



CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES
DE CATALUNYA

Nota en relación con el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries 17/2014, de 14 de agosto, sobre la Proposición de ley para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales y para erradicar la homofobia y la transfobia

Conclusiones del Dictamen:

Única. Los artículos 26 bis, 30, 31 y 32, y el resto de preceptos del capítulo IV del título IV de la Proposición de ley para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales y para erradicar la homofobia y la transfobia, no son contrarios a la Constitución, sin perjuicio de las observaciones de técnica legislativa contenidas en el fundamento jurídico tercero.

Adoptada por unanimidad.

Los diputados solicitantes cuestionan la constitucionalidad del artículo 26 bis, relativo a la inversión de la carga de la prueba, y todo el capítulo IV del título IV de la Proposición de ley, referido al régimen de infracciones y sanciones, y en especial sus artículos 30, 31 y 32. En esencia, critican, por una parte, la coexistencia de este régimen sancionador con el Código Penal, de la cual se podría derivar tanto la vulneración de las competencias estatales sobre legislación penal, sobre legislación procesal y sobre regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad, como la sustracción de funciones propias de los órganos jurisdiccionales y de la fiscalía. Y, por otra, plantean la afectación a la presunción de inocencia que podría resultar de la inversión de la carga de la prueba prevista en el artículo 26 bis.

Nuestro ordenamiento constitucional se caracteriza por admitir una dualidad de sistemas sancionadores (penal y administrativo) que, como ha afirmado la STC 77/1983, de 3 de octubre (FJ 4), encuentra su fundamento en el artículo 25 CE. Dicho esto, sin embargo, la Constitución no determina ningún criterio de distribución entre lo que pueda corresponder a la potestad administrativa sancionadora y lo que corresponde a la legislación penal, que, como es sabido, actúa exclusivamente a través de los procedimientos judiciales. Eso quiere decir que queda en manos del legislador efectuar la mencionada distribución, teniendo en cuenta, sin embargo, por una parte, que corresponden a la legislación penal las sanciones que consisten en la pérdida de derechos civiles y políticos o en una pena privativa de libertad (art. 25.3 CE) y, por otra, que son propios del derecho penal los principios de fragmentariedad y *ultima ratio*.

A partir de aquí, se puede afirmar, pues, que, con la excepción que acabamos de señalar, la tipificación de las infracciones y la correspondiente imposición de sanciones se puede vehicular tanto a través de la jurisdicción penal como en vía administrativa. En la lucha contra la discriminación rige también esta ambivalencia, partiendo, obviamente, del hecho de que, antes de acudir a los remedios sancionadores, lo mejor para conseguir eliminarla es el establecimiento de políticas sociales, económicas y culturales de promoción de la igualdad (art. 40.8 EAC), así como programas de formación, concienciación y sensibilización. En cualquier caso, ha de quedar claro, porque así lo ha establecido el Tribunal Constitucional, que el hecho de que la regulación de las infracciones y sanciones afecte al ámbito de los derechos fundamentales no implica que toda la regulación del derecho administrativo sancionador sea competencia exclusiva del Estado y excluya las comunidades autónomas (STC 87/1985, de 16 de julio, FJ 8, y STC 218/2013, de 19 de diciembre, FJ 5).

De acuerdo con el artículo 149.1.6 CE, la competencia en materia de legislación penal corresponde en exclusiva al Estado, hecho que impide, aquí sí, que las comunidades autónomas puedan tipificar de manera efectiva y concreta ningún supuesto de responsabilidad penal (STC 142/1988, de 12 de julio, FJ 7). Además, en materia penal rige una reserva de ley

orgánica, que excluye también que las comunidades autónomas puedan modificar o derogar normas propias de esta rama del ordenamiento.

Con respecto a la competencia para dictar normas reguladoras del procedimiento sancionador, basta con recordar que la Generalitat la tiene para regular «el procedimiento administrativo de las Administraciones públicas catalanas» (art. 159.2 EAC) y que la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, regula en los artículos 102 a 106 los elementos estructurales del procedimiento sancionador, que tienen su desarrollo en la Administración de la Generalitat en el Decreto 278/1993, de 9 de noviembre, sobre el procedimiento sancionador de aplicación en los ámbitos de competencia de la Generalitat. Tal como ha establecido el Tribunal Constitucional desde la STC 227/1988, de 29 de noviembre (FJ 32), la regulación del procedimiento administrativo «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».

Por otra parte, «la potestad sancionadora no constituye un título competencial autónomo» (STC 37/2002, de 14 de febrero, FJ 13), sino que, como reproduce una consolidada jurisprudencia constitucional (entre otras, las Sentencias 124/2003, de 19 de junio, FJ 8; 157/2004, de 21 de septiembre, FJ 15, y, más recientemente, 218/2013, FJ 5) y recoge nuestra doctrina consultiva (DCGE 25/2010, de 22 de diciembre, FJ 3, y 13/2013, de 10 de octubre, FJ 3), dicha potestad sancionadora está vinculada a la competencia sobre la materia sustantiva en cuestión. Por ello, el Consell considera conveniente que en el capítulo IV del título IV se precise cuáles son los ámbitos o sectores de actividad competencia de la Generalitat o de los entes locales en que se aplican las infracciones que no lo especifican expresamente, aunque una interpretación sistemática e integrada de toda la Proposición de ley permite descartar que por esta vía se produzca ninguna vulneración de la Constitución.

Resuelto esto, puede concluirse que el capítulo IV del título IV de la Proposición de ley no sustrae el posible enjuiciamiento por parte de la jurisdicción penal de los hechos que puedan constituir delito o falta y, consiguientemente, no es contrario en los artículos 149.1.6 CE (competencia estatal sobre la legislación penal y procesal), 117.3 CE (funciones de los juzgados y tribunales) y 124 CE (funciones del Ministerio Fiscal), porque el régimen sancionador que establece, con control judicial posterior, es administrativo y no penal, aunque su hipotética superposición —en todo caso, parcial— pueda constituir una técnica legislativa claramente defectuosa y, por lo tanto, desaconsejable.

Aparte de su afectación por la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, ya examinada, la potestad sancionadora de la Administración está sometida con carácter general a los mismos límites y principios que rigen para el orden penal y que vienen fijados por los artículos 24 y 25 CE (STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2), cosa que no se traduce en una estricta aplicación literal, sino «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 junio, FJ 4).

En este sentido, el primero de los principios al que debemos referirnos como incardinado también, de forma ineludible, en el régimen administrativo sancionador, es el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), que incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, y se articula a través de una doble garantía: material y formal.

Desde la perspectiva material, se traduce en la exigencia de la predeterminación normativa, o lo que es lo mismo, en el principio de tipicidad o taxatividad, que implica que la ley ha de describir el supuesto de hecho delimitado de forma estricta (*lex certa*), es decir, debe predeterminar las conductas ilícitas y las sanciones que les son aplicables con un grado de certeza suficiente (STC 145/2013, de 11 de julio, FJ 4, entre muchas otras). Esta exigencia de claridad y precisión, que, de acuerdo con esta misma jurisprudencia, opera con más rigor en

las sanciones penales que en las administrativas, se erige, pues, en un aspecto fundamental del principio de legalidad y significa que constitucionalmente no pueden admitirse formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición que su efectividad acabe dependiendo de una decisión prácticamente libre y arbitraria del aplicador de la norma.

La garantía formal, por su parte, se refiere, como ya tuvimos ocasión de señalar en nuestro Dictamen 17/2010, de 15 de julio (FJ 7), al rango normativo de los preceptos que tipifican las infracciones y sanciones, «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).

Sin embargo, el mismo Tribunal, ya desde la mencionada Sentencia 77/1983, ha matizado (y así lo recoge también el art. 129.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común -LRJAPPAC-) que el alcance de esta reserva de ley no es tan riguroso en el ámbito del derecho administrativo sancionador como lo es en las sanciones penales, sin excluir «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 febrero, FJ 5).

Integrado en este mismo principio de legalidad y aunque el artículo 25.1 CE no haga referencia expresa, el Alto Tribunal ha incluido también el principio *non bis in idem*. En virtud de este principio, queda prohibida la imposición de una dualidad de sanciones «en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento» (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3, entre muchas otras). Es decir, la garantía que representa la prohibición del *bis in idem* se configura como un derecho fundamental (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3 y 2/2003, FJ 3), que, como decíamos, impide sancionar a una persona en más de una ocasión por el mismo hecho con el mismo fundamento, a través de la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, y ello abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa. Lo que queda constitucionalmente proscrito es, pues, la aplicación de dos normas sancionadoras, así como también el posterior enjuiciamiento, cuando el mismo hecho ha sido ya juzgado en un primer procedimiento en el cual se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada (STC 2/2003, FJ 3), pero no la mera coexistencia normativa de procedimientos sancionadores.

En conexión con lo anterior, el Tribunal Constitucional ha afirmado que, en nuestro ordenamiento, rige la regla de preferencia o precedencia de la jurisdicción penal sobre la Administración, en aquellos casos en que los hechos a sancionar puedan ser no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta de acuerdo con el Código Penal. De esta regla el Tribunal ha derivado una triple exigencia: «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).

Así pues, el legislador estatal, único competente en materia de legislación penal, tiene libertad para decidir qué hechos deben ser objeto de sanción penal, y, una vez lo ha hecho, «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, podemos concluir que siempre ha de prevalecer la aplicación preferente de la norma penal, de manera que en caso de que los hechos también reunieran los elementos para ser calificados de delito o falta y se haya iniciado un proceso penal, la Administración no puede imponer la sanción correspondiente a la infracción administrativa, sino que debe suspender preceptivamente el procedimiento previamente iniciado (art. 7.2 del Real decreto 1398/1993, de

4 de agosto, por el cual se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, y art. 5.1 del Decreto 278/1993, de 9 de noviembre, sobre el procedimiento sancionador de aplicación en los ámbitos de competencia de la Generalitat).

En el ámbito de las sanciones administrativas, como en el de las penales, rige también el principio de culpabilidad, que supone la imputación por dolo o culpa de la acción que se sanciona. Es decir, no caben criterios meramente objetivos o, lo que es lo mismo, se excluye «la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente» (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4.A). Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el régimen sancionador debe procurar que haya proporcionalidad entre la gravedad de los comportamientos prohibidos y las consecuencias sancionadoras que prevé la ley (STC 145/2013, FJ 6).

De acuerdo con todo lo que se ha dicho anteriormente, se puede examinar a continuación la adecuación a la Constitución de los preceptos de la Proposición de ley que han sido impugnados de manera independiente.

El artículo 30 de la Proposición de ley contiene una remisión a la normativa del procedimiento sancionador aplicable a los ámbitos de competencia de la Administración de la Generalitat, lo cual, tratándose de un procedimiento administrativo, encuentra amparo en la competencia compartida de la Generalitat sobre el procedimiento de las administraciones públicas catalanas (art. 159.2 EAC) y no vulnera los artículos 117.3 y 149.1.6 CE porque no afecta de ninguna manera a la potestad jurisdiccional ni a la competencia estatal en materia de «legislación procesal».

Del artículo 31 de la Proposición, que contiene el listado de infracciones, pueden presentar dudas de constitucionalidad las infracciones leves recogidas en su apartado 3. A este respecto hay que recordar que tanto el TEDH como el TC permiten restringir la libertad de expresión cuando el discurso insulta, degrada o incita al odio contra personas o grupos, entre otros motivos, en razón de su orientación sexual. Ahora bien, en el caso de la letra *b* del artículo 31.3, su redacción actual castiga, entre otros, la emisión intencionada de expresiones vejatorias que inciten a la violencia sin ninguna relación con la orientación sexual, cosa que lo aleja de la finalidad de la Proposición de ley, por lo que el Consell sugiere que sea modificado a fin de que se limite a reprimir las vejaciones intencionadas que inciten a la violencia y tengan, además, connotaciones homofóbicas, transfóbicas o bifóbicas (como el artículo 31.4.d, excepto por el hecho de que éste último no tiene en cuenta las bifóbicas). También sería aconsejable una redacción diferente en el caso del artículo 31.3.c, ya que la formulación «Tener comportamientos que supongan aislamiento, rechazo o menosprecio público, notorio y explícito de personas» no pone bastante énfasis en el aspecto lesivo de la conducta para la víctima, problema que se podría corregir sustituyéndola, por ejemplo, por la expresión «Realizar actos de aislamiento, rechazo o menosprecio público, notorio y explícito de personas». Ahora bien, eso no supone que el artículo 31 contenga ninguna vulneración de la Constitución, ya que respeta tanto los principios de tipicidad y culpabilidad (art. 25.1 CE) como la libertad de expresión (art. 20.1.a CE).

Ni el examinado artículo 31 ni el 32, relativo a las sanciones, vulneran el artículo 149.1.1 CE, que impide a las comunidades autónomas afectar a las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales. Según se desprende de las STC 87/1985, de 16 de julio (FJ 8) y 136/1991, de 20 de junio (FJ 1), los regímenes sancionadores autonómicos no pueden introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del esquema sancionador establecido en la legislación estatal. Y, como en este caso no existe un régimen sancionador administrativo estatal, no se da uno de los requisitos que exige la mencionada jurisprudencia constitucional para apreciar esta supuesta vulneración de la igualdad, ya que no disponemos de parámetro comparativo para poder enjuiciar la constitucionalidad de la regulación autonómica cuestionada. Además, las conductas consideradas infracciones en el artículo 31 y para las

cuales el artículo 32 prevé sanciones, son ilícitas en el resto del Estado, ya que están expresamente prohibidas o atentan contra derechos fundamentales.

Finalmente, se examina el artículo 26 *bis* de la Proposición de ley, referido a la inversión de la carga de la prueba, que establece que la presentación, en un proceso o procedimiento, de indicios fundamentados de discriminación en razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género, provoca que la parte a la cual se imputa la situación discriminatoria tenga que aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Esta técnica probatoria encuentra amparo en la jurisprudencia constitucional, que la ha admitido como mecanismo de tutela ante la dificultad probatoria de los motivos contrarios a los derechos fundamentales y a la igualdad (STC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 3; 151/2004, de 20 de septiembre, FJ 2, y 41/2006, de 13 de febrero, FJ 4, entre otras), y se sitúa en la línea de las Directivas del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, y 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que han sido incorporadas por la legislación estatal. A este artículo 26 *bis* se le imputa la vulneración del principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 24.2 CE (que, en el ámbito del derecho sancionador, penal y administrativo, impone la carga de probar los hechos y la culpabilidad a quien ejercita la pretensión punitiva), por invertir la carga de la prueba en los procedimientos administrativos sancionadores, pero esta circunstancia no es posible que se produzca, como consecuencia de lo establecido en el apartado 3 del artículo 26 *bis*, que excluye la aplicación de la inversión de la carga de la prueba en los procesos penales y en los procedimientos administrativos sancionadores.

Barcelona, 18 de agosto de 2014