

## 1. Planteamiento. Objeto del trabajo

1. En virtud del Auto 180/2013, de 17 de septiembre, el Tribunal Constitucional español rechazaba varias recusaciones planteadas por la Comunidad Autónoma de Cataluña contra el Presidente del propio Tribunal. El hecho que había dado lugar a las recusaciones fue el descubrimiento de que el actual Presidente del Tribunal Constitucional había realizado durante un tiempo una aportación anual de treinta y siete euros a un partido político, de lo que un periódico deducía su afiliación, presentando el hecho como una ilegalidad.

En realidad, se trata de una conducta impecablemente legal. El art. 159.4 de la Constitución española establece que la condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible, entre otras actividades, con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos. Idéntica redacción presenta el art. 19.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Nótese que se refiere sólo a las funciones directivas y a tener empleo al servicio de un partido político.

Por el contrario, el art. 127 de la Constitución prohíbe a los jueces integrantes del Poder judicial la militancia en partidos políticos y sindicatos. Es una diferencia que el constituyente ha querido establecer conscientemente<sup>1</sup>.

Sin embargo, a pesar de la claridad que presentaba la cuestión<sup>2</sup> desde el punto de vista del Derecho interno, el Auto argumentaba ampliamente, como veremos, con razones de Derecho comparado. En el presente trabajo pretendemos analizar de modo principal el empleo del Derecho comparado por nuestro Tribunal Constitucional, realizando un examen que pretende ser exhaustivo de las resoluciones en que se cita el Derecho Comparado o alguna resolución de determinado Tribunal Constitucional extranjero.

2. Del análisis del diálogo entre tribunales y de otras formas de influencia entre Tribunales extrae el Profesor De Vergottini algunas consideraciones de orden sistemático útiles para fijar ulteriores *criterios metodológicos* para ser utilizados en la comparación en el ámbito del Derecho constitucional<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Y que no debe hacernos olvidar que el propio art. 127 autoriza a los jueces a afiliarse a asociaciones profesionales que, como es conocido, tienen un fuerte componente ideológico.

<sup>2</sup> El propio Tribunal Constitucional en el Auto 226/1988, que desestimó una recusación de Ruiz-Mateos contra el también Presidente Rodríguez-Piñero porque había sido nombrado a propuesta del Gobierno de Felipe González, explicaba que la Ley Orgánica del Tribunal, de aplicación prioritaria respecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no impide que los Magistrados del Tribunal Constitucional puedan pertenecer a partidos políticos y sólo les impide ocupar dentro de los partidos cargos de carácter directivo, pues una posible afinidad ideológica no es en ningún caso factor que mengüe la imparcialidad para juzgar los asuntos que según su Ley Orgánica el Tribunal debe decidir.

<sup>3</sup> Vergottini, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Cívitas –Thomson Reuters, Madrid, 2010, pp. 209 y ss., a quien seguimos ampliamente en esta parte del trabajo.

a) Señala ante todo que ha de insistirse en la línea de delimitación entre *simples referencias* a experiencias de otros países y comparación. La comparación jurídica se presenta solamente cuando resulta evidente que el juez al decidir un caso que se le plantea recurre a la comparación para *extraer de la comparación un principio jurídico* que sirve para dilucidar la norma sobre la base de la cual se resuelve el problema planteado. Concretamente el juez puede buscar en la comparación un principio jurídico: i) en caso de carencia normativa en el propio ordenamiento, (excepcional) o bien, como ocurre a menudo, ii) en caso de búsqueda de ulteriores elementos valorativos con base en los cuales formar un juicio propio en la interpretación de disposiciones textuales de la propia Constitución.

b) En segundo lugar, ha de observarse que la posibilidad de practicar en concreto la comparación por parte de los tribunales resulta realmente limitada a los casos en que se pueda verificar la presencia de *valores comunes* compartidos. La práctica nos enseña que la comunidad de valores compartidos, propios del Estado constitucional, tiene lugar en Europa y también en otras amplias áreas del globo.

c) Ha de tenerse presente que, en general, se confirma el principio del carácter completo y de la autosuficiencia del ordenamiento estatal. Al respecto, se puede citar la explícita declaración del Tribunal Constitucional español que, con motivo del examen del problema de la constitucionalidad de normas en materia de igualdad de oportunidades, tras haber hecho referencia al régimen previsto por la normativa italiana y francesa, ha afirmado con claridad que de todas formas el único canon constitucional a seguir es la Constitución estatal<sup>4</sup>.

d) Esto sentado, es por tanto posible indicar una gradación de las tendencias manifestadas por los tribunales respecto del recurso al Derecho extranjero y a la comparación. Siguiendo a De Vergottini, cabe distinguir: i) jueces que rechazan el recurso a fuentes externas al ordenamiento (como el magistrado del Tribunal Supremo de Estados Unidos Scalia); ii) jueces que conocen el derecho externo pero no lo citan en sus pronunciamientos. Sería el caso, según algunos, del Conseil Constitutionnel francés<sup>5</sup>; iii) jueces que simplemente mencionan el Derecho externo, en un ejercicio de erudición discursiva<sup>6</sup>; iv) Jueces que utilizan de manera pertinente el Derecho extranjero y la comparación.

3. Como requisitos para poder calificar una invocación de Derecho comparado en sentido propio, cabe señalar:

a) Hace falta distinguir de la comparación que incide en la *ratio decidendi* la cita que puede ser efectuada del Derecho y de la jurisprudencia en los Antecedentes de Hecho de una sentencia. Por tanto, debe considerarse si la cita aparece en los Fundamentos Jurídicos de la sentencia y ha de valorarse la incidencia de la misma en el Fallo.

---

<sup>4</sup> Cfr. STC 12/2008, de 29 de enero: “la Constitución española, [...] constituye, obviamente, nuestro único canon de constitucionalidad”.

<sup>5</sup> Cfr. Carpentier E., “La utilización de la jurisprudencia constitucional extranjera por el Consejo Constitucional francés”, en *Memoria del X Congreso iberoamericano de derecho constitucional*, vol. 2, Lima, Idemsa, 2009, pp. 475 ss.

<sup>6</sup> Esto sería lo que habría hecho, según el Profesor De Vergottini, el Tribunal Constitucional español en la STC 136/1999, de 20 de julio.

b) Hace falta que exista la tendencial *posibilidad de acceder* a la cita del Derecho distinto del nacional<sup>7</sup>.

Con estos criterios, para el Profesor De Vergottini, existen pocos casos en que el juez procede en sentido propio a la comparación entre diversas contribuciones jurisprudenciales, como también entre diversas regulaciones constitucionales. Sería lo sucedido en la experiencia de Canadá, Australia o Sudáfrica. Probablemente deba añadirse la utilización de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán acerca de la dignidad humana por parte del Tribunal Constitucional húngaro.

Desde el punto de vista científico, la postura del Profesor De Vergottini es inobjetable. Sin embargo, habiendo trabajado dentro del Tribunal Constitucional, se siente uno proclive a matizarla señalando que los casos en que el Tribunal Constitucional español hace referencia al Derecho comparado constituyen solamente la punta de un *iceberg*<sup>8</sup>. Es decir: el Derecho comparado se usa en ocasiones sin citarse en las sentencias o sin reflejar en las mismas toda la relevancia que ha tenido. Con ello, no obstante, no pretendemos decir que se use el Derecho comparado por el Tribunal Constitucional español tanto como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ámbito en el cual tal Derecho llega a tener la naturaleza de fuente, no de argumento para la interpretación del Derecho interno, como es el caso entre nosotros.

## 2. Aplicación del Derecho comparado por el Tribunal Constitucional español

El Derecho comparado es invocado ante nuestro Tribunal Constitucional. Repasando las resoluciones dictadas por el mismo, encontramos que, desde 1980<sup>9</sup> hasta 2013<sup>10</sup>, el Derecho comparado ha sido invocado ante el mismo al menos en 79 ocasiones<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Sobre la objetiva dificultad de conocimiento y comprensión, cfr. Fentiman R.G., “Foreign Law in National Courts”, en Canivet G., Adenas M., Fairgrieve D. (dir.), *Comparative Law before Courts*, cit., pp. 13 ss.

<sup>8</sup> J. Mertens de Wilmars hizo esta observación respecto de la utilización del Derecho comparado por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. “Le droit comparé dans la jurisprudence de la Court de Justice des Communautés Européennes”, *Journal des Tribunaux*, 1991, p. 37.

<sup>9</sup> El primer auto que dictó el Tribunal Constitucional fue el ATC 1/1980, de 11 de agosto. La primera sentencia, la STC 1/1981, de 26 de enero.

<sup>10</sup> Se cierra este trabajo en diciembre de 2013.

<sup>11</sup> SSTC 26/1981, de 17 de julio; 12/1982, de 31 de marzo; 15/1982, de 23 de abril; 24/1982, de 13 de mayo; 36/1982, de 16 de junio; 47/1982, de 12 de julio; 57/1982, de 27 de julio; 67/1982, de 15 de noviembre; 68/1982, de 22 de noviembre; 101/1983, de 18 de noviembre; 111/1983, de 2 de diciembre; 16/1984, de 6 de febrero; 44/1984, de 27 de marzo; 72/1984, de 14 de junio; 83/1984, de 24 de julio; 53/1985, de 11 de abril; 55/1985, de 22 de abril; 98/1985, de 29 de julio; 45/1986, de 17 de abril; 88/1986, de 1 de julio; 99/1986, de 11 de julio; 108/1986, de 29 de julio; 137/1986, de 6 de noviembre; 152/1986, de 4 de diciembre; 19/1987, de 17 de febrero; 89/1987, de 3 de junio; 19/1988, de 16 de febrero; 118/1988, de 20 de junio; 209/1988, de 10 de noviembre; 14/1989, de 26 de enero; 45/1989, de 20 de febrero; 72/1989, de 20 de abril; 89/1989, de 11 de mayo; 137/1989, de 20 de julio; 178/1989, de 2 de noviembre; 193/1989, de 16 de noviembre; 214/1989, de 21 de diciembre; 41/1990, de 15 de marzo; 76/1990, de 26 de abril; 119/1990, de 21 de junio; 205/1990, de 13 de diciembre; 211/1990, de 20 de diciembre; 45/1991, de 28 de febrero; 46/1991, de 28 de febrero; 150/1991, de 4 de julio; 14/1992, de 10 de febrero; 107/1992, de 1 de julio; 222/1992, de 11 de diciembre; 227/1993, de 9 de julio; 254/1993, de 20 de julio; 37/1994, de 10 de febrero; 165/1994, de 26 de mayo; 218/1994, de 18 de julio; 337/1994, de 23 de diciembre; 7/1996, de 18 de enero; 196/1997, de 13 de noviembre; 206/1997, de 27 de noviembre; 14/1998, de 22 de enero; 103/1999, de 3 de junio; 98/2000, de 10 de abril; 102/2000, de 10 de abril; 188/2000, de 10 de julio; 290/2000, de 30 de noviembre; 29/2004, de 4 de marzo; 179/2004, de 21 de octubre; 237/2005, de 26 de septiembre; 235/2007, de 7 de noviembre; 12/2008, de 29 de enero; 59/2008, de 14 de mayo; 83/2008, de 17 de julio; 98/2009, de 27 de abril; 137/2010, de 16 de diciembre; 20/2012, de 16 de febrero; 198/2012, de 6 de noviembre; 114/2013, de 9 de mayo; AATC 120/1983, de 21 de marzo de 1983; 351/1989, de 19 de junio de 1989; 178/1996, de 26 de junio de 1996; 505/2005, de 13 de diciembre.

En los Fundamentos Jurídicos de sentencias o autos, fue mencionado en 44 ocasiones<sup>12</sup>.

El Derecho comparado se aplica tanto en recursos de inconstitucionalidad<sup>13</sup> como en cuestiones de inconstitucionalidad<sup>14</sup> y recursos de amparo<sup>15</sup>.

Estudiando este acervo jurisprudencial y escogiendo los casos en que el uso del Derecho comparado es más relevante desde la perspectiva de la *ratio decidendi*, vamos a ofrecer a continuación un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ordenado conforme a los criterios que puntualizamos a continuación. Ante todo, vamos a referirnos al uso del Derecho comparado antes de la importante sentencia 12/2008, en la que el Tribunal se pronuncia explícitamente acerca del uso del Derecho comparado. Esta parte recoge un número considerable de sentencias que hemos ordenado subdistinguiendo las pronunciadas en el marco de diferentes competencias del Tribunal: recursos de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad y recursos de amparo. En segundo lugar, analizamos la STC 12/2008. En tercer lugar, nos referiremos a la jurisprudencia sobre el tema posterior a la STC 12/2008. Dentro de los apartados primero y tercero ordenamos las sentencias cronológicamente.

## **2.1. Sentencias en que se invocó Derecho comparado antes la STC 12/2008, de 29 de enero**

Con anterioridad a la STC/2008, nuestro Tribunal Constitucional hizo alusiones al Derecho comparado sin cuestionarse hasta qué punto el mismo puede ser empleado por él, bien como argumento inserto en la *ratio decidendi*, bien como argumento a mayor abundamiento. Este uso del Derecho comparado se produjo en las competencias más destacadas de Tribunal Constitucional: recursos de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad y recursos de amparo.

### **2.1.1. Recursos de inconstitucionalidad en cuya resolución se reconoció la influencia el Derecho comparado**

#### **2.1.1.1. STC 53/1985, de 11 de abril. Derecho comparado y tratamiento del aborto**

---

<sup>12</sup> AATC 12/1986, de 15 de enero de 1986; 171/1986, de 19 de febrero de 1986; 180/1986, de 21 de febrero de 1986; 496/1989, de 16 de octubre de 1989; 174/1995, de 6 de junio de 1995; 349/1995, de 19 de diciembre de 1995; 350/1995, de 19 de diciembre de 1995; 178/1996, de 26 de junio de 1996; 349/2003 de 29 de octubre de 2003. SSTC 4/1981 de 2 de febrero de 1981; 57/1982, de 27 de julio de 1982; 72/1984, de 14 de junio de 1984; 114/1984, de 29 de noviembre de 1984; 124/1984, de 18 de diciembre de 1984; 75/1985, de 21 de junio de 1985; 94/1985, de 29 de julio de 1985; 160/1987, de 27 de octubre de 1987; 64/1988, de 12 de abril de 1988; 45/1989, de 20 de febrero de 1989; 76/1989, de 27 de abril de 1989; 137/1989, de 20 de julio de 1989; 193/1989, de 16 de noviembre de 1989; 56/1990, de 29 de marzo de 1990; 119/1990, de 21 de junio de 1990; 150/1990, de 4 de octubre de 1990; 184/1990, de 15 de noviembre de 1990; 211/1990, de 20 de diciembre de 1990; 60/1991, de 14 de marzo de 1991; 71/1994, de 3 de marzo de 1994; 196/1997, de 13 de noviembre de 1997; 206/1997, de 27 de noviembre de 1997; 225/1998, de 25 de noviembre de 1998; 136/1999, de 20 de julio de 1999; 102/2000, de 10 de abril de 2000; 105/2000, de 13 de abril de 2000; 192/2000, de 13 de julio de 2000; /2003, de 16 de enero de 2003; 48/2003, de 12 de marzo de 2003; 123/2004, de 13 de julio de 2004; 112/2006, de 5 de abril de 2006; 12/2008, de 29 de enero de 2008.

<sup>13</sup> SSTC 160/1987, de 27 de octubre; 150/1990, de 4 de octubre; 211/1990, de 20 de diciembre; 225/1998, de 25 de noviembre; 48/2003, de 12 de marzo; 198/2012, de 6 de noviembre.

<sup>14</sup> 45/1989, de 20 de febrero; 184/1990, de 15 de noviembre; 60/1991, de 14 de marzo; 12/2008, de 29 de enero.

<sup>15</sup> SSTC 15/1982, de 23 de abril; 124/1984, de 18 de diciembre; 64/1988, de 12 de abril; 136/1999, de 20 de julio; 123/2004, de 13 de julio.

El objeto del recurso decidido por aquella Sentencia era determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del proyecto de Ley orgánica que introducía el art. 417 bis en el Código Penal, por el que se declaraba no punible el aborto en determinados supuestos<sup>16</sup>.

Es, como se sabe, caso típicamente “difícil”, en el que hubo cinco votos particulares.

En los Antecedentes se narra que los recurrentes invocaron el Derecho comparado para fundamentar la interpretación del art. 15 CE (derecho a la vida) en el sentido de que el término «todos» incluye y protege al concebido y no nacido<sup>17</sup>; además, analizaron el Derecho penal alemán y la Sentencia del Tribunal Constitucional federal de 25 de febrero de 1975, concluyendo que los supuestos que en aquella quedan cubiertos por la no exigibilidad de otra conducta, quedan cubiertos en nuestro Derecho a través de la eximente de estado de necesidad, ya que ésta se perfila aquí con una extensión desconocida en el Derecho comparado<sup>18</sup>.

No se hace referencia explícita al Derecho comparado en los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia, pero se percibe la influencia de la forma de proceder del Tribunal Constitucional federal alemán en la del español.

---

<sup>16</sup> El proyecto de reforma del Código Penal al que hacía referencia el recurso decía:

«Artículo único.-El art. 417 bis del Código Penal queda redactado de la siguiente manera:

El aborto no será punible si se practica por un Médico, con el consentimiento de la mujer, cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.
2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado.
3. Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos Médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.»

<sup>17</sup> “De todo lo anteriormente expuesto -manifiestan los recurrentes- se deduce, de una parte, que es científicamente indiscutible que la vida humana comienza en el instante de la fecundación, y de otra, que la realidad social española, como la tendencia progresiva en el ámbito comparado, fuerza a interpretar el art. 15 de la Constitución en el sentido de que el término «todos» incluye y protege al concebido y no nacido, y, consecuentemente, a concluir que el art. 417 bis del Proyecto, al permitir la destrucción del ser concebido mediante la legalización del aborto en determinados supuestos, que por su ambigüedad incluso dejan relativizado el tipo penal, es probadamente inconstitucional.[...]”

<sup>18</sup> “(C) Como «ampliación del motivo sexto de inconstitucionalidad en relación con el motivo primero», proceden los recursos, en primer término, a analizar la cuestión de si resulta aplicable, como pretende el Proyecto en su exposición de motivos, la doctrina o el principio de no exigibilidad de otra conducta, al modo en que se utilizó en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 25 de febrero de 1975. Tras analizar esta Sentencia llegan a la conclusión de que los supuestos que pudieran estar allí comprendidos quedan cubiertos en nuestro Derecho a través de la eximente de estado de necesidad, ya que ésta se perfila aquí con una extensión desconocida en el Derecho comparado. En nuestro país -precisan- el hecho de que exista el delito de aborto tipificado en el Código Penal no significa que toda mujer abortista sea castigada, pues la no exigibilidad actúa a través de la eximente de estado de necesidad, y así ni un solo caso de condena se ha dado en la jurisprudencia española por las causas que pretende recoger la indicación primera. Es cierto, añaden, que la doctrina penal más moderna ha venido a incorporar la no exigibilidad de otra conducta como elemento negativo de la culpabilidad, pero entienden que la misma despliega su eficacia en el ámbito subjetivo, es decir, respecto de una persona concreta en una situación concreta: La concurrencia o la ausencia de culpabilidad no se determina en virtud de una ley, caracterizada por la generalidad abstracta, sino en virtud de una Sentencia que enjuicia el caso concreto. Finalmente, tras efectuar este examen desde el punto de vista de la culpabilidad, pasan a contemplar la cuestión desde la perspectiva de la antijuridicidad, para concluir que, si se parte de que el derecho a la vida existe desde el momento mismo de la concepción, resulta, como corolario jurídico, el deber de todos de abstenerse de acciones contrarias a tal derecho, deber que es exigible por el Estado, a través de la pena, frente a cualquiera y por encima de cualquier otro bien jurídico que no está subordinado.[...]”

### **2.1.1.2. STC 160/1987, de 27 de octubre: Derecho comparado para reforzar la justificación de la duración de la prestación social sustitutoria del Servicio Militar obligatorio<sup>19</sup>**

Se trataba del recurso de inconstitucionalidad que formuló el Defensor del Pueblo contra dos Leyes: una, la Ley ordinaria 48/1984, de 26 de diciembre, «reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria», y otra, la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, «por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal y se deroga el art. 45 de la LOTC 2/1979»<sup>20</sup>.

Fue un caso “difícil”, como acredita el hecho de que tuviera tres votos particulares, ninguno de los cuales discrepa de la utilización del Derecho comparado (uno la confirma, implícitamente, sin hacerse cuestión).

El Defensor del Pueblo, en su recurso, hacía considerable referencia al Derecho comparado relativo a la objeción de conciencia en sí misma y en relación con el servicio militar, pero al fundamentar los motivos concretos de impugnación, más que el Derecho comparado, invocó la Declaración Universal de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Europea de 1950.

El Tribunal desestimó el recurso. Empleó el Derecho comparado, sin abundar en detalles, para justificar que la protección mediante recurso de amparo no es un rasgo consustancial a los derechos fundamentales<sup>21</sup> y para justificar la duración de la prestación sustitutoria<sup>22</sup>, por tanto, como argumento de peso que respalda parcialmente la decisión.

### **2.1.1.3. STC 127/1994, de 5 de mayo, invocación del criterio del Tribunal Supremo de Estados Unidos para valorar el significado de una concesión de radio o televisión**

Muestra cómo el Tribunal tiene presente el Derecho comparado en los casos “difíciles”<sup>23</sup>, por más que la cita no sea absolutamente esencial en la motivación y además muy concreta. Es más, llama la atención la cita sin considerar las diferencias del modelo estadounidense, alemán y español.

<sup>19</sup> El servicio militar ya no es obligatorio en España (fue suprimido por Ley de 31 de diciembre de 2001).

<sup>20</sup> Sosteniendo, después de criticar la metodología del legislador por regular el derecho a la objeción de conciencia en dos leyes distintas, que toda la regulación de ese derecho debió realizarse en una única Ley con rango de orgánica (art. 81 CE). Después el Defensor del Pueblo particulariza su impugnación y dedica cinco motivos de su recurso a las infracciones constitucionales de determinados preceptos de la Ley ordinaria 48/1984, y otro motivo en parte a dicha Ley y en parte a la Orgánica 8/1984, en concreto a los preceptos que se refieren al régimen penal por infracciones o delitos en que pueda incurrir el objetor de conciencia por la no prestación o por la negativa a cumplir la prestación social sustitutoria.

<sup>21</sup> “Tampoco goza de esta cualidad [ser criterio fiable y seguro] la determinación de lo que sea un derecho fundamental por la circunstancia, meramente procesal, de estar protegido por el recurso de amparo, puesto que el Derecho comparado nos muestra la inexistencia de ese recurso como posible garantía de esos derechos, no obstante su reconocimiento.” (FJ 2)

<sup>22</sup> Concretamente, en el FJ 5 leemos:

“c) Por lo que se refiere a la prestación sustitutoria, el Defensor del Pueblo sostiene que su regulación, respecto al tiempo y a la forma en que ha de prestarse y a su fijación por el Gobierno (art. 8.3 de la Ley) atenta al principio de igualdad y no respeta el contenido esencial del derecho.

La Ley española, en efecto, ha adoptado el sistema general del Derecho comparado respecto a la duración de ese servicio nunca inferior al militar, y sí igual o superior en mayor o menor medida. [...]”

<sup>23</sup> El Derecho comparado se usa también en casos menos importantes que no recogemos para no hacer farragosa la enumeración. Así, por ejemplo, en la STC 150/1990, de 4 de octubre, se emplea el Derecho comparado para sostener que la vinculación a determinados fines de fondos transferidos a corporaciones locales no vulneraría la autonomía local; en la STC 211/1990, de 20 de diciembre, se alude al Derecho comparado para fijar el concepto de *denominación de origen*.

Se trataba de cuatro recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Consejo Ejecutivo de Cataluña, el Parlamento de Cataluña, el Parlamento Vasco y cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario del Partido Popular contra la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada. Entre los reproches de inconstitucionalidad, aquí destacaremos que se estimaba incompatible con las libertades de expresión e información ejercidas a través de la televisión (art. 20.1 de la Constitución) y con la misma libertad de empresa (art. 38 de la Norma fundamental) la consideración de la televisión como un servicio público esencial de titularidad estatal que se ejercita mediante la gestión indirecta por las sociedades anónimas que hayan obtenido una concesión.

Los recursos fueron desestimados.

La Sentencia rechaza el reproche referido en un extenso FJ 6, con abundante argumentación de Derecho interno y de jurisprudencia del TEDH y en un apartado del mismo, para fundamentar el régimen peculiar, se alude a Sentencias del Tribunal Supremo de Estados Unidos<sup>24</sup>. Y añade que “la misma preocupación por impedir un monopolio de opinión, salvaguardar una separación de poderes informativos y garantizar un pluralismo externo mediante la posibilidad de acceso de diversos grupos sociales a la televisión privada se observa en la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 4 de noviembre de 1986 (BVerfGE 73, 118) que enjuició la Ley de Baja Sajonia.”

La Sentencia tuvo cuatro votos particulares que no hicieron referencia de Derecho comparado ni observaciones respecto del empleo del mismo.

#### **2.1.1.4. STC 225/1998, de 25 de noviembre: Derecho comparado aludido en relación con el establecimiento de barrera electoral**

Se trataba del recurso de inconstitucionalidad, promovido por el Defensor del Pueblo, que se dirigía contra el apartado segundo de la Disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, del Estatuto de Autonomía de Canarias, que establecía una barrera electoral del 6%<sup>25</sup>. No queda en los Antecedentes rastro de cita alguna de Derecho comparado.

---

<sup>24</sup> “C) Dicho esto, conviene también insistir en que el titular de una licencia de radiodifusión de algún modo goza de un "privilegio" (así lo expuso la Corte Suprema Estadounidense en "Red Lion Broadcasting Co y otros versus Federal Communications Commission, 395.US.367, de 9 de junio de 1969), ya que es alguien que utiliza -con un uso privativo y excluyente de otros- un recurso valioso y limitado ("Columbia Broadcasting System versus Democratic National Committee", 412.US.94, de 29 de mayo de 1973), cual es un medio de radiodifusión que le permite expresar libremente sus opiniones ante una pluralidad de espectadores y a diferencia, precisamente, del resto de los ciudadanos que no poseen la organización ni los recursos económicos necesarios para acceder a ese instrumento privilegiado de ejercicio de los derechos fundamentales del art. 20.1 de la Constitución.

Cuando de radiodifusión televisiva se habla, esto es, si cabe, más evidente. La técnica concesional que la Ley recurrida acoge regula el acceso, mediante concurso público, de una pluralidad de empresas solicitantes con ofertas concurrentes (arts. 8 a 10 de la Ley), cuyo interés público el Gobierno viene obligado a valorar con arreglo a los criterios objetivos que la Ley menciona (art. 9.2), y que los Tribunales contencioso-administrativos -ya se ha dicho- pueden revisar. Esa forma de acceso plural a la autorización para emitir tiene como justificación (así se desprende del art. 9.2 de la Ley) impedir un monopolio privado de los medios de comunicación social no menos odioso, desde la perspectiva de la exclusión del ejercicio de los derechos de otros, que el monopolio público ya abandonado, en virtud del no descartable riesgo de abusos en el mercado a causa de posiciones dominantes y prácticas restrictivas de la competencia por singulares poderes económicos.”

<sup>25</sup> El tenor literal del precepto era el siguiente:

"2. Igualmente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 del presente Estatuto, y en tanto no se disponga otra cosa por una Ley del Parlamento Canario aprobada por mayoría de dos terceras partes de sus miembros, se establece que sólo serán tenidas en cuenta aquellas listas de partido o coalición que hubieran obtenido el mayor número de

El recurso fue desestimado. Hubo un solo voto particular, que fue concurrente y que no hablaba de Derecho comparado. No se puede calificar el caso de muy “difícil”, pero sí la materia, en particular en nuestro país. Veamos.

La cuestión de las barreras electorales es delicada. En España, en el ámbito político, hay quien propone establecerla para desalojar del Congreso de los Diputados a nacionalistas catalanes y vascos. Aunque el tema no es muy discutido, no se sabe si por la furiosa respuesta que podría provocar por parte de los nacionalistas o porque podría dar lugar a la coalición de ambos partidos nacionalistas para superar la eventual barrera, podría pasar a primer plano en cualquier momento.

La barrera electoral, en el caso al que ahora nos referimos, parecía no plantear muchas dudas de inconstitucionalidad, pero porque existían ya otras en otras Comunidades Autónomas cuya constitucionalidad había sido aceptada por el Tribunal.

En suma, resulta interesante señalar que, para la aceptación de tales barreras, se había esgrimido el Derecho comparado, como consta en la presente Sentencia<sup>26</sup>. En caso de que se planteara en España una barrera electoral de ámbito nacional, es incuestionable que el caso alemán podría ejercer notable influencia. Por eso seleccionamos esta sentencia, aunque no se puede decir que en ella, en sí misma considerada, sea *ratio decidendi* el Derecho comparado.

#### **2.1.1.5. STC 48/2003, de 12 de marzo: invocación del Derecho comparado para fundamentar el carácter genérico de algún tipo penal antiterrorista**

Se trataba del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco impugnando varios preceptos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos (en adelante LOPP), en particular, los supuestos de posible ilegalización contemplados en el art. 9 LOPP (recoge las conductas que darán lugar a la ilegalización)<sup>27</sup>.

---

votos válidos de su respectiva circunscripción electoral y las siguientes que hubieran obtenido, al menos, el 30 por ciento de los votos válidos emitidos en la circunscripción insular o, sumando los de todas las circunscripciones en donde hubiera presentado candidatura, al menos el 6 por ciento de los votos válidos emitidos en la totalidad de la Comunidad Autónoma.”

El Defensor del Pueblo fundamentaba la ilicitud constitucional del precepto transcrito en dos órdenes de consideraciones: uno, desde la óptica del sistema constitucional de fuentes del Derecho y los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3. C.E.); y otro, atinente al contenido material de la norma que, en criterio del recurrente, es contrario, de una parte, al mandato de proporcionalidad dispuesto en el art. 152.1 C.E. en relación con el procedimiento de elección de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y, de otra, lesivo del derecho a la igualdad en el ejercicio del sufragio (con cita de los arts. 14 y 23.2 C.E.) y del valor pluralismo político (art. 1.1 C.E.).

<sup>26</sup> En el FJ 5 se cita la STC 193/1989, señalando que la misma tuvo en cuenta que barreras similares no son infrecuentes en el Derecho comparado: “Por su parte, en el caso de la STC 193/1989, en el que el porcentaje de la cláusula limitativa se había fijado por el art. 15 a) de la Ley 2/1987, de elecciones a la Asamblea regional de Murcia, en el 5 por 100, se estimó que ese “tope” más elevado tampoco era contrario a los derechos que reconoce el art. 23 C.E., pues, por un lado, porcentajes similares no son infrecuentes en el Derecho comparado y, de hecho, es coincidente con el establecido en otras Comunidades Autónomas (así, el art. 12.2 del Estatuto de la Comunidad Valenciana; art. 11.4 del Estatuto de la Comunidad de Madrid; y Disposición transitoria primera, apartado 1, letra c) de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento...”

<sup>27</sup> “Artículo 9 Actividad

1. Los partidos políticos ejercerán libremente sus actividades. Deberán respetar en las mismas los valores constitucionales, expresados en los principios democráticos y en los derechos humanos. Desarrollarán las funciones que constitucionalmente se les atribuyen de forma democrática y con pleno respeto al pluralismo.
2. Un partido político será declarado ilegal cuando su actividad vulnere los principios democráticos, particularmente cuando con la misma persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante alguna de las siguientes conductas, realizadas de forma reiterada y grave:



No quedó en los Antecedentes de Hecho rastro de invocación del Derecho comparado. Aunque no hubo votos particulares, desde el punto de vista del eventual cuestionamiento internacional del proceder, no ya de nuestro Tribunal Constitucional, sino de todas las autoridades legítimas, el caso puede considerarse “difícil” por poder suponer un grave desprestigio para nuestra democracia.

La invocación del Derecho comparado va a producirse para responder al reproche de falta de proporcionalidad y de previsibilidad. El reparo encontró eco en el Tribunal, que salvó la constitucionalidad de los apartados f)<sup>28</sup> y g)<sup>29</sup> del art. 9 mediante una “interpretación conforme”: los supuestos contemplados en los referidos apartados han

---

a) Vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual.

b) Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas.

c) Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma.

3. Se entenderá que en un partido político concurren las circunstancias del apartado anterior cuando se produzca la repetición o acumulación de alguna de las conductas siguientes:

a) Dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo, legitimando las acciones terroristas para la consecución de fines políticos al margen de los cauces pacíficos y democráticos, o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta.

b) Acompañar la acción de la violencia con programas y actuaciones que fomentan una cultura de enfrentamiento y confrontación civil ligada a la actividad de los terroristas, o que persiguen intimidar, hacer desistir, neutralizar o aislar socialmente a quienes se oponen a la misma, haciéndoles vivir cotidianamente en un ambiente de coacción, miedo, exclusión o privación básica de las libertades y, en particular, de la libertad para opinar y para participar libre y democráticamente en los asuntos públicos.

c) Incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, o mantener un amplio número de sus afiliados doble militancia en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión.

d) Utilizar como instrumentos de la actividad del partido, conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas asociadas al mismo.

e) Ceder, en favor de los terroristas o de quienes colaboran con ellos, los derechos y prerrogativas que el ordenamiento, y concretamente la legislación electoral, conceden a los partidos políticos.

f) Colaborar habitualmente con entidades o grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o violenta, o que amparan o apoyan al terrorismo o a los terroristas.

g) Apoyar desde las instituciones en las que se gobierna, con medidas administrativas, económicas o de cualquier otro orden, a las entidades mencionadas en el párrafo anterior.

h) Promover, dar cobertura o participar en actividades que tengan por objeto recompensar, homenajear o distinguir las acciones terroristas o violentas o a quienes las cometen o colaboran con las mismas.

i) Dar cobertura a las acciones de desorden, intimidación o coacción social vinculadas al terrorismo o la violencia.

4. Para apreciar y valorar las actividades a que se refiere el presente artículo y la continuidad o repetición de las mismas a lo largo de la trayectoria de un partido político, aunque el mismo haya cambiado de denominación, se tendrán en cuenta las resoluciones, documentos y comunicados del partido, de sus órganos y de sus Grupos parlamentarios y municipales, el desarrollo de sus actos públicos y convocatorias ciudadanas, las manifestaciones, actuaciones y compromisos públicos de sus dirigentes y de los miembros de sus Grupos parlamentarios y municipales, las propuestas formuladas en el seno de las instituciones o al margen de las mismas, así como las actitudes significativamente repetidas de sus afiliados o candidatos.

Serán igualmente tomadas en consideración las sanciones administrativas impuestas al partido político o a sus miembros y las condenas penales que hayan recaído sobre sus dirigentes, candidatos, cargos electos o afiliados, por delitos tipificados en los Títulos XXI a XXIV del Código Penal, sin que se hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión.”

<sup>28</sup> “f) Colaborar habitualmente con entidades o grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o violenta, o que amparan o apoyan al terrorismo o a los terroristas.”

<sup>29</sup> “g) Apoyar desde las instituciones en las que se gobierna, con medidas administrativas, económicas o de cualquier otro orden, a las entidades mencionadas en el párrafo anterior.”

de ser interpretados como especificaciones de alguno de los apartados a)<sup>30</sup>, b)<sup>31</sup> ó c)<sup>32</sup> del art. 9.2<sup>33</sup>.

Pero el Tribunal añadió que una cierta inconcreción es inevitable en materia antiterrorista y para justificar esto invoca genéricamente el Derecho comparado. Esto lo hace citando una Sentencia propia que ya argumentó de este modo: STC 136/1999, de 20 de julio<sup>34</sup>. Ciertamente, no se trata del núcleo de la *ratio decidendi* ni de una invocación precisa y por tanto verificable del Derecho comparado, pero nos parece una invocación relevante. Sólo como colofón de la interpretación conforme y la invocación al Derecho comparado se desestimó el recurso en este punto<sup>35</sup>.

## **2.1.2. Cuestiones de inconstitucionalidad en cuya resolución se reconoció la influencia del Derecho comparado**

### **2.1.2.1 STC 126/1987, de 16 de julio: empleo de criterios de los Tribunales Constitucionales italiano y alemán y del Tribunal Supremo de Estados Unidos para decidir si una norma tributaria retroactiva es constitucional o no**

Se trataba de varias cuestiones de inconstitucionalidad que entendían que una norma introducida en la Ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado por la que se creó un gravamen complementario de la tasa fiscal que gravaba los juegos de suerte, envite o azar<sup>36</sup>, era inconstitucional, entre otras razones, por ser retroactiva y por vulnerar el principio de seguridad jurídica.

Las cuestiones de inconstitucionalidad fueron desestimadas, jugando un papel importante el Derecho comparado en la argumentación. Concretamente, se trajo a colación la doctrina del Tribunal Constitucional italiano conforme a la cual una norma tributaria retroactiva resulta constitucionalmente ilegítima si vulnera el principio de

---

<sup>30</sup> Art. 9.2.a): “Vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual.”

<sup>31</sup> Art. 9.2.b): “Fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades políticas.”

<sup>32</sup> Art. 9.2.c): “Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma.”

<sup>33</sup> “[...] la calificación de excesiva generalidad e imprevisibilidad que el Gobierno Vasco anuda específicamente a los supuestos contemplados en los apartados f) y g) del art. 9.3 queda, en buena parte, enervada desde el momento en que hemos dejado establecido que tales supuestos han de ser interpretados como especificaciones de alguno de los apartados a), b) o c) del art. 9.2.” (FJ 11)

<sup>34</sup> “Ciertamente, los supuestos comprendidos en el art. 9 LOPP no tienen el grado de concreción que resultaría de haberlos delimitado con términos puramente descriptivos. Como se dijo en la STC 136/1999, de 20 de julio, “nos encontramos ante una constante en lo que al *Derecho comparado* se refiere en materia de legislación antiterrorista, es decir, la previsión de un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terroristas, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista” (FJ 30). Dijimos entonces que la tutela frente al terrorismo comportaba un coste en la determinación de la conducta; pero, atendiendo a las consideraciones expuestas, ese coste no nos aboca a una situación en la que resulte imprevisible para los partidos calcular las consecuencias jurídicas de su conducta”. (FJ 11). (cursiva nuestra)

<sup>35</sup> El Fallo, por lo demás, desestimó todo el recurso, si bien a lo largo de los fundamentos Jurídicos se hizo una “interpretación conforme” de la Ley.

<sup>36</sup> La Disposición adicional sexta, 3, de la Ley 5/1983, de 29 de junio, de Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria, por la que se creó un gravamen complementario de la tasa fiscal que grava los juegos de suerte, envite o azar, y de acuerdo con el Real Decreto 2570/1983, de 21 de septiembre, que lo regula.

capacidad contributiva<sup>37</sup>, y se viene a aceptar, aunque sea a efectos dialécticos, para afirmar a continuación que desde esta perspectiva no cabía apreciar tacha de inconstitucionalidad en el precepto cuestionado<sup>38</sup>. En cuanto al principio de seguridad jurídica, se trae a colación doctrina del Tribunal Constitucional alemán y del Tribunal Supremo de Estados Unidos<sup>39</sup>, explicándola en lo sustancial en su fundamento<sup>40</sup> y contenido<sup>41</sup> y se puede considerar importante en la argumentación relativa a la constitucionalidad desde la perspectiva de la seguridad jurídica.

### **2.1.2.2. STC 45/1989, de 20 de febrero, importancia de la comparación en el sistema tributario**

El Pleno del Tribunal, en Sentencia 209/1988, de 10 de noviembre; a) había concedido el amparo solicitado frente a Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona que había estimado correcta la imposición por la Inspección al recurrente y a su cónyuge de la acumulación de sus rentas en la declaración correspondiente a determinado ejercicio; b) había reconocido al recurrente el derecho a no ser discriminado fiscalmente por el hecho de haber contraído matrimonio y a hacer por separado su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del ejercicio en cuestión y c) había sometido al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad

---

<sup>37</sup> FJ 10: “Basándose en un precepto constitucional análogo al español -su art. 53-, una parte de la doctrina italiana y la Corte Costituzionale en diversas Sentencias han mantenido que una norma tributaria retroactiva resulta constitucionalmente ilegítima si vulnera el principio de capacidad contributiva. Y que tal vulneración puede producirse si la ley establece como presupuesto un hecho o una situación pasada que no persisten en el momento de su entrada en vigor, o modifica, extendiendo sus efectos hacia el pasado, los elementos esenciales de un tributo existente en dicho momento, pues dicha capacidad ha de referirse no a la actual del contribuyente, sino a la que está ínsita en el presupuesto del tributo y, si ésta hubiera desaparecido o se hallase disminuida en el momento de entrar en vigor la norma en cuestión, se quebraría la relación constitucionalmente exigida entre imposición y capacidad contributiva (Ss. 45/1964, 44/1966, 75/1969 y 54/1980).”

<sup>38</sup> FJ 10: “Este planteamiento no conduciría, en ningún caso, a estimar la inconstitucionalidad del gravamen complementario cuestionado, pues, si bien la exigencia de la citada relación puede hacerse derivar del art. 31.1 de la Constitución Española en cuanto afirma que «todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica», no puede olvidarse que el gravamen recae sobre unas máquinas o aparatos que en el momento de devengo del tributo están en funcionamiento, y que aparece vinculado a la tasa fiscal devengada por la titularidad y explotación de los mismos a principio o durante los primeros meses de 1983, por lo que no cabe entender que la capacidad económica subyacente hubiera desaparecido a mediados de dicho año.”

<sup>39</sup> FJ 11: “Tribunal alemán, desde su Sentencia núm. 27, de 19 de diciembre de 1961, a considerar, en principio, constitucionalmente legítimas las normas fiscales retroactivas cuando la ley pretende tener aplicación en el período impositivo dentro del cual entra en vigor y que, por su parte, el Tribunal Supremo norteamericano ha declarado también la constitucionalidad de medidas fiscales retroactivas cuando la retroactividad alcanza a períodos cercanos al de la tramitación de la ley en cuestión, como es el caso de leyes fiscales cuyo objeto es gravar rentas o beneficios obtenidos durante el año en que se aprobó la ley o incluso durante el año de la sesión legislativa anterior a la de su aprobación (Decisiones de 11 de enero de 1937, 21 de noviembre de 1938 y 12 de enero de 1981 en los casos U. S. v. Hudson, Welch v. Henry et alii, y U. S. v. Darusmont).”

<sup>40</sup> FJ 11: “En cuanto al principio de seguridad jurídica también aducido, ha venido ciertamente configurándose, a partir de la Sentencia núm. 26 del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 19 de diciembre de 1961, una línea argumental que, partiendo de la idea del Estado de Derecho y de los principios que lo informan, considera que las normas tributarias retroactivas pueden estimarse constitucionalmente ilegítimas cuando atentan a tal principio y a la confianza de los ciudadanos.

En este contexto, el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias específicas que concurren en cada caso, se convierten en elemento clave en el enjuiciamiento de su presunta inconstitucionalidad. [...]”. En los supuestos de retroactividad impropia (la de disposiciones legales que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas) “la licitud o ilicitud de la Disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso. Es de destacar que esta ponderación ha llevado al Tribunal alemán, desde su Sentencia núm. 27, de 19 de diciembre de 1961, [...]”.

<sup>41</sup> FJ 11, que añade: “Bien es cierto que tanto uno como otro Tribunal tienen además en cuenta otras circunstancias específicas, como la importancia de las modificaciones introducidas, o el conocimiento por parte del contribuyente de la posibilidad de que se efectúen cambios en la legislación.”

de los preceptos legales en que se había fundado la actuación de la Inspección y su confirmación por la Audiencia Territorial.

Esta STC 45/1989, de 20 de febrero, resuelve la “autocuestión” de inconstitucionalidad así planteada.

En los Antecedentes se hace referencia a un informe de la Secretaría General de Hacienda, que acompañó al escrito del Abogado del Estado, que aporta datos relativos a los puntos controvertidos en la legislación española, incluyendo Derecho comparado, con el objeto de mostrar que algunas críticas dirigidas al legislador español no estaban justificadas y que en la materia hay que preservar un amplio margen de actuación al legislador democrático<sup>42</sup>, pero no se concretan esos aspectos.

No era un caso “difícil”, en el sentido que venimos dando al término (sí en el sentido de requerir conocimientos de Derecho fiscal para su comprensión). No hubo votos particulares.

El Tribunal, en el Fallo, declaró la inconstitucionalidad, por diferentes motivos, de cinco preceptos legales.

En la fundamentación jurídica se hace uso del Derecho comparado, pero sin concretar preceptos o países, sino remitiendo al Informe de la Secretaría de Hacienda. Concretamente, el Tribunal se remite al Derecho comparado: para avalar la necesidad que la sujeción conjunta entraña de liquidar el impuesto sobre la renta correspondiente a los miembros de una unidad familiar a través de una declaración única<sup>43</sup> y para avalar que el hecho de que es contrario a la Constitución el hecho de que la tributación per cápita de los cónyuges exceda de la que les correspondería de no haber contraído matrimonio<sup>44</sup>.

En suma, existió estudio científico del Derecho comparado que se citó como parte del hilo argumental de la *ratio decidendi*, pero la Sentencia invocó el estudio de Derecho comparado, sin detallar países y normas. Se emplea como punto de referencia para reforzar la legitimidad del sistema tributario. No parece que se pueda minimizar su importancia, aunque es de lamentar que no se hicieran algo más explícitas las razones de Derecho comparado.

---

<sup>42</sup> “Observa el Abogado del Estado que en el informe anejo a su escrito (que se ha de entender incorporado a estas alegaciones a todos los efectos) se describen y evalúan por la Secretaria General de Hacienda algunos datos que el Derecho comparado ofrece respecto a los puntos considerados, buscando así ponderar algunas críticas, a veces interesadas, contra las Leyes tributarias españolas. En definitiva, lo imperfecto y aproximativo de cualquier solución es una nota común a todas las legislaciones, no un rasgo peculiar español, y el percatarse de ello lleva a corroborar, de nuevo, la conclusión de la necesidad de preservar un amplio margen de libre configuración a favor del legislador democrático.”

<sup>43</sup> “La necesidad que la sujeción conjunta entraña de liquidar el impuesto sobre la renta correspondiente a los miembros de una unidad familiar a través de una declaración única es palmaria, sobre todo cuando el procedimiento seguido es el de la autoliquidación y siendo éste constitucionalmente legítimo y de común empleo, según evidencia el Derecho comparado, es claro que en la medida en que no es contraria a la Constitución la sujeción conjunta de los integrantes del matrimonio y sus hijos menores tampoco lo es la exigencia de una declaración común.[...]” (FJ 9).

<sup>44</sup> FJ 7: “[...] la imposición conjunta no es en sí misma contraria a la Constitución por arbitraria o irrazonable, como ya antes veíamos. Esta resulta transgredida, sin embargo, cuando el tratamiento fiscal distinto que, como consecuencia de esa diferenciación, reciben los cónyuges resulta más gravoso que el que recibirían si no lo fueran, pues la diferencia establecida no autoriza en modo alguno a extraer de ella consecuencias que no son congruentes con su propia razón de ser. Esta es, sin duda, la finalidad que persiguen los diversos sistemas que el Derecho comparado ofrece y de los cuales recoge un buen elenco el informe de la Secretaria de Hacienda que el Abogado del Estado acompaña a sus alegaciones, pues en todos ellos, con una u otra técnica, se intenta asegurar una tributación per cápita de los cónyuges que no exceda de la que les correspondería de no haber contraído matrimonio.”

### **2.1.2.3. STC 184/1990, de 15 de noviembre: tratamiento de las parejas de hecho**

En lo que aquí interesa, se trató de una cuestión de inconstitucionalidad promovida en relación con determinado precepto legal por exigir la condición de viuda (o viudo, de conformidad con la jurisprudencia constitucional) del cónyuge causante para tener derecho a la pensión de viudedad.

No quedó rastro de invocación de Derecho comparado en los Antecedentes de Hecho. Era un caso “difícil”, pues en esta materia, con el tiempo, la jurisprudencia constitucional, que en este caso se mantuvo dentro de las coordenadas del texto, acabaría desbordando las previsiones constitucionales<sup>45</sup>. Hubo un voto particular, que no incide en el uso del Derecho comparado.

Remitiéndose a anteriores resoluciones de inadmisión de demandas de amparo, el Tribunal repite que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida» [...], y ello también respecto de las pensiones de viudedad, precisando a este propósito que la actual regulación de tales pensiones no vulnera[...]” el principio de igualdad.

La Sentencia argumenta también citando Derecho internacional y Derecho comparado, aunque no haciendo mención concreta de países y leyes. La cita es importante en la estructura argumental de la Sentencia<sup>46</sup>.

### **2.1.2.4. STC 60/1991, de 14 de marzo y la atribución a la jurisdicción castrense del delito de negativa a la prestación del servicio militar**

Un Juez Togado Militar cuestionó en este proceso la constitucionalidad de la atribución a la jurisdicción militar, en situación de normalidad constitucional, del conocimiento del delito de negativa a la prestación del Servicio Militar<sup>47</sup> por posible contradicción con lo previsto en el art. 117.5 CE<sup>48</sup>, y en conexión con el mismo, con el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE).

En los Antecedentes no queda referencia alguna al Derecho comparado.

---

<sup>45</sup> La doctrina sería revisada posteriormente en SSTC 222/1992, de 11 de diciembre y en 47/1993, de 8 de febrero. V. Tenorio Sánchez, Pedro, “El matrimonio, derecho constitucional e institución de Derecho civil”, en *Estudios sobre derechos fundamentales. Desarrollos recientes*. Entwicklunen im Europäischen Recht Band 42, Herausgegeben von Prof. Dr. Rainer Arnold, Jean-Monnet-Lehrstuhl für Europarecht Universität Regensburg, pp. 97 y ss.

<sup>46</sup> “Tampoco en los países de nuestro entorno la Ley reconoce el derecho a pensión de viudedad o de sobrevivencia en favor del supérstite de una unión estable de hecho, exigiéndose en la mayor parte de los casos la existencia de vínculo matrimonial, con el añadido en algunas legislaciones de otros requisitos, como que el cónyuge supérstite estuviera a cargo del fallecido, una determinada duración del matrimonio o que el beneficiario haya alcanzado cierta edad o reúna otras condiciones. La propia OIT se ha hecho eco de esta situación, señalando que ello es así incluso en aquellos países con una alta proporción de parejas no casadas legalmente.” (FJ 4)  
Se prosigue en el FJ 5: “La reflexión anterior ilustra sobre el hecho de que la extensión de la pensión de viudedad a quienes conviven de forma estable extramatrimonialmente está lejos de ser la pauta en la legislación internacional y en el Derecho comparado. Ello refuerza la idea de que habrá de ser, en su caso, el legislador quien decida proceder a dicha extensión, [...]”

<sup>47</sup> Previsto en el art. 127 del Código Penal Militar (L.O. 13/1985, de 9 de diciembre)

<sup>48</sup> Art. 117.5 CE: “El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.”

Caso algo “difícil”, si tenemos en cuenta que históricamente el deslinde de lo civil y lo militar y el sometimiento de la autoridad militar a la civil han sido difíciles concretamente en España. Hubo un voto particular.

La cuestión de inconstitucionalidad es desestimada. La fundamentación de la Sentencia se centra resueltamente en la interpretación del art. 117.5 CE, pero se añade que la exégesis que se adopta es concorde con la generalidad de los sistemas comparados próximos<sup>49</sup>. No es la *ratio decidendi*, pero tiene su importancia. No se concretan países ni leyes.

### **2.1.3. Recursos de amparo en cuya resolución se reconoció la influencia del Derecho comparado**

#### **2.1.3.1. STC 15/1982, de 23 de abril, el Derecho comparado influye como presupuesto para reconocer el derecho a la objeción de conciencia**

Se trataba de un recurso de amparo promovido contra acuerdo de la Junta de Clasificación y Revisión Jurisdiccional de la Zona Marítima del Estrecho denegando la prórroga de incorporación al servicio militar solicitada, alegando objeción de conciencia «por motivos personales y éticos».

El demandante solicita el amparo apoyándose, entre otros argumentos, en que el reconocimiento de la objeción de conciencia no circunscrito a motivaciones de carácter religioso aparece avalado por la doctrina y el Derecho comparado, sin que los Antecedentes detallen este último.

No se presentó “difícil”, al menos, no hubo votos particulares.

El Tribunal estimó parcialmente el recurso de amparo, reconociendo el derecho del recurrente a que se aplazara su incorporación a filas hasta que se dictara la Ley, prevista en el art. 30.2 de la Constitución, que permitiera la plena aplicabilidad y eficacia del derecho a la objeción de conciencia por él alegada.

El Tribunal consideró que, en cuanto al fondo del asunto, una cuestión debatida que condicionaba la decisión sobre el otorgamiento del amparo era el reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico de la objeción de conciencia como derecho constitucional. El Tribunal dio a esta cuestión respuesta afirmativa y en su fundamentación aludió al Derecho comparado, en particular a que en la Ley Fundamental de Bonn el derecho a la objeción de conciencia se reconoce en el mismo artículo que la libertad de conciencia<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup>FJ 5: “Con las cautelas con las que en esta materia puede hacerse la referencia al Derecho comparado, no es ocioso recordar que la tutela penal de la obligación de cumplir el Servicio Militar se encuentra tipificada, en la generalidad de los sistemas comparados próximos, como delito de naturaleza militar, sometido al conocimiento de los correspondientes órganos judiciales que conocen de los delitos de esta naturaleza [...]”

<sup>50</sup> FJ 6: “Por otra parte, tanto la doctrina como el Derecho comparado afirman la conexión entre la objeción de conciencia y la libertad de conciencia. Para la doctrina, la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia, sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma. En la Ley Fundamental de Bonn el derecho a la objeción de conciencia se reconoce en el mismo artículo que la libertad de conciencia [...]”

Y, puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español, [...]”

### **2.1.3.2. STC 124/1984, de 18 de diciembre. El Derecho comparado como canon desde el que enjuiciar las causas de admisión del recurso de revisión penal, regulado por normativa preconstitucional**

Recurso de amparo contra la decisión de la Fiscalía General del Estado por la que se estima que no procede el recurso de revisión promovido por el demandante contra Sentencia condenatoria por delito de alzamiento de bienes. Recurso de revisión que se sostiene que procedía por disponer el recurrente de ocho letras de cambio que no pudieron ser aportadas oportunamente ante el Tribunal *a quo* por no obrar en su poder, a las que atribuye condición de nuevos elementos de prueba para esclarecer los hechos y demostrar su inocencia; supuesto contemplado como motivo de revisión en el núm. 4 del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En los Antecedentes no consta que se adujera Derecho comparado.

El recurso de amparo giraba en torno al papel que desempeñan el Ministerio de Justicia y el Ministerio Fiscal en la regulación, preconstitucional, del recurso de revisión, considerada a la luz de la Constitución de 1978, y suscita expresamente la cuestión de su compatibilidad con las exigencias del art. 24 de la misma.

No hubo votos particulares.

El Tribunal desestima el amparo. Aunque la argumentación del mismo es principalmente de Derecho interno, se acude al Derecho comparado, es verdad que sin proporcionar detalles, dos veces, que se incardinan de manera sustancial en el hilo argumental de la Sentencia. La primera para señalar que las causas de admisión del recurso son homologables con las existentes en el Derecho comparado<sup>51</sup>; la segunda para explicar que no hay un único régimen posible de este recurso desde el punto de vista constitucional, que el legislador tiene margen para su configuración<sup>52</sup>. Un fragmento de esta última cita<sup>53</sup> será empleado en STC 123/2004, de 13 de julio, para fundamentar la existencia del trámite de autorización previsto en el art. 957 LECrim. (en esta última, también en un voto particular). Siempre sin fundamentar detalladamente la cita y realizándola con carácter genérico.

### **2.1.3.3. STC 196/1995, de 19 de diciembre, Voto particular del Magistrado Jiménez de Parga proponiendo una forma de agotamiento de la vía judicial previa similar a la alemana**

---

<sup>51</sup> FJ 2: “El recurso de revisión penal, cuyas posibles causas, enumeradas en el art. 954 de la L E Cr, son las comúnmente admitidas en Derecho comparado, se ordena en nuestra Ley procesal en las fases de promoción o solicitud, interposición y sustanciación. La interposición queda reservada al Ministerio Fiscal por propia iniciativa -siempre que tenga conocimiento de algún caso en que proceda-, o en virtud de Orden del Ministerio de Justicia (arts. 957 y 956). En cuanto a la legitimación de los particulares -condenado, cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos-, hemos apuntado ya que queda limitada a la promoción (arts. 955 y 961); promoción que determina la formación de expediente a través de la correspondiente solicitud, y concluye, en su caso, con la Orden del Ministerio de Justicia al Fiscal para que proceda a la interposición.”

<sup>52</sup> FJ 8: “El recurso de revisión penal, recurso extraordinario frente a una Sentencia firme, está sometido, como se desprende de una consideración de Derecho comparado, a condiciones variables, a modo de cautelas, tendentes a mantener el necesario equilibrio entre las exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica. Una condición de esta índole podría ser la existencia de un trámite de admisión. Es obvio que, en cualquier caso, no corresponde a este Tribunal establecer tales condiciones, lo cual equivaldría a crear un recurso de revisión penal sin tener competencia para ello; ni puede este Tribunal autorizar sin más el acceso directo a dicho recurso, lo cual sería, en definitiva, también una manera de crearlo. Esta tarea corresponde con carácter exclusivo al legislador, en función de unos criterios que, dentro del marco de las garantías constitucionales, sólo a él compete establecer.”

<sup>53</sup> La que dice que el recurso de revisión penal está sometido, “como se desprende de una consideración de Derecho comparado, a condiciones variables, a modo de cautelas, tendentes a mantener el necesario equilibrio entre las exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica”.

Por Auto de la Sala de recusación de una Audiencia Provincial se declaró no haber lugar a la recusación planteada por el recurrente en amparo, manteniendo al juez recusado como integrante del Tribunal que había de juzgarle. En dicho Auto se manifiesta que no concurría causa alguna de recusación y que, asimismo, no procedía ningún recurso contra tal resolución.

Contra dicho Auto se interpuso recurso de amparo, interesando su declaración de nulidad.

El Tribunal aplica su criterio conforme al cual la resolución judicial que pone término al incidente de recusación, pese a su finalidad e importancia sobre el desarrollo del proceso penal, no supone el agotamiento de la vía judicial previa, pues el propio art. 228 LOPJ hace posible que la disconformidad de las partes frente a las resoluciones que resuelven un recusación "pueda hacerse valer a través de los recursos procedentes contra las resoluciones de fondo".

En el supuesto concreto que se examina, frente a la Sentencia que en su momento dicte la Audiencia podrá interponerse recurso de casación en cualquiera de sus modalidades, por lo que el Tribunal inadmite el recurso de amparo.

El Magistrado Jiménez de Parga y Cabrera formula un voto particular que propone que, en casos como este, se haga excepción al principio de subsidiariedad del recurso de amparo. Para ello propone distinguir entre amparos constitucionales contra resoluciones primeras de Jueces y Tribunales, sobre las que no ha habido pronunciamientos en la previa vía judicial, y amparos contra resoluciones que son revisiones de otras, en virtud de recursos interpuestos en la previa vía judicial, y argumenta que se trata de una distinción aceptada por el Tribunal Constitucional federal alemán<sup>54</sup>.

#### **2.1.3.4. STC 117/1998, de 2 de junio. Recepción del criterio del Tribunal Constitucional federal alemán que circunscribe a las personas físicas la exigibilidad constitucional del beneficio de justicia gratuita**

---

<sup>54</sup> Prosigue el Voto particular diciendo que el 16 de mayo de 1995, en la conocida como "Sentencia del Crucifijo" (1 BvR 1087/91), la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal Alemán, decidió en los términos siguientes: "El recurso de amparo es admisible. Los recurrentes han agotado la vía judicial (90.2 párrafo 1 LTCF). Con la Resolución del Tribunal Administrativo hay una Sentencia que agota el proceso de protección judicial provisional. Ciertamente, el principio de subsidiariedad puede oponerse a la admisibilidad del recurso de amparo en aquellos casos en los que se alegan infracciones constitucionales que no se refieren especialmente al procedimiento de urgencia, sino que plantean cuestiones también suscitadas en el proceso principal, siendo éste el apropiado para reparar la queja constitucional (cfr. S.T.C.F. 77, 381 [401]; 80, 40 [45]). Pero, por otro lado, el demandante de amparo no ha de ser remitido al proceso principal cuando la lesión de derechos fundamentales se ha producido en la propia resolución del procedimiento de urgencia o cuando la decisión no depende de otros elementos de hecho o de legalidad ordinaria y se dan los presupuestos bajo los cuales, de conformidad con el 90.2.párrafo 2,L.T.C.F., se puede prescindir del requisito del agotamiento de la vía judicial (cfr. S.T.C.F. 79, 275 [279]). En el presente caso concurren esos presupuestos. En la medida en que los recurrentes alegan una violación del art. 19.4 L.F. por causa de la denegación de tutela judicial provisional, plantean una queja que afecta especialmente al procedimiento de urgencia. En relación con las otras quejas (jurídico-materiales) no es necesaria ninguna aclaración fáctica o de cuestiones de estricta legalidad ordinaria. Los Tribunales ordinarios se han enfrentado ampliamente en las Sentencias impugnadas con las cuestiones jurídicas determinantes. No cabe esperar ninguna novedad adicional del proceso principal. Teniendo en cuenta que el tiempo pasa y que sigue adelante el proceso educativo, tampoco es aceptable remitir a los recurrentes a la conclusión del proceso principal."



Como hemos señalado anteriormente, junto a los casos “difíciles” famosos, el Derecho comparado se usa también en otros menos sonados<sup>55</sup>

Recurso de amparo que sostenía que un Auto de determinado Juzgado, que (confirmando el Acuerdo de la Comisión del Turno de Oficio del Ilustre Colegio de Abogados competente y la Resolución de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita correspondiente) denegó a la sociedad demandante el derecho a la asistencia jurídica gratuita que había solicitado para promover un procedimiento de suspensión de pagos, por tratarse de una persona jurídica "con ánimo de lucro" no encuadrable en los supuestos del art. 2 c) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE y el derecho a la igualdad jurídica del art. 14 CE.

El Tribunal Constitucional desestimó el amparo. Como presupuesto para dilucidar si había vulneración de los arts. 14 y 24 CE, se planteó los límites de la libertad de configuración del legislador al regular el derecho a la asistencia jurídica gratuita y, en particular, si el legislador había respetado el contenido constitucional indisponible que garantiza el art. 119 CE, teniendo en cuenta que las sociedades mercantiles quedan, según el art. 2 c) de la Ley, excluidas del derecho a la asistencia jurídica gratuita aun en el supuesto de que "acrediten insuficiencia de recursos para litigar"<sup>56</sup>. Para contestar a esta cuestión se atiende a jurisprudencia anterior del Tribunal español y al Tribunal Constitucional Alemán en Sentencia de 3 de julio de 1973 al enjuiciar la regulación contenida en el art. 114.4 de la Ordenanza Procesal Civil (actual art. 116 ZPO)<sup>57</sup>.

El Derecho comparado se integra de manera muy relevante en la argumentación de la Sentencia.

La Sentencia tuvo un voto particular discrepante que no se refirió a la cuestión del Derecho comparado.

### **2.1.3.5. STC 136/1999, de 20 de julio. Derecho comparado como criterio para evaluar el propio Derecho penal antiterrorista**

---

<sup>55</sup> Así, además del que ahora reseñamos, cabría mencionar la STC 64/1988, de 12 de abril, en la que el Derecho comparado se empleó para perfilar el concepto de derecho fundamental y más concretamente para dilucidar la atribución o no de derechos fundamentales a la Administración del Estado.

<sup>56</sup> FJ 5: “Realizadas estas acotaciones legislativas y doctrinales, hemos de preguntarnos ahora si el legislador, al configurar de este modo el derecho a la asistencia jurídica gratuita, ha respetado el contenido constitucional indisponible que garantiza el art. 119 C.E., pues las sociedades mercantiles quedan, según el art. 2 c) de la Ley, excluidas del derecho a la asistencia jurídica gratuita aun en el supuesto de que "acrediten insuficiencia de recursos para litigar".”

<sup>57</sup> FJ 5: “Aunque dicha cuestión, como tal, no ha sido todavía directamente resuelta por este Tribunal, quedando en ocasiones expresamente imprejuizada, lo cierto es que ya la STC 16/1994, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 14 y 15 L.E.C., en la redacción dada por la Ley 34/1984 (hoy derogados), contenía implícitamente una respuesta a la misma, que en este momento debemos hacer explícita. El Pleno de este Tribunal consideró entonces que el contenido indisponible que encierra el art. 119 C.E. "sin necesidad de definirlo de forma exhaustiva, supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (incluidos los honorarios de los Abogados y los derechos arancelarios de los Procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso) sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos. Dicho en otras palabras, deben sufragarse los gastos procesales a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar" (STC 16/1994, fundamento jurídico 3º). De ello se sigue que el contenido indisponible del art. 119 C.E. sólo es reconducible a la persona física, única de la que puede predicarse un "nivel mínimo de subsistencia personal o familiar". En el mismo sentido, esto es, reconduciendo la exigibilidad constitucional del derecho a la asistencia jurídica gratuita a las personas físicas, se pronunció también el Tribunal Constitucional Alemán en Sentencia de 3 de julio de 1973 al enjuiciar la regulación contenida en el art. 114.4 de la Ordenanza Procesal Civil (actual art. 116 Z.P.O.).”

En lo que aquí nos interesa, el objeto de esta Sentencia fue la Sentencia del Tribunal Supremo por la que se había condenado a los veintitrés demandantes de amparo, todos ellos miembros de la Mesa Nacional de la asociación política Herri Batasuna, como autores de un delito de colaboración con banda armada, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de siete años de prisión mayor y multa de 500.000 pesetas, con las accesorias de suspensión de cargo público y del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. La pena se había impuesto por entender que habían realizado "un acto de colaboración con ETA, concretado en la decisión adoptada por los componentes de la Mesa Nacional de HB., en su reunión de 5 de febrero de 1996, de ceder a una organización terrorista los espacios electorales gratuitos que como formación política le correspondían, asumiendo de esta forma su contenido"<sup>58</sup>.

No quedó rastro en los Antecedentes de Hecho de invocación alguna de Derecho comparado.

El caso dio lugar a un voto particular concurrente (Magistrado Viver Pi-Sunyer) y a tres votos particulares discrepantes (Magistrados Mendizábal Allende, Jiménez de Parga y Cabrera y Conde Martín de Hijas).

Del amplio elenco de derechos fundamentales invocados por los recurrentes, el Tribunal consideró vulnerado el Derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) y, en consecuencia, otorgó el amparo.

En la fundamentación jurídica encontramos uso del Derecho comparado en dos lugares.

Primero, para justificar la existencia en nuestro Derecho, en materia de legislación antiterrorista, de un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terroristas, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista.<sup>59</sup>

Segundo, al analizar la proporcionalidad del tipo penal del art. 174 bis a) del Código Penal, de 1973<sup>60</sup>, es decir, "si resulta proporcionada una figura delictiva que

---

<sup>58</sup> Los hechos declarados probados objeto de condena según el propio FJ 1 de la STC, son los siguientes: "en primer lugar, el Acuerdo adoptado por la Mesa de H.B. el día 5 de febrero de 1996 de "asumir el contenido de las videocintas", que determinados miembros no identificados de la organización armada ETA les habían hecho llegar ante la proximidad de las elecciones generales del 3 de marzo de 1996, así como el de proceder a su difusión y, muy señaladamente, el de ceder a dicha organización los espacios electorales correspondientes a dicha asociación política. En segundo lugar, el encargo efectuado al Área de Comunicación de la Mesa de H.B. de anunciar, programar y exhibir copias de la mencionada videocinta en actos públicos y de preparar una maqueta y copias de una segunda videocinta de unos dos minutos de duración para que fuese emitida por las televisiones públicas como spot electoral, previa remisión a las televisiones públicas del País Vasco y de Navarra. Asimismo, como "hechos complementarios", destaca la Sentencia que, también en cumplimiento del acuerdo de 5 de febrero, se confeccionó una cinta magnetofónica de dos minutos de duración que el Área de Comunicación de la Mesa de H.B. remitió a Radio Nacional de España para su inserción en los espacios gratuitos de la campaña electoral del 19 de febrero y posteriormente, tras la prohibición de la difusión de los spots electorales y de la cinta magnetofónica, se envió la videocinta de veinte minutos a S.M. el Rey y al Presidente del Gobierno, junto a un comunicado de H.B. Finalmente, la Mesa acordó que su Área de Comunicación remitiera a Televisión Española un nuevo spot electoral en el que, tras una breve introducción en off, aparece únicamente la expresión "censurado".

Como queda dicho, la videocinta, el primer spot electoral y las cintas magnetofónicas no llegaron a emitirse por decisión adoptada el 16 de febrero de 1996 por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional."

<sup>59</sup> FJ 30: "De este modo, y en términos generales, puede afirmarse que nos encontramos ante una constante en lo que al Derecho comparado se refiere en materia de legislación antiterrorista, es decir, la previsión de un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terroristas, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista."

<sup>60</sup> Art. 174 bis a) del Código Penal de 1973, que era el que había aplicado el Tribunal Supremo, cuyo tenor literal es el siguiente:

condena las conductas descritas a penas de un mínimo de seis años y un día de prisión.” Aquí el Tribunal, para añadir fundamentación a su argumentación, que considera que el tipo no supera el requisito de la proporcionalidad en sentido estricto, aduce la regulación existentes en otros países: “en el mismo sentido se constata que la pena de prisión prevista para las conductas de colaboración con o favorecimiento de bandas armadas en la legislación penal de los países de nuestro entorno jurídico y socio- cultural es, de uno o seis meses a cinco años en Alemania -§§ 129 y 129 a) del Código Penal alemán-, de un día a tres años en Austria -§ 279 del Código Penal austríaco-, de hasta cinco años en el Reino Unido -arts. 10 y 11 de la Ley de Prevención del Terrorismo-, de quince días a cuatro años en Italia - arts. 307, 378 del Código Penal italiano-“(FJ 29).

Tal vez desde una perspectiva científica estricta, como dice De Vergottini, parece evidente que en casos como este “la referencia a regímenes normativos extranjeros puede sin duda ser útil a fines cognoscitivos, pero en sí misma no tiene que ver con la comparación.” Pero no se debe minimizar la importancia de la invocación. Pienso que debió tener gran peso en el ánimo del Tribunal cómo sería vista esta Sentencia por el resto de Europa y por el TEDH. Por eso, aunque la forma literal de la redacción de la Sentencia hace pensar en un argumento “a mayor abundamiento”, no integrado en la *ratio decidendi*, se trata de un argumento de gran relevancia<sup>61</sup>.

La Sentencia dio lugar a cuatro votos particulares, uno de ellos concurrente y tres discrepantes, pero en ninguno de ellos se hacen observaciones de Derecho comparado o del empleo del mismo por la Sentencia<sup>62</sup>.

#### **2.1.3.6. STC 57/2004, de 19 de abril de 2004. Invocación en un voto particular del Derecho comparado para implantar entre nosotros un régimen análogo de la publicidad en los juicios, que evite los juicios paralelos**

Recurso de amparo interpuesto por la Federación de Asociaciones de la Prensa de España, en que se discutió el régimen de la publicidad en los juicios. En virtud de un Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial que resolvió recurso

---

"1º Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 500.000 a 2.500.000 pesetas el que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes. 2º. En todo caso, son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslados de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos".

<sup>61</sup> Esta Sentencia envió al legislador el mensaje de que redujera la duración de las penas, pero el legislador no lo acogió. En cambio, probablemente la Sentencia descorazonó al Gobierno respecto del empleo de la vía penal para luchar contra el brazo político de ETA y, de esta manera, acabó generando la peculiar Ley de Partidos de 2002, como vía adicional a la penal pero que, de hecho, desplazó a esta última. V. Tenorio Sánchez, Pedro, *Constitución, derechos fundamentales y seguridad. Panorama comparativo*, Cívitas Thomson Reuters, Madrid, 2010, pp. 304 y ss.

<sup>62</sup> El Magistrado Viver Pi-Sunyer formula un voto particular en el que manifiesta su conformidad con el amparo otorgado y la argumentación seguida para ello, pero añade que se debía haber otorgado el amparo además por vulneración de la presunción de inocencia, sin que se hagan observaciones acerca del empleo del Derecho comparado. El Magistrado Mendizábal Allende formula un voto particular discrepante del juicio de proporcionalidad realizado por la sentencia, pero nada dice de la alusión de la misma al Derecho comparado. El Magistrado Jiménez de Parga redacta un minucioso voto particular discrepante que justifica por qué se debían haber desestimado todos los motivos de amparo, incluyendo el principio de legalidad penal, pero no discute frontalmente el análisis que se hace el la sentencia de la proporcionalidad del precepto penal aplicado por la Sentencia condenatoria, ni dice nada del empleo del Derecho comparado. El Magistrado Conde Martín de Hijas discrepa de la Sentencia y considera en su Voto particular que debería haberse desestimado el recurso de amparo; señala que la demanda no había cuestionado la inconstitucionalidad del precepto aplicado y explica no obstante por qué discrepa del análisis que se realiza de la proporcionalidad; ahora bien, ninguna observación se hace al empleo del Derecho comparado.

administrativo contra Acuerdo de La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo acerca de "Normas sobre acceso al Palacio sede del Tribunal Supremo", la situación en la que había quedado el acceso a los juicios con cámaras fotográficas, de vídeo o televisión era la de una prohibición general que podía ser levantada "en cada caso" por "autorización" de la Sala de Justicia<sup>63</sup>. Así pues, si no existía resolución autorizatoria de la Sala, los servicios de seguridad debían prohibir el acceso de esos medios técnicos de captación y difusión de información.

Contra este resultado se planteó recurso contencioso-administrativo, que fue desestimado por el Tribunal Supremo y a continuación recurso de amparo por vulneración del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d) CE].

El amparo se estimó parcialmente por considerar que este régimen de prohibición general con reserva de autorización era incompatible con la normativa reguladora del ejercicio del derecho fundamental a la libertad de información vigente, que establece, precisamente, una habilitación general con reserva de prohibición. La Sala no empleó como argumento el Derecho comparado. Pero la Sentencia fue objeto de un voto particular discrepante (del Magistrado Rodríguez-Zapata) que sí lo esgrimió.

En él se consideraba el Derecho de Gran Bretaña y Estados Unidos<sup>64</sup>. A ello se añadía la invocación de jurisprudencia constitucional alemana y la ley austríaca<sup>65</sup>, para terminar refiriéndose a la canadiense<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> 1. La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo modificó, por Acuerdo de 25 de septiembre de 1995, las "Normas sobre acceso al Palacio sede del Tribunal Supremo", que habían sido aprobadas por Acuerdo anterior de dicho órgano de 12 de septiembre de 1995, y dio una nueva redacción a la norma sexta relativa al "acceso al Palacio de los medios de comunicación social", que pasó a disponer:

"1. Los profesionales de los medios de comunicación social podrán acceder a los actos jurisdiccionales o gubernativos que se celebren en régimen de audiencia pública con sujeción a las normas generales de seguridad. La Secretaría de Gobierno extenderá las oportunas acreditaciones e identificaciones. Cuando en un acto de la naturaleza de los expresados la capacidad de la Sala o local no fuere bastante para permitir el acceso de quienes pretendan asistir a ellos, los profesionales de la información tendrán derecho preferente.

2. La información que pueda derivarse de los actos a que se refiere el párrafo anterior y, en general, de los asuntos de la competencia del Tribunal, se efectuará por el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y en la correspondiente Sala de Prensa.

3. No se permitirá el acceso con cámaras fotográficas, de vídeo o televisión al Palacio del Tribunal Supremo, salvo a los actos de apertura del año judicial, tomas de posesión y otros gubernativos solemnes".

Contra este precepto interpuso la demandante de amparo recurso administrativo ante el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, alegando que los Acuerdos impugnados vulneraban el derecho a la libertad de información [art. 20.1 d) CE], así como también infracciones de la legalidad ordinaria, entre ellas, la falta de competencia de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo para adoptar decisiones sobre la restricción de la publicidad en las vistas judiciales. El Consejo General del Poder Judicial resolvió dicho recurso por Acuerdo de 7 de febrero de 1996, que lo estimó parcialmente, sólo en atención a la mencionada alegación de incompetencia. El apartado segundo de la parte dispositiva de dicho Acuerdo señalaba literalmente:

"Procede, sin embargo, por lo expuesto en el fundamento jurídico octavo de la presente resolución, estimar los recursos parcialmente respecto del contenido del punto 3º del apartado 6º del Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1995, en la medida en que tal cláusula no respeta las facultades jurisdiccionales de las Salas para autorizar en cada caso el acceso de medios audiovisuales a las vistas, quedando vigente en el aspecto gubernativo que afecta al régimen general de acceso al Palacio sede del Tribunal Supremo".

<sup>64</sup> En él se dijo que "el Derecho comparado muestra que es muy difícil trazar una línea de separación entre las exigencias de la libertad de información y las garantías de un juicio justo. Los acuerdos y la Sentencia que anula el fallo mayoritario habían dado una respuesta equilibrada a la cuestión planteada,... muy progresiva así como respetuosa del derecho fundamental de la Federación recurrente en amparo.

La posición de nuestro Tribunal Constitucional respecto de la "publicidad judicial mediata" contempla en forma determinante la libertad de información. No es esa la respuesta unánime en el Derecho comparado, desde el contempt of Court, británico o australiano, a la experiencia norteamericana donde, con máxima libertad, no son de olvidar las restricciones deontológicas y legales frente a las declaraciones extrajudiciales de los Abogados, para poner coto a los denominados juicios paralelos o que el Tribunal Supremo afirmó en 1965 (caso *Estes v. Texas*) que la cláusula del

### **2.1.3.7. STC 237/2005, de 26 de septiembre de 2005. Empleo del Derecho comparado para interpretar conforme al Constitución las previsiones legales de los supuestos de justicia universal**

En el caso resuelto por esta Sentencia se plantearon diversas demandas de amparo dirigidas contra determinada Sentencia del Tribunal Supremo que había estimado parcialmente el recurso de casación interpuesto contra determinado Auto del Pleno de la Sala de lo Penal la Audiencia Nacional, así como contra esta última resolución. El núcleo de la controversia suscitada se proyectaba sobre la interpretación restrictiva que, si bien en virtud de argumentos diversos, ambos órganos judiciales habían efectuado sobre el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el criterio de competencia jurisdiccional penal allí establecido, referible al principio de la denominada jurisdicción universal, con la consecuencia de negar, en todo o en parte, la competencia de los Tribunales españoles para la persecución y enjuiciamiento de los hechos objeto de las denuncias que habían dado lugar al procedimiento, hechos calificados en las citadas denuncias como genocidio, terrorismo y torturas, cometidos en Guatemala a lo largo de los años setenta y ochenta. Las tres demandas de amparo coincidían en denunciar que las resoluciones impugnadas habían procedido a una interpretación infundadamente restrictiva y *contra legem* del citado precepto.

El Tribunal Constitucional otorga el amparo y en su argumentación va a terciar en una polémica de Derecho comparado que se había producido en el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo, en apoyo de su presupuesto de partida, a saber, que en la costumbre internacional se ha venido restringiendo el alcance del principio de justicia universal, invocaba determinadas resoluciones jurisprudenciales de Tribunales de terceros Estados o internacionales; así citaba en particular diversas resoluciones del Tribunal Supremo federal alemán y la decisión de la Corte de Casación belga sobre el caso *Sharon*.

El Tribunal Constitucional dice que resulta harto discutible que tal sea la regla en la costumbre internacional, y ello, en particular, por cuanto la selección de referencias jurisprudenciales efectuada por el Tribunal Supremo en apoyo de dicha tesis no abona tal conclusión, sino, antes bien, la contraria<sup>67</sup>. A ello añade el Tribunal Constitucional

---

due process of law, de la XIV Enmienda de la Constitución, prohibía retransmitir por televisión un caso criminal sensacionalista.

<sup>65</sup> “La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1999, que se anula en la sentencia mayoritaria, menciona (FJ 7) la negación de entrada de medios audiovisuales que se contiene en el segundo párrafo del artículo 169 de la Ley del poder judicial alemana (Gerichtsverfassungsgesetz). Debe destacarse que dicha prohibición ha sido declarada conforme a la Constitución en la Sentencia de la Primera Sala del Tribunal Constitucional alemán de 24 de enero de 2001, en la que se pone de relieve, sobre el problema que nos ocupa, que las personas cambian su forma de comportarse en presencia de medios de comunicación social y que las garantías de la limpieza del proceso, sobre todo en el ámbito penal, están en peligro para acusados y testigos cuando se ven contemplados por medios de comunicación. No debe dejar de añadirse, a esa doctrina, el riesgo de que el propio órgano judicial no acierte a sustraerse al clima de la opinión pública y se incline, aunque sea inconscientemente, por las expectativas más generalizadas en perjuicio de una solución justa. La misma solución negativa rige en Austria, conforme al párrafo 22 de la Ley de medios.”

<sup>66</sup> “La respuesta de los Acuerdos anulados resulta en realidad más favorable al derecho fundamental a comunicar información veraz por cualquier medio, en cuanto garantiza el acceso de medios audiovisuales tras la ponderación que, caso por caso, hagan cada una de las Salas del Tribunal Supremo, de las garantías del proceso y de los derechos fundamentales afectados, según el modelo que rige por ejemplo, en Canadá”.

<sup>67</sup> Como se afirma por los Magistrados discrepantes de la mayoría, las resoluciones alemanas citadas no representan el status quaestionis en ese país, en tanto en cuanto decisiones del Tribunal Constitucional alemán posteriores a las resoluciones citadas por la Sentