV (art. 22 bis a 34) està dedicat als mecanismes per garantir el dret a la igualtat i la no-discriminació de les persones LGBTI, tot articulant la regulació en quatre capítols. El capítol I, relatiu a les disposicions generals, inclou, d'una banda, el contingut de la tutela judicial i administrativa davant les vulneracions del dret a la igualtat de les persones LGBTI (art. 22 bis), i, d'altra banda, la legitimació col·lectiva corresponent a les entitats, associacions i organitzacions legalment constituïdes que tinguin entre llurs finalitats la defensa i la promoció dels drets humans, sempre amb l'autorització de la persona o persones afectades, per tal de defensar els seus drets en els procediments administratius o judicials, d'acord amb els termes establerts, en aquest darrer cas, per les lleis processals (art. 22 *ter*). En el capítol II (art. 23) es regula el dret d'admissió en relació amb la discriminació per raó d'orientació sexual, identitat de gènere i expressió de gènere. El capítol III conté diferents especificacions del dret a l'atenció i a la reparació de les persones LGBTI, com ara el dret a una protecció integral, real i efectiva de les persones que pateixen o es troben en risc de patir discriminació o violència (art. 24), la previsió de nul·litat de ple dret de les disposicions, actes o clàusules dels negocis jurídics que provoquen discriminació (art. 25), el dret a l'atenció i a l'assistència jurídica (art. 26) i la inversió de la càrrega de la prova «[d]acord amb el que estableixen les lleis processals i reguladores dels procediments administratius» (art. 26 bis). Finalment, el capítol IV (art. 28 a 34) prescriu el règim d'infraccions i sancions, el contingut del qual es descriurà més endavant, en ser, específicament, l'objecte de la petició de dictamen.

2. Una vegada descrit sumàriament el contingut de la Proposició de Llei, per tal d'escatir-ne millor l'objecte i la significació, és necessari tenir en compte el context normatiu en el qual s'insereix.

La interdicció de la discriminació per raó d'orientació sexual i l'adopció de mesures de tutela antidiscriminatòria en aquest àmbit constitueix una realitat normativa relativament nova, que té el seu origen en l'impuls, principalment, del dret europeu. En aquest sentit, cal recordar que la Carta de drets fonamentals de la Unió Europea, proclamada pel Parlament Europeu, el Consell de la Unió Europea i la Comissió Europea el 7 de desembre de 2000 a Niça, conté a l'article 21 una específica prohibició de la discriminació exercida per raó d'orientació sexual. Aquell mateix any, es va aprovar la Directiva 2000/78/CE del Consell, de 27 de novembre, relativa a l'establiment d'un marc general per a la igualtat de tractament en el treball i l'ocupació, la qual té per objecte l'adopció de mesures per lluitar contra la discriminació, entre altres motius, per raó d'orientació sexual (art. 1). Així mateix, cal fer esment que l'article 19 del Tractat de funcionament de la Unió Europea atribueix competències a la Unió per a adoptar actes legislatius per lluitar contra determinades formes de discriminació, entre les quals se cita la basada en l'orientació sexual. Posteriorment, aquesta tendència s'ha recollit també en l'àmbit del Consell d'Europa, tant pel Comitè de Ministres com pel Tribunal Europeu de Drets Humans, com veurem més endavant (FJ 3.2.C).

Pel que fa a la Constitució espanyola, l'article 14 CE no inclou l'orientació sexual com a motiu de discriminació expressament prohibit. Ara bé, el Tribunal Constitucional, des de la STC 41/2006, de 13 de febrer (FJ 3) i amb posterioritat (per exemple, a la STC 92/2014, de 10 de juny, FJ 4), ha interpretat que aquest tipus de discriminació s'ha d'entendre comprès a la clàusula «qualsevol altra condició o circumstància personal o social» a la qual es refereix, com a motiu o raó de caràcter obert, la interdicció de discriminació proclamada en el precepte constitucional. Juntament amb

aquest mandat constitucional, la legislació estatal ha incorporat determinades mesures d'equiparació d'aquestes persones i de lluita contra la discriminació de què són objecte. Així, d'una banda, la Llei 62/2003, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social (art. 34 a 43) va incorporar al nostre ordenament la Directiva 2000/78/CE, citada, tot introduint diferents mesures de tutela antidiscriminatòria en l'àmbit del treball i l'ocupació, mitjançant la modificació, entre d'altres, de l'Estatut dels treballadors i el Text refós de la Llei d'infraccions i sancions en l'ordre social, aprovat pel Reial decret legislatiu 5/2000, de 4 d'agost. D'altra banda, durant la VIII legislatura es van aprovar una sèrie de normes d'equiparació dels drets de les persones integrants d'aquests col·lectius, com ara la Llei 13/2005, d'1 de juliol, per la qual es modifica el Codi civil en matèria de dret a contreure matrimoni, que va estendre aquest dret a les persones del mateix sexe; la Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre tècniques de reproducció humana assistida, que permet que la dona casada amb una altra dona pugui autoritzar a favor d'aquesta última la determinació de la filiació dels fills nascuts mitjançant aquestes tècniques, i la Llei 3/2007, de 15 març, reguladora de la rectificació registral de la menció relativa al sexe de les persones, que permet l'accés al Registre Civil dels canvis de sexe, així com del nom, a les persones transsexuals.

Més enllà d'aquestes normes de caràcter sectorial, a l'Estat no s'ha aprovat una norma antidiscriminatòria amb caràcter general i transversal en favor de les persones els drets de les quals són regulats per aquesta Proposició de Llei. Des de l'aprovació del Codi penal de 1995 (en endavant, CP) existeixen, però, tot un seguit de preceptes que ofereixen tutela penal davant determinats tipus d'actes discriminatoris per raó, entre altres motius, d'orientació sexual. Així, amb caràcter general, es preveu un agreujant genèric per la comissió de fets tipificats com a delictes per motius discriminatoris, entre els quals s'inclouen expressament els relatius a l'orientació sexual de la víctima (art. 22.4 CP) i, específicament, es tipifiquen



els delictes de provocació a la discriminació, l'odi o la violència contra grups o associacions (art. 510.1 CP), de difusió d'informacions injurioses sobre grups o associacions (art. 510.2 CP) i de denegació de prestacions a les quals es té dret, tant si aquestes són públiques (art. 511 CP) com si es tracta d'activitats professionals o empresarials (art. 512 CP), quan aquestes conductes estan originades per l'orientació sexual, o altres circumstàncies susceptibles de generar discriminació, de la víctima. Per a la persecució d'aquest tipus de delictes existeix des del 2009 a la Fiscalia Provincial de Barcelona, de manera pionera, un Servei de Delictes d'Odi i Discriminació.

En l'àmbit de Catalunya, l'Estatut, en el marc dels principis rectors que han d'orientar les polítiques públiques dels poders públics de Catalunya, estableix en l'article 40.7 el mandat que «[e]ls poders públics han de promoure la igualtat de les diferents unions estables de parella [...], amb independència de l'orientació sexual de llurs membres», i en l'article 40.8 el deure dels poders públics de promoure la igualtat de totes les persones amb independència, entre altres motius, de l'orientació sexual, i de promoure l'eradicació, entre altres manifestacions discriminatòries, «de l'homofòbia i de qualsevol altra expressió que atempti contra la igualtat i la dignitat de les persones». En aquest sentit cal esmentar la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella, que va formular de manera precursora el règim jurídic de «la unió estable homosexual» (art. 19 a 35), regulació que actualment es troba en els articles 234-1 a 234-14 del Codi civil de Catalunya, els quals tenen per objecte l'establiment del règim de la «parella estable», que és aquella integrada per «[d]ues persones que conviuen en una comunitat de vida anàloga a la matrimonial» i compleixen algun dels requisits previstos en l'article 234-1. En el pla de la participació ciutadana, mitjançant el Decret 141/2007, de 26 de juny, es va crear el Consell Nacional de Lesbianes, Gais i Homes i Dones Bisexuals i Transsexuals, com a òrgan de participació en l'elaboració de les polítiques públiques que afectin les persones d'aquest col·lectiu.

Finalment, cal destacar l'aprovació d'algunes lleis autonòmiques que tenen per objecte, en línia amb el contingut de la Proposició de Llei examinada, l'adopció de mesures integrals o transversals per tal de combatre la discriminació i promoure la igualtat de les persones per raó de la seva orientació o expressió sexual. Es tracta de les següents normes legislatives: la Llei foral 12/2009, de 19 de novembre, de no-discriminació per motius d'identitat de gènere i de reconeixement dels drets de les persones transsexuals; la Llei del Parlament Basc 14/2012, de 28 de juny, de no discriminació per motius d'identitat de gènere i de reconeixement dels drets de les persones transsexuals; la Llei del Parlament de Galícia 2/2014, de 14 d'abril, per la igualtat de tractament i la no-discriminació de lesbianes, gais, transsexuals, bisexuals i intersexuals a Galícia, i la recent Llei d'Andalusia 2/2014, de 8 de juliol, integral per a la no-discriminació per motius d'identitat de gènere i reconeixement dels drets de les persones transsexuals d'Andalusia.

3. La sol·licitud de dictamen formulada per més d'una desena part dels diputats del Parlament de Catalunya planteja dubtes de constitucionalitat respecte dels articles 26 bis, 30 i 31 —als quals s'afegeix l'art. 32 en la fonamentació—, i del capítol IV del títol IV en general, de la Proposició de Llei.

Al capítol IV del títol IV de la Proposició de Llei, relatiu al règim d'infraccions i sancions, l'escrit de sol·licitud li retreu que conté la tipificació com a infraccions administratives de conductes que ja són objecte de prohibició per part del Codi penal. Aquesta coincidència suposarà, a parer dels sol·licitants, la introducció d'«un element de confusió, i per tant, de desprotecció de les persones a què es vol afavorir, en admetre la possibilitat que un acte que el Codi penal tipifica com a delicte o com a falta sigui considerat una infracció administrativa i quedi exclòs de l'àmbit protector general dels drets

fonamentals de les persones». A partir d'aquesta consideració, la sol·licitud planteja un doble reprotxe al règim d'infraccions i sancions previst en la Proposició de llei perquè implica, d'una banda, la invasió de la competència de l'Estat en matèria de legislació penal, en la mesura que «les previsions de la norma suposen la despenalització d'actes que la legislació vigent fa creditors de repulsa penal», i, de l'altra, «una infracció de la reserva competencial de l'Estat en matèria de regulació de les condicions bàsiques que garanteixen la igualtat de tots els espanyols en l'exercici dels drets constitucionals establerta en l'article 149.1.1 CE».

Fent al·lusió expressa dels articles 30, 31 i 32 de la Proposició de llei, relatius a la competència per declarar les infraccions i imposar les sancions administratives corresponents i al procediment sancionador aplicable, els sol·licitants consideren, a banda dels retrets anteriors, que aquesta atribució de funcions a l'Administració incideix sobre la reserva jurisdiccional per a enjudiciar els fets constitutius de delictes o falta, «contravenint els articles 117.3 i 124 de la CE» (referits, respectivament, a les funcions dels jutjats i tribunals i del Ministeri Fiscal), i envaeix, al mateix temps, la competència de l'Estat en matèria de legislació processal (art. 149.1.6 CE).

Finalment, pel que fa a l'article 26 bis, que està contingut en el capítol III del títol IV i regula la inversió de la càrrega de la prova respecte de les al·legacions de discriminació per raó d'orientació sexual, identitat de gènere o expressió de gènere, l'escrit de sol·licitud considera que la projecció de la regulació d'aquesta inversió de l'*onus probandi* sobre el procediment administratiu sancionador «és una subversió del sistema general vigent, basat en l'equilibri entre els principis consagrats en l'article 24.2 CE, entre els quals la presumpció d'innocència».

4. Una vegada exposats el contingut de la Proposició de llei objecte de la sol·licitud, el context normatiu del qual forma part i els dubtes de

constitucionalitat que suscita als diputats del Parlament sol·licitants, ens resta indicar l'estructura que adoptarà el nostre Dictamen per donar resposta a aquests dubtes. Així, en el fonament jurídic segon exposarem el marc constitucional i estatutari del règim administratiu sancionador, per passar després, en el fonament jurídic tercer, a examinar l'adequació a aquest marc dels preceptes objecte de dictamen.

***Segon. El marc constitucional i estatutari del règim administratiu sancionador***

1. Segons ha quedat exposat en el fonament jurídic primer, 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, referit al règim d'infraccions i sancions, i en especial els articles 30, 31 i 32 de la Proposició de Llei. 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.

2. Centrat així l'objecte de la sol·licitud i els motius que la justifiquen (tots ells referits al règim administratiu sancionador regulat per la Proposició de Llei), hem d'iniciar el seu examen recordant que 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'avantditada 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'aquesta qüestió competencial, però, en tornarem a tractar, més extensament, al final d'aquest fonament jurídic.

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). Aquest raonament s'ha anat reproduint en totes les resolucions posteriors que s'han ocupat d'aquesta matèria, en les quals, prenent per base aquella primerenca Sentència, literalment s'afirma que «las normas emanadas de las

Comunidades Autónomas no pueden prever concretos delitos ni sus correspondientes penas» (STC 120/1998, de 15 de juny, FJ 4). A tot això l'alt tribunal hi afegeix també l'argument, d'altra banda obvi, que, com que en matèria penal regeix una reserva de llei orgànica, no és possible que les normes d'aquest rang siguin modificades o derogades per una disposició autonòmica, atès que les assemblees legislatives de les comunitats autònomes no disposen d'aquest recurs normatiu.

3. Entrant ara a l'anàlisi del marc constitucional i estatutari que regeix per a la potestat sancionadora de l'Administració —sigui l'estatal o l'autonòmica—, hem de començar recordant que constitueix doctrina constitucional completament consolidada que, per tal de garantir els drets dels ciutadans, aquella resta sotmesa amb caràcter general als mateixos límits i principis que regeixen per a l'ordre penal i que estan fixats pels articles 24 i 25 CE (STC 18/1981, de 8 de juny, FJ 2). I també que això 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 d'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 dependent 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 l'esmentada 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 —LRJPAC—) 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 *non 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 proscrit 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 disposició 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). Per això, aquesta mateixa Sentència, en relació amb la sanció pel mer resultat, ha pogut afirmar també que, en la mesura que la sanció de les infraccions administratives és una de les manifestacions del *ius puniendi* de l'Estat, «sería inadmisibile en nuestro ordenamiento» (ibídem).

Respecte d'això, cal recordar que l'article 130.1 LRJPAC positivitza aquest principi en disposar que «[n]omés poden ser sancionades per fets constitutius d'infracció administrativa les persones físiques o jurídiques que en resultin responsables, encara que només sigui per simple inobservança». D'aquest precepte es deriva que, sense que ara calgui entrar en una anàlisi aprofundida del sentit de l'expressió «simple inobservança», es pot parlar d'una disminució del nivell d'exigència de la culpabilitat en l'àmbit administratiu sancionador (respecte del que regeix en dret penal), ja que per

imposar una sanció, en determinats casos, n'hi pot haver prou amb un simple incompliment formal.

En referència a aquest element subjectiu, la STC 219/1988, de 22 de novembre, conclou també que la culpabilitat impedeix un «indebido traslado de responsabilidad personal (no de responsabilidad civil subsidiaria), a persona ajena al hecho infractor, al modo de una exigencia de responsabilidad objetiva sin intermediación de dolo o culpa, sin practicarse la prueba de descargo propuesta por el recurrente» (FJ 3).

4. En aquesta mateixa línia de trasllat de les garanties penals al procediment administratiu sancionador, en allò que resultin compatibles amb la seva naturalesa, el Tribunal Constitucional ha remarcat que s'hi inclou el dret fonamental a la presumpció d'innocència, «que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que vulnera el art. 24.2 CE la denegación inmotivada de medios de prueba (por todas, SSTC 7/1998, de 13 de enero, FJ 5, y 272/2006, de 25 de septiembre, FJ 2)». Això vol dir que les resolucions sancionadores, siguin judicials o administratives, exigeixen la certesa dels fets que s'imputen, obtinguda a través de la prova de càrrec, i la certesa sobre el judici de culpabilitat, al qual tot just ens acabem de referir. En síntesi, en paraules del mateix Tribunal, «el art. 24.2 de la Constitución rechaza tanto la responsabilidad presunta y objetiva como la inversión de la carga de prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción» (STC 76/1990, FJ 8.B).

En l'ordenament jurídic administratiu, aquest principi ha quedat expressament positivitzat a l'article 137.1 LRJPAC, el qual, sota la rúbrica «Presumpció d'innocència», disposa que «[e]ls procediments sancionadors han de respectar la presumpció de no-existència de responsabilitat administrativa mentre no es demostrï el contrari».

Finalment, convé tenir molt present que una de les tècniques pròpies del que, comunament, se sol qualificar com a dret antidiscriminatori és l'anomenada «inversió de la càrrega de la prova» respecte del caràcter discriminatori d'una determinada conducta o actuació. Des de la seva primera jurisprudència, el Tribunal Constitucional ha admès aquesta regla de distribució de l'*onus probandi* en relació amb les actuacions empresarials lesives de drets fonamentals, en particular les actuacions discriminatòries, com a mecanisme de tutela davant la dificultat probatòria dels motius contraris al dret fonamental (STC 38/1981, de 23 de novembre, FJ 3; doctrina reiterada posteriorment en moltes altres resolucions, com ara la STC 151/2004, de 20 de setembre, FJ 2, o la STC 41/2006, FJ 4).

Per tal d'activar aquesta inversió, el Tribunal exigeix que qui sofreix un acte lesiu aporti indicis raonables o versemblants que posin de manifest els motius *prima facie* discriminatoris, de manera que correspondrà a la part demandada la càrrega de provar que la seva actuació està emparada en causes reals i objectives, alienes a tota discriminació. Aquesta tècnica de tutela ha estat incorporada a la legislació processal social (art. 96 Llei 36/2011, de 10 d'octubre, reguladora de la jurisdicció social —LJS—, que té el seu antecedent en l'article 96 del Reial decret legislatiu 2/1995, de 7 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de procediment laboral) i s'ha estès a altres sectors de l'ordenament com a conseqüència de l'impuls del dret europeu.

En l'àmbit de la lluita contra la discriminació per raó de sexe, la Directiva del Consell 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, insta els estats a adaptar les seves normes relatives a la càrrega de la prova quan hi hagi un cas de presumpta discriminació (art. 9.1), tot exclouent-ne, però, els procediments penals (art. 9.3). La Directiva ha estat incorporada, en aquest punt, per l'article 13 de la Llei orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la igualtat efectiva de dones i homes, així com en la llei processal civil i en la contenciosa administrativa (art. 217.5 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil —LEC— i art. 60.7 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa —LJCA—). En relació amb la Directiva 2000/78/CE del Consell, 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, com indicàvem en el fonament jurídic primer, conté una prohibició específica de discriminació per orientació sexual en aquest àmbit, l'article 10 també regula la inversió de la càrrega de la prova, precepte que ha estat incorporat en el nostre ordenament per l'article 36 de la Llei 62/2003, citada.

Aquesta inversió de la càrrega probatòria, una vegada la part actora ha aportat indicis fonamentats, es tradueix en una mena de presumpció *iuris tantum* d'existència del mòbil o motiu discriminatori, llevat que aquell a qui s'imputi la situació de discriminació aporti «una justificació objectiva i raonable, prou provada, de les mesures adoptades i de la seva proporcionalitat» (art. 36 Llei 62/2003).

Als efectes que ara ens interessen, hem de remarcar que aquest tipus de presumpció no és traslladable a l'àmbit de l'exercici del *ius puniendi*, bé de caràcter penal bé de caràcter sancionador administratiu, perquè la regla bàsica en matèria de prova en relació amb l'exercici del poder de castigar és la presumpció d'innocència (art. 24.2 CE), de la qual es deriva que l'*onus*

*probandi* i l'acreditació de l'existència objectiva i subjectiva del delictes, o de la infracció, correspon a qui imputa la seva comissió. Així doncs, en l'àmbit sancionador administratiu la càrrega correspon a l'Administració (STC 70/2008, FJ 4).

5. En la valoració de la constitucionalitat del règim administratiu sancionador caldrà tenir present, a més, el principi de proporcionalitat; sempre partint, és clar, del fet que, en el nostre ordenament constitucional, l'al·legació de la proporcionalitat no es pot fer de manera aïllada respecte d'altres principis constitucionals. És a dir, si es vol fer valer l'existència de desproporció, s'ha d'al·legar primer i enjudiciar després en quina mesura afecta el contingut dels preceptes invocats i «sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 3; en el mismo sentido, SSTC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 1; 136/1999, de 20 de julio, FJ 22; AATC 293/1997, de 22 de julio; 484/2000, de 30 de noviembre)» (STC 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 2).

A partir d'aquí, 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).

6. Per acabar, ens referirem al règim competencial en l'àmbit de les infraccions i sancions administratives, començant per afirmar que «la potestad sancionadora no constituye un título competencial autónomo» (STC 37/2002, de 14 de febrer, FJ 13), sinó que, com reproduïx una consolidada jurisprudència constitucional (entre d'altres, les STC 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), la dita potestat sancionadora resta vinculada a la competència sobre la matèria substantiva

en qüestió. És a dir, es tracta d'una competència connectada amb la que tenen l'Estat o les comunitats autònomes per regular el règim substantiu d'una activitat o servei o, en paraules del mateix Tribunal Constitucional, que té caràcter instrumental respecte de l'exercici de les competències substantives (STC 48/1988, de 22 de març, FJ 25; 227/1988, de 29 de novembre, FJ 29, i 96/1996, de 30 de maig, FJ 7).

Assentat que, amb el pressupòsit de la prèvia competència substantiva, la Generalitat pot tipificar infraccions i imposar sancions (art. 159.1.b EAC), no és necessari que tornem a insistir, per obvi, en el fet que aquesta regulació ha de respectar els límits constitucionals abans referits (art. 24 i 25 CE) —i que per això donem per exposats—, però sí que haurem de tractar d'un altre requisit de constitucionalitat, el que deriva de l'article 149.1.1 CE i que es tradueix en el fet que els règims sancionadors autonòmics no poden introduir divergències irraonables i desproporcionades al fi perseguit respecte del règim aplicable a altres parts del territori de l'Estat (STC 87/1985, FJ 8). Tot això, tenint present, és clar, que aquests límits no incideixen de la mateixa manera en aquells àmbits materials en què les comunitats autònomes tenen competència exclusiva que en aquells altres en els quals l'Estat té la competència per dictar les bases.

D'aquesta mateixa doctrina jurisprudencial resulta que perquè pugui operar aquest límit excepcional de l'article 149.1.1 CE, en la seva funció d'assegurar la igualtat en l'exercici dels drets i el compliment dels deures constitucionals en tot el territori de l'Estat, s'han de donar dues condicions: «en primer lugar la existencia de un "esquema sancionatorio" estatal, que afecte a esos derechos y deberes constitucionales, y, en segundo lugar, que la normativa sancionadora autonómica suponga una divergencia cualitativa sustancial respecto a esa normativa sancionadora estatal que produzca una ruptura de la unidad en lo fundamental del esquema sancionatorio que pueda calificarse

además de irrazonable y desproporcionada al fin perseguido por la norma autonómica» (STC 136/1991, de 20 de juny, FJ 1).

Amb tot, cal tenir present que la competència estatal basada en l'article 149.1.1 CE es projecta sobre els drets constitucionals en sentit estricte i sobre els deures bàsics, però no sobre els sectors materials sobre els quals aquests s'insereixen (STC 61/1997, de 20 de març, FJ 7.b). És a dir, el títol competencial de l'article 149.1.1 CE «lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione —mediante, precisamente, el establecimiento de unas “condiciones básicas” uniformes— el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales» (STC 173/1998, de 23 de juliol, FJ 9).

D'acord amb el que s'ha dit, el mateix Tribunal Constitucional ha matisat, precisament, que el principi d'igualtat que es relaciona amb l'article 149.1.1 CE no imposa que totes les comunitats autònomes tinguin les mateixes competències, ni, menys encara, que les hagin d'exercir d'una manera o amb un contingut i resultat idèntics o semblants, ja que «[l]a autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1 CE» (STC 37/1987, de 26 de març, FJ 10).

Pel que fa a la competència per dictar normes reguladores del procediment sancionador, n'hi haurà prou de recordar que la Generalitat la té per 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 (FJ 32), la regulació del procediment administratiu «es una competència 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. Así lo impone la lógica de la acción administrativa, dado que el procedimiento no es sino la forma de llevarla a cabo conforme a Derecho». I a partir d'aquí ha conclòs que «cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias» (ibídem).

### ***Tercer. L'examen de l'adequació dels preceptes objecte de dictamen al marc constitucional i estatutari***

Ja hem avançat que en aquest darrer fonament jurídic procedirem a examinar els articles de la Proposició de Llei que susciten dubtes de constitucionalitat a la vista dels paràmetres exposats en l'anterior fonament jurídic, on hem exposat els principis i els límits constitucionals aplicables al règim administratiu sancionador, així com el règim competencial en matèria de legislació penal i de sancions administratives.

1. Començarem el nostre examen donant resposta al qüestionament que la sol·licitud fa de tot el capítol IV del títol IV, relatiu al règim d'infraccions i



sancions, tot i que és difícil aïllar-lo dels articles del mateix capítol sobre els quals demanen expressament el nostre pronunciament (art. 30, 31 i 32) perquè, en determinar-ne el procediment, les infraccions i les sancions, constitueixen el seu nucli central.

L'esmentat retret general es fonamenta, recordem-ho una vegada més, en el fet que la tipificació com a infracció administrativa d'actes que el Codi penal considera delictes o falta suposa la seva despenalització, argumentant que restarien «sostrets a l'enjudiciament dels jutjats i tribunals als que correspon en exclusiva la funció jurisdiccional, contravenint els articles 117.3 i 124 CE i envairia la reserva competencial establerta a l'article 149.1.6 CE, tant pel que fa a la legislació penal com a la processal». Al·leguen també la infracció de l'article 149.1.1 CE, que tractarem en examinar l'article 32 de la Proposició de Llei.

Sens perjudici del que es dirà més endavant en relació amb la possible vulneració dels articles 117.3, 124 i 149.1.1 CE, ara ens centrarem en dilucidar prèviament si l'establiment d'un règim administratiu sancionador suposa la despenalització de les sancions que, sobre la mateixa matèria, pugui preveure la legislació penal.

Sobre això, ja hem dit que l'ordenament constitucional espanyol reconeix la dualitat de sistemes sancionadors —penal i administratiu—, sense establir, però, quin és el contingut propi de cadascun, més enllà, és clar, de reservar en exclusiva al sistema penal els il·lícits que comporten sancions de pèrdua de drets civils i polítics o la privació de llibertat, i de circumscriure la capacitat normativa en l'àmbit del dret administratiu sancionador al fet de tenir també la competència substantiva relativa al sector material que s'hi vincula.

Partint d'aquestes premisses, i tenint en compte que la matèria «legislació penal» és competència exclusiva de l'Estat, ens correspon determinar si, com sosté la sol·licitud, el capítol IV del títol IV de la Proposició de Llei vulnera l'esmentada competència estatal pel fet de tipificar com a infraccions administratives determinades conductes que ja estan sancionades en el Codi penal.

Per tal de respondre adequadament els dubtes que sobre aquest punt plantegen els sol·licitants, haurem d'al·ludir, tot i que de forma molt sumària, als preceptes del Codi penal que regulen els delictes d'odi i discriminació, deixant constància, de passada, que, segons les dades disponibles, tenen una aplicació més aviat escassa, per l'elevat nombre de supòsits que es calcula que no es denuncien (vegeu la memòria, corresponent a l'any 2012, del Servei de Delictes d'Odi i Discriminació de la Fiscalia Provincial de Barcelona).

En primer lloc, l'article 510 CP tipifica la provocació a la discriminació, a l'odi o a la violència contra grups o associacions per motius de caràcter discriminatori, entre els quals, el sexe i l'orientació sexual dels seus membres, i la sanciona amb pena de presó d'un a tres anys i multa de sis a dotze mesos; així mateix, l'article 511 CP regula un delicte d'omissió pròpia, consistent en la denegació, per part d'un particular encarregat d'un servei públic o d'un funcionari, per raó del sexe o orientació sexual de la víctima, d'una prestació, a la qual tingués dret, i hi preveu una sanció de presó de sis mesos a dos anys i multa de dotze a vint-i-quatre mesos i inhabilitació especial per a ocupació o càrrec públic; i, finalment, l'article 512 CP sanciona amb pena d'inhabilitació per a l'exercici de la professió, indústria, ofici o comerç, per un període d'un a quatre anys a qui, en l'exercici de les seves activitats professionals o empresarials, denegui a una persona, per les mateixes raons discriminatòries, una prestació a la que tingui dret.

Deixant de banda altres tipus penals que, de forma més tangencial, també hi poden tenir relació (com ara l'art. 173.1 CP relatiu al tracte degradant o els art. 515.5 i 518 CP referits a l'associació il·lícita per promoure la discriminació, l'odi o la violència contra les persones, grups o associacions), aquesta descripció la completarem amb l'article 22.4 CP, que considera circumstància que agreuja la responsabilitat criminal «[c]ometre el delictes per motius [...] de discriminació referent a [...] sexe, orientació o identitat sexual».

Una senzilla confrontació de la regulació penal, que acabem d'exposar molt resumidament, amb el règim d'infraccions administratives que recull el capítol IV del títol IV de la Proposició de Llei objecte del present dictamen evidencia que hi podria haver algun punt de coincidència, per bé que s'ha de descartar que es produeixi la completa assimilació que li atribueixen els sol·licitants quan afirmen que «[t]otes les conductes relacionades en el catàleg són susceptibles de ser incardinades en delictes o faltes tipificats en el Codi penal vigent. Per exemple, en el cas de la incitació a la violència amb motiu de l'orientació sexual de la víctima, la conducta sancionada per l'article 31.3.a de la Proposició de Llei és l'exercida sobre «persones o llurs famílies», mentre que el delictes tipificat per l'article 510.1 CP protegeix a «grupos o asociaciones». És més, el fet que, en el cas de prosperar el Projecte de codi penal que actualment s'està tramitant al Congrés dels Diputats, s'arribi a modificar l'article 510 CP (ampliant de forma substancial les conductes que fins ara s'hi contenen), de manera que la nova norma arribés a comprendre bona part de l'espai de la regulació de les infraccions que conté la Proposició de Llei, tampoc no hauria de tenir efectes sobre la constitucionalitat d'aquesta.

I això és així perquè, tal com ha quedat determinat en el fonament jurídic anterior, un cop garantida —com veurem que ho està en la mateixa Proposició— la plena subordinació dels actes de l'Administració en matèria

sancionadora a la jurisdicció penal, la major o menor proximitat entre ambdós règims sancionadors o la seva hipotètica superposició —tot i que pugui constituir una tècnica legislativa clarament defectuosa i, per tant, desaconsellable— resulta intranscendent a l'hora d'efectuar el nostre examen de constitucionalitat.

En el cas present, és indubtable que el règim sancionador regulat pel capítol IV del títol IV s'ubica nítidament en l'àmbit administratiu. Així resulta tant del fet que la mateixa proposta de norma qualifica explícitament les infraccions i sancions d'«administratives», com, sobretot, de la circumstància que la seva configuració normativa és la pròpia d'aquest règim sancionador: tant la fase d'instrucció (art. 30.2) com les d'inici i tramitació de l'expedient (art. 33) s'atribueixen a un òrgan administratiu i el procediment que se segueix és l'aplicable a l'àmbit sancionador de l'Administració de la Generalitat (art. 30 i 31.2). Del procediment, però, ens ocuparem més endavant, en tractar l'article 30, atès que ha estat objecte de sol·licitud específica.

D'altra banda, com sabem, només el legislador estatal pot elegir quins són els fets que considera mereixedors de sanció penal i, en fer-ho, es produeix l'efecte reflex de desplaçar, iniciat un procés penal, la potestat de l'Administració (sigui de l'Estat o de les comunitats autònomes) per sancionar les conductes que s'han incorporat com a tipus penal. Això no vol dir, però, que, a excepció del cas que la norma penal estableixi causes de justificació, la tipificació penal fixi la línia fronterera d'allò que s'ha de considerar il·lícit en altres àmbits de l'ordenament.

D'aquesta manera, per bé que es pot donar el cas que, efectivament, algunes de les infraccions administratives que es preveuen a l'article 31 vegin força reduït, a la pràctica, el seu camp d'aplicació —sobretot si, com dèiem, s'arriba a aprovar el Projecte de reforma del codi penal en els seus

termes actuals—, aquesta restricció de l'efectivitat del règim administratiu no afecta la seva constitucionalitat.

Dit això, és igualment notori que el règim d'infraccions i sancions previst en la Proposició de Llei que estem examinant respecta plenament el principi constitucional de preeminència o preferència de la jurisdicció penal sobre l'administrativa (STC 2/2003, FJ 9).

Aquest és un principi completament consolidat en el nostre ordenament fins al punt que hom podria considerar innecessari que en la formulació d'un règim administratiu de sancions s'hi hagi de fer cap al·lusió expressa. En qualsevol cas, cal recordar que l'article 28.1 de la Proposició examinada ha optat per referir-s'hi en excloure que es puguin conceptuar infraccions administratives les que constitueixin delictes o falta. I, en coherència amb aquest criteri, l'article 29.2 de la Proposició preveu també que en els casos en què l'òrgan administratiu consideri que les infraccions poden ésser constitutives de delictes o falta, «ho ha de comunicar al Ministeri Fiscal o a l'òrgan judicial competent i suspendre el procediment sancionador fins que l'autoritat judicial no dicti sentència ferma o resolució que posi fi al procediment, o fins que el Ministeri Fiscal no comuniqui la improcedència d'iniciar o de continuar les actuacions». En realitat, aquest darrer precepte no fa res més que reproduir l'esmentat principi de prevalença de la jurisdicció penal que deriva de l'article 25.1 CE i també les funcions que, en defensa de la legalitat i dels drets dels ciutadans, l'article 124.1 CE atribueix al Ministeri Fiscal.

Pel que fa a la possible vulneració de l'article 117.3 CE, que també denunciem als sol·licitants, hem de dir que en res es veu afectat per les previsions del tantes vegades citat capítol IV, ja que el principi de reserva de jurisdicció o, el que és el mateix, d'exclusivitat dels jutjats i tribunals per exercir la potestat jurisdiccional, es manté incòlume. Sobre això, no podem oblidar que

sempre resta assegurada la possibilitat d'ulterior control jurisdiccional de la resolució administrativa sancionadora (art. 106.1 CE).

Per tot el que s'acaba de dir, podem concloure que el règim sancionador previst al 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, 117.3 i 124.1 CE.

2. Un cop hem establert que el capítol IV del títol IV no envaeix la competència de l'Estat en matèria de legislació penal, i havent determinat també que la mateixa Proposició de Llei, en cas de concurrència de normes sancionadores, atorga preferència a la jurisdicció penal, el pas següent serà examinar específicament els articles 30, 31 i 32.

A) Amb caràcter previ, caldrà, però, que analitzem si el capítol IV, al capdavant del qual hem de situar ara els tres preceptes esmentats, aconsegueix un pressupòsit que és determinant perquè la Generalitat pugui, legítimament, establir el règim sancionador: la seva vinculació a les competències substantives de la Generalitat. En efecte, d'acord amb la doctrina constitucional que ha quedat exposada en el fonament jurídic segon (per totes, STC 218/2013, FJ 5), la potestat sancionadora no constitueix un títol competencial autònom, sinó que ha d'anar vinculada, necessàriament, a una competència substantiva.

Una primera aproximació al règim sancionador que preveu la Proposició de Llei que ens ocupa podria donar a entendre, en especial per la manera en què estan formulades algunes de les infraccions que tipifica l'article 31, que té un abast general i que s'aplica a tots els àmbits i sectors de la vida pública i privada, ja que les úniques infraccions que contenen una referència expressa a àmbits materials específics són les previstes a la lletra *b* de l'article 31.3,

que considera infracció lleu «[e]metre intencionadament expressions vexatòries que incitin a la violència, l'homofòbia, la bifòbia o la transfòbia en els mitjans de comunicació, en discursos o en intervencions públiques»; la lletra *d* de l'apartat 4 del mateix article 31, que pretén tipificar com a infracció greu, atenent al seu caràcter reiterat, aquella mateixa conducta; i la lletra *b* de l'apartat 5, que considera infracció molt greu «[c]onvocar espectacles públics o activitats recreatives que tinguin com a objecte la incitació a l'odi, la violència o la discriminació de les persones LGBTI». Igualment, hom podria entendre, en aquest cas de manera implícita, que la vinculació a les competències de la Generalitat o dels ens locals hi és també en l'apartat 4, lletra *c*, que considera infracció greu «[i]mpedir a una persona, d'una manera intencionada, la realització d'un tràmit o l'accés a un servei públic o establiment obert al públic per causa de l'orientació sexual, la identitat de gènere o l'expressió de gènere d'aquesta persona».

Feta l'anterior constatació, el cert és que una interpretació sistemàtica i integrada de tota la Proposició de Llei permet descartar que, en la resta d'apartats, es produeixi cap infracció de la jurisprudència constitucional que exigeix el vincle amb les competències substantives de la Generalitat. Així es dedueix, en primer lloc, de l'article 1, que, en determinar que l'objecte de la llei és l'establiment i la regulació de mitjans i mesures per fer efectiu el dret a la igualtat i a la no-discriminació per raó d'orientació sexual, afirma que comprèn «els àmbits, tant públics com privats, sobre els quals la Generalitat i els ens locals tenen competències». En segon lloc, perquè els capítols II, III i IV del títol II especifiquen els sectors d'intervenció als quals s'adreça la llei: l'educació (art. 12); les universitats (art. 13); la cultura, el lleure i l'esport (art. 14); els mitjans de comunicació (art. 15); la salut (art. 16); l'acció social (art. 17); l'ordre públic i de privació de llibertat (art. 18); la participació i la solidaritat (art. 18 bis); el mercat de treball (art. 19 i 20), i la protecció de les famílies (art. 21). I, finalment, perquè la mateixa Proposició, en el títol IV, sota la rúbrica «Mecanismes per garantir el dret a la igualtat»,

inclou les infraccions i sancions com a primera garantia del compliment de les normes antidiscriminatòries que conté.

Cal entendre, doncs, que és sobre aquests sectors materials (que es corresponen amb sengles àmbits competencials de la Generalitat) que es projecta el règim d'infraccions i sancions i, consegüentment, des d'aquesta perspectiva, es pot concloure que la seva regulació és respectuosa amb la jurisprudència constitucional que hem fixat com a paràmetre en el fonament jurídic anterior.

Dit això, i malgrat les dificultats que per a la identificació de matèries pot suposar el fet d'haver optat legítimament per la tècnica d'una llei transversal per reduir la discriminació i fomentar els valors de la igualtat, el respecte i la tolerància entre els ciutadans a Catalunya (en lloc d'incorporar aquestes mateixes regles a propòsit de la legislació sectorial), considerem 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. En aquest punt volem posar en relleu, explícitament, la importància que té la utilització d'una depurada tècnica jurídica en el procés d'elaboració de les normes, ja que, com ha afirmat el Tribunal Constitucional (STC 150/1990, de 4 d'octubre, FJ 8), facilita la seva aplicació i alhora referma la seguretat jurídica i la confiança dels ciutadans.

B) Entrarem, ara sí, en l'anàlisi del primer dels preceptes sobre els quals es demana expressament el nostre pronunciament: l'article 30. Aquest conté, en el seu primer apartat, una remissió a la normativa del procediment sancionador aplicable als àmbits de competència de l'Administració de la Generalitat, en el sentit que serà el que s'haurà de seguir en la iniciació, instrucció i resolució dels expedients sancionadors, sempre d'acord amb els principis, que se citen, de legalitat, competència, irretroactivitat, tipicitat,



responsabilitat, proporcionalitat, prescripció i prohibició de doble sanció, i als quals caldria afegir el de presumpció d'innocència, definit pel Tribunal Constitucional com a principi essencial i aplicable sense excepcions a l'ordenament sancionador, com hem dit anteriorment (FJ 2.5).

La sol·licitud, com ja s'ha exposat (FJ 1.3), fonamenta els dubtes sobre aquest precepte en els mateixos arguments que ha emprat per qüestionar tot el capítol IV del títol IV, entenent, per tant, que el fet de remetre la incoació, instrucció i resolució de les infraccions al procediment sancionador aplicable a l'Administració de la Generalitat provoca que aquells actes que, al mateix temps, puguin ser constitutius de delictes o falta restin «sostrets de l'enjudiciament dels jutjats i tribunals als que correspon en exclusiva la funció jurisdiccional», contravenint l'article 117.3 CE. Al·lega també una possible vulneració de l'article 149.1.6 CE, en aquest cas en relació amb la competència de l'Estat en matèria de «legislació processal».

Hem de donar per reproduïts els arguments que, sobre la possible vulneració de l'article 117.3 CE, hem expressat en l'apartat 1 d'aquest mateix fonament, en el sentit que, determinada la naturalesa administrativa del règim sancionador que estem examinant, en res es pot afectar el principi de reserva de jurisdicció, tenint en compte, a més, que en tot cas resta assegurada la ulterior revisió jurisdiccional de la resolució que dicti l'òrgan sancionador. I pel que fa a la competència per regular aquest concret procediment administratiu sancionador, hem de remarcar que troba empara en l'article 159.2 EAC, que atribueix a la Generalitat la competència compartida sobre el procediment de les administracions públiques catalanes, sense que afecti l'estructura bàsica que l'article 149.1.18 CE reserva a l'Estat. En aquest sentit, contra el que sostenen els diputats sol·licitants, s'ha de descartar que es produeixi cap mena d'invasió de la reserva competencial en matèria de «legislació processal» (art. 149.1.6 CE), ja que l'article 30 no té cap relació amb els instruments jurisdiccionals. Ans al contrari, es limita a

fer una remissió a la normativa catalana que regula el procediment administratiu en matèria de sancions, sense ni tan sols introduir-hi cap especificitat.

Per tot el que s'acaba de dir, podem concloure que l'article 30 de la Proposició de llei no vulnera l'article 117.3 ni l'article 149.1.6 CE.

C) Entrant en l'examen específic de l'article 31 i donant per reproduïts, novament, els arguments de constitucionalitat que hem exposat en relació amb el capítol IV del títol IV, caldrà analitzar ara, atès que el precepte ha estat objecte de sol·licitud expressa, si respecta o no els límits i els principis propis del règim penal que, recordem-ho novament, el Tribunal Constitucional ha traslladat gairebé amb tota l'extensió al règim administratiu sancionador. El nostre pronunciament se centrarà, però, en les infraccions previstes a les lletres *a*, *b* i *c* del seu apartat 3, ja que són les que, *prima facie*, podrien presentar algun dubte de constitucionalitat en relació amb els esmentats principis (art. 25 CE) i el dret fonamental a la llibertat d'expressió, amb el qual podrien entrar en conflicte. L'examen relatiu a si podria vulnerar l'article 149.1.1 CE l'abordarem conjuntament amb l'article 32 de la Proposició.

Com ha quedat assenyalat en el fonament jurídic anterior, la Generalitat, dins l'àmbit de les seves competències substantives (art. 159.1.b EAC), pot garantir, mitjançant sancions administratives, expectatives bàsiques de seguretat dels membres dels col·lectius tradicionalment discriminats o especialment vulnerables, encara que això impliqui prohibir conductes de manera que s'afecti la llibertat d'expressió de tercers, si amb les seves manifestacions posen en perill aquells interessos.

En aquest sentit, la STEDH de 9 de febrer de 2012 (assumpte *Vejdeland i altres contra Suècia*), aplicant per primera vegada a les expressions contra

les persones homosexuals els principis relatius al discurs ofensiu envers certs grups, va establir que «[l]as restricciones a la libertad de expresión deben, por tanto, permitirse en casos donde el propósito del discurso es degradar, insultar o incitar al odio contra personas o una clase de personas por razón de su orientación sexual, siempre y cuando dichas restricciones sean conformes con los principios bien establecidos del Tribunal» (apt. 46).

Això vol dir que és necessari que la norma identifiqui el risc i la lesivitat específics de les conductes que defineix com a infracció. Dit d'una altra manera, no es pot acceptar una simple prohibició de continguts o d'opinions, ja que aniria contra l'article 20.1.a CE, perquè, com ha afirmat el Tribunal Constitucional, «es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático» (STC 176/1995, d'11 de desembre, FJ 2). En canvi, més enllà de l'estricta i pura opinió o expressió d'idees, la llibertat d'expressió no empara «manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales» (STC 214/1991, d'11 de novembre, FJ 8), ni el llenguatge de l'odi, que és aquell «con una densa carga de hostilidad que incita a veces directa y otras subliminalmente a la violencia por la vía de la vejación» (STC 176/1995, FJ 5), de manera que és «el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social el que, en estos casos, priva de protección constitucional a la expresión» (STC 235/2007, de 7 de novembre, FJ 5).

D'aquí resulta, com dèiem, que, perquè quedin justificades les restriccions a la llibertat d'expressió o a la ideològica, les conductes prohibides han de contenir uns especials atributs lesius (risc de violència, caràcter vexatori o denigrador, greus actes de discriminació, etc.), la qual cosa, d'altra banda,

condueix inevitablement a la tipificació administrativa d'actuacions properes als fets que sanciona el Codi penal. D'aquesta manera, segons hem vist a l'inici d'aquest mateix fonament, és lògic que s'acabi traduït en una restricció de l'aplicació de les sancions administratives, fet que, en qualsevol cas, insistim novament, no té rellevància en l'esfera constitucional.

És des d'aquesta perspectiva que analitzarem, primerament, si la lletra a de l'apartat 3 de l'article 31 de la Proposició de Llei (que podem considerar paradigmàtica de bona part de la resta d'infraccions que també fan referència a conductes que atempten contra la dignitat i la seguretat de les persones objecte de protecció a la Proposició de Llei) pot plantejar dubtes de constitucionalitat. Concretament, tipifica com a infracció lleu «[f]er servir expressions vexatòries, per qualsevol mitjà, que incitin a exercir la violència contra les persones o llurs famílies, per causa de l'orientació sexual, la identitat de gènere o l'expressió de gènere, d'una manera intencionada».

Cal fer notar, primerament, que la Proposició de Llei no defineix sinó que pressuposa el sentit dels motius discriminatoris que denomina «l'orientació sexual, la identitat de gènere o l'expressió de gènere». Aquesta mancança, però, no comporta que la infracció esdevingui indeterminada als efectes del principi de tipicitat. Al contrari, la indicació d'aquests motius de discriminació fa referència a estereotips i prejudicis existents en la societat, basats en creences irracionals o en l'hostilitat respecte de les persones amb aquestes característiques, de manera que l'abast dels mòbils de les conductes prohibides resulta prou clar.

De fet, la Proposició de Llei ha seguit, en aquest punt, el mateix criteri que la Recomanació CM/Rec (2010) 5, del Comitè de Ministres del Consell d'Europa als estats membres sobre les mesures per combatre la discriminació per motius d'orientació sexual o identitat de gènere (adoptada el 31 de març de 2010), que tampoc ha considerat necessària cap definició i on, després de

reconèixer que «las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales han sido objeto durante siglos, y lo siguen siendo, de homofobia, transfobia y otras formas de intolerancia y discriminación, [...] por motivos de orientación sexual o identidad de género, y que se requieren medidas específicas para asegurar el pleno disfrute de los derechos humanos de dichas personas», recomana als estats que «2. velen por la adopción y aplicación efectiva de medidas legislativas y de otra índole para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, con miras a garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, y a promover la tolerancia hacia las mismas».

Amb relació, concretament, a si la restricció del dret fonamental a la llibertat d'expressió que es deriva de la tipificació d'aquesta conducta és constitucionalment legítima, entenem que l'exigència que les expressions tinguin caràcter vexatori i incitin a la violència i a l'odi són elements que, d'acord amb la jurisprudència constitucional i del TEDH abans citada, legitimen i justifiquen dita intervenció sancionadora. A més, la norma, en aquest punt, és suficientment clara i previsible, i s'ha de considerar ajustada al principi de taxativitat.

Pel que fa a la lletra *b* del mateix article 31.3, que considera infracció lleu «[e]metre intencionadament expressions vexatòries que incitin a la violència, l'homofòbia, la bifòbia o la transfòbia en els mitjans de comunicació, en discursos o en intervencions públiques», entenem, igualment, que la restricció a la llibertat d'expressió es troba justificada per la mateixa exigència del caràcter vexatori d'aquestes expressions. Dit això, s'observa, però, que del seu tenor literal es pot desprendre que la incitació a la violència constitueix, en aquest cas, una modalitat aparentment alternativa i autònoma (volem dir, desvinculada de les connotacions homofòbiques o transfòbiques), circumstància aquesta que allunyaria el tipus descrit de la mateixa finalitat de la norma. De fet, s'adverteix una manca de correlació

entre aquest precepte i la infracció greu que regula la lletra *d* de l'apartat 4 del mateix article 31 (que, d'altra banda, constitueix el seu paral·lel o tipus agreujat per la reiteració), la qual, de forma tècnicament més apropiada, es refereix a «expressions vexatòries que incitin a la violència i tinguin connotacions homofòbiques o transfòbiques» (tot i que aquí, per cert, oblida les bifòbiques).

És per això que, fent ús de la nostra funció consultiva, suggerim que l'esmentat article 31.3.*b* es redacti en els mateixos termes que l'article 31.4.*d*, corregint així la manca de correlació que hi ha entre la conducta descrita en el primer i el tipus agreujat (per la reiteració) que regula el segon precepte.

En relació amb l'apartat 3, lletra *c*, que considera infracció lleu «[t]enir comportaments que suposin aïllament, rebuig o menyspreu públic, notori i explícit de persones per causa de l'orientació sexual, la identitat de gènere o l'expressió de gènere», entenem que l'exigència que aquest tipus de comportaments siguin notoris i explícits i, a més, es refereixin a persones, exclou clarament qualsevol objecció de limitació injustificada de la llibertat d'expressió. Això no obstant, en la mateixa línia de millorar tècnicament el text de la proposta, considerem aconsellable una redacció que posi més èmfasi en l'aspecte lesiu de la conducta per a la víctima que en l'aspecte expressiu o comunicatiu (que va lligat, de forma gairebé innata, a l'expressió «[t]enir comportaments que suposin aïllament, rebuig o menyspreu»), substituint, per exemple, aquesta darrera expressió per «[r]ealitzar actes d'aïllament, rebuig o menyspreu».

Finalment, hem determinat que el principi de culpabilitat regeix també —tot i que amb una intensitat menor— per a les sancions administratives i que això exclou que es pugui acudir a criteris merament objectius o a sancionar sobre la base del mer resultat, sense tenir en compte la conducta diligent de la

persona afectada (STC 76/1990, FJ 4). L'article 31 satisfà també a bastament aquest principi, ja que en totes les infraccions que tipifica hi apareixen expressions com ara: «d'una manera intencionada»; «intencionadament»; «rebuig o menyspreu públic, notori i explícit», o «comportament agressiu [...] per causa de l'orientació sexual».

Així doncs, per les raons que acabem d'exposar, l'article 31 de la Proposició de Llei no vulnera el principi de tipicitat ni el de culpabilitat (art. 25.1 CE) i respecta també el dret fonamental a la llibertat d'expressió (art. 20.1.a CE).

D) Pel que fa a l'article 32, relatiu a les sancions, les gradua, de menor a major intensitat, en atenció a si les infraccions són lleus, greus o molt greus. Sanciona les lleus «amb una multa per una quantia equivalent a l'import mensual de l'indicador de renda de suficiència de Catalunya [que per a l'exercici 2014 ha quedat fixat en 569,12 euros mensuals, d'acord amb la disposició addicional vint-i-dosena de la Llei 1/2014, del 27 de gener, de pressupostos de la Generalitat de Catalunya per al 2014], corresponent a un període d'entre set dies i tres mesos» (apt. 1); per a les greus preveu que es pugui imposar una o més d'una de les sancions previstes a l'apartat 2, el qual inclou: «a) Multa per una quantia equivalent a l'import de l'indicador de renda de suficiència de Catalunya corresponent a un període d'entre tres mesos i un dia i set mesos. b) Prohibició de rebre ajuts o subvencions públics per un període d'un any, com a màxim. c) Prohibició de contractar amb l'Administració de la Generalitat, els seus organismes autònoms i els seus ens públics per un període d'un any, com a màxim», i finalment, per la comissió d'infraccions molt greus, l'apartat 3 estableix que es pot imposar una o més d'una de les sancions següents: «a) Multa per una quantia equivalent a l'import de renda de suficiència de Catalunya corresponent a un període d'entre set mesos i un dia i deu mesos. b) Prohibició de rebre ajuts o subvencions per un període de dos anys, com a màxim. En cas de reincidència o reiteració, la prohibició pot ésser per un màxim de cinc anys.

c) Prohibició de contractar amb l'Administració de la Generalitat, els seus organismes autònoms i els seus ens públics per un període d'entre un any i un dia i tres anys». L'apartat 4 fixa els criteris de proporcionalitat que s'han de tenir en compte a l'hora de quantificar les sancions; finalment, l'apartat 5 determina que la finalitat de la sanció és preventiva, dissuasiva i de reparació i correcció dels perjudicis causats.

Respecte d'aquest precepte, els diputats peticionaris plantegen els mateixos dubtes i fonaments que per a la globalitat del capítol IV del títol IV: de manera sintètica, que el règim sancionador que s'hi conté envaeix les competències de l'Estat en matèria de legislació penal, fent-lo inaplicable. Ens remetem una vegada més al que ja ha quedat dit respecte de la constitucionalitat de l'esmentat capítol en el primer punt d'aquest fonament jurídic. Així doncs, aquí ens centrarem en el retret que la sol·licitud vincula a tot el capítol, però que té una especial projecció sobre l'article 32, atès que és la norma que, en fixar les sancions, determina certes restriccions a la llibertat, tant perquè proscriu determinades conductes, com pel mateix contingut aflictiu de les sancions. Concretament, determinarem si es produeix una afectació de les condicions bàsiques que garanteixen la igualtat de tots els espanyols en l'exercici dels drets constitucionals (art. 149.1.1 CE).

Aquest examen l'hauré de fer sempre a la vista de l'article 31 i tenint molt present que la tipificació que aquest fa de les infraccions es refereix, en tots els casos, a conductes que també són antijurídiques segons l'ordenament jurídic espanyol, bé perquè estan expressament prohibides amb caràcter general (per exemple, impedir l'accés a un servei quan s'hi té dret, discriminació laboral o malmetre o destruir la propietat privada), o perquè atempten contra drets fonamentals (honor, dignitat, integritat moral, igualtat), encara que sigui com a efecte horitzontal d'aquests drets.



D'acord amb allò que ha quedat exposat en l'anterior fonament jurídic, les comunitats autònomes poden adoptar normes sancionadores quan, tenint competència sobre una matèria substantiva, les dites disposicions s'acomodin a les garanties constitucionals del dret sancionador (art. 25.1 CE) i no introdueixin divergències irraonables i desproporcionades al fi perseguit respecte del règim aplicable a altres parts del territori de l'Estat (STC 87/1985, FJ 8). En aquest sentit, hem afirmat també que l'article 149.1.1 CE habilita l'Estat per condicionar, mitjançant l'establiment d'unes condicions bàsiques uniformes, l'exercici de les competències autonòmiques per garantir la igualtat dels espanyols en l'exercici dels seus drets i en el compliment dels seus deures constitucionals (STC 173/1998, FJ 9). Però, al mateix temps, hem advertit que el principi d'igualtat no imposa que totes les comunitats autònomes tinguin les mateixes competències, ni que les hagin d'exercir en forma i contingut idèntic. És a dir, d'aquest exercici competencial se'n poden derivar desigualtats en la posició jurídica dels ciutadans de cadascuna de les comunitats autònomes, sense que això infringeixi necessàriament l'article 149.1.1 CE (STC 37/1987, de 26 de març, FJ 10).

Arribats a aquest punt, constatem que, llevat d'allò que es refereix a l'àmbit penal, fins al moment present, l'Estat no ha dictat una normativa —ni general ni sectorial— que estableixi un règim sancionador de l'Administració que, d'acord amb la jurisprudència constitucional citada en l'anterior fonament jurídic, serveixi de paràmetre comparatiu per determinar si el règim de sancions que preveu l'article 32 suposa una divergència qualitativa substancial que produeixi un trencament de la unitat, en allò fonamental, de l'esquema sancionador i que es pugui qualificar d'irraonable i desproporcionat al fi perseguit per la Proposició de Llei que estem examinant. En qualsevol cas, tampoc es pot menystenir que els articles 31 i 32 de la Proposició no consideren il·lícites conductes que siguin lícites a la resta de l'Estat, sinó que els tipus descrits són, com ja hem avançat, il·lícits, i permeten que la Generalitat de Catalunya pugui imposar les sancions administratives que s'hi

preveuen. Per a això, és clar, ha de respectar el principi de proporcionalitat, és a dir, ha de mantenir una proporció adequada entre la gravetat del fet constitutiu de la infracció i la sanció, tal com ja preveu l'apartat 4 de l'article 32, aquí examinat.

En conseqüència, els articles 31 i 32 de la Proposició examinada no són contraris a l'article 149.1.1 CE.

3. Finalment, examinarem l'article 26 bis, que regula l'anomenada inversió de la càrrega de la prova. L'apartat 1 d'aquest precepte disposa el següent:

«1. D'acord amb el que estableixen les lleis processals i reguladores dels procediments administratius, quan la part actora o l'interessat al·leguin discriminació per raó d'orientació sexual, identitat de gènere o expressió de gènere i n'aportin indicis fonamentats, correspon a la part demandada o a qui s'imputi la situació discriminatòria, l'aportació d'una justificació objectiva i raonable, suficientment provada, de les mesures adoptades i de llur proporcionalitat.»

L'apartat 1 bis, que segueix l'acabat de citar, preveu que els fets o els indicis pels quals es pot presumir l'existència de discriminació «poden ésser provats per qualsevol prova admesa en dret», i que també podran tenir-se en compte proves estadístiques i tests de situació. A continuació, l'apartat segon, que no es correspon amb la rúbrica de l'article, habilita «[l]òrgan administratiu o sancionador» per sol·licitar informes o dictàmens als òrgans competents en matèria d'igualtat. I, finalment, l'apartat 3 exclou l'aplicació de l'apartat 1 als processos penals i als procediments administratius sancionadors.

Els diputats sol·licitants, vinculant-ho al procediment administratiu sancionador, consideren que «[a]dmetre que la simple denúncia d'una

situació discriminatòria comporti el trasllat de la càrrega de la inexistència de la situació denunciada és una subversió del sistema general vigent, basat en l'equilibri entre els principis consagrats en l'article 24.2 CE, entre els quals la presumpció d'innocència».

L'article que ara analitzem incorpora la inversió de la càrrega de la prova respecte del caràcter discriminatori per raó d'orientació sexual, d'identitat de gènere o d'expressió de gènere d'una determinada conducta o actuació (si prèviament la part actora aporta indicis fonamentats) com a tècnica que, segons hem exposat en el fonament jurídic anterior, al qual ens remetem, cada cop adquireix més rellevància en l'anomenat dret antidiscriminatori. Aquesta tècnica probatòria troba empara en la jurisprudència constitucional mateixa, que l'ha admès com a mecanisme de tutela davant la dificultat probatòria dels motius contraris al dret a no ésser discriminat (STC 38/1981, FJ 3; STC 151/2004, FJ 2, i STC 41/2006, de 13 de febrer, FJ 4, entre d'altres). Hem de recordar, a més, que, en aquest punt de vista, el precepte se situa en la línia de les directives del Consell 2004/113/CE i 2000/78/CE que, com hem vist, han estat incorporades per la legislació estatal.

Hem avançat també que aquest tipus de presumpció no és traslladable a l'àmbit de l'exercici del *ius puniendi*, sigui penal o de caràcter sancionador-administratiu, tal com, efectivament, afirma l'apartat 3 del mateix precepte que estem examinant. I això, perquè, en aquest àmbit, la regla bàsica en matèria de prova en relació amb l'exercici del poder de castigar és la presumpció d'innocència (art. 24.2 CE), de la qual es deriva que la càrrega de provar i acreditar l'existència objectiva i subjectiva del delictes, o de la infracció, correspon a qui exercita la pretensió punitiva.

Per tant, el dubte dels sol·licitants sobre l'aplicació d'aquest precepte a l'àmbit administratiu sancionador troba resposta en l'esmentat apartat 3 del mateix article 26 bis de la Proposició de llei, el qual textualment disposa que

«[e]l que estableix l'apartat 1 no és aplicable als processos penals ni als procediments administratius sancionadors».

Crida l'atenció la referència al fet que aquesta regla probatòria no és aplicable als «processos penals», ja que la Generalitat no té competències en matèria de legislació penal ni, en termes generals, sobre legislació processal, llevat de les especialitats derivades del dret propi (art. 149.1.6 CE i 130 EAC). La inclusió d'aquesta referència, però, no suposa un excés competencial, sinó que s'ha d'entendre com la determinació de la delimitació negativa de l'àmbit d'aplicació de la norma prevista a l'article 26 bis.1, delimitació que és conseqüència dels principis constitucionals en aquesta matèria (art. 24.2 CE).

En conseqüència, l'article 26 bis de la Proposició de Llei no és contrari al principi de presumpció d'innocència establert a l'article 24.2 CE.

Atesos els raonaments continguts en els fonaments jurídics precedents, formulem la següent

## CONCLUSIÓ

**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.*

Aquest és el nostre Dictamen, que pronunciem, emetem i signem al Palau Centelles en la data indicada a l'encapçalament.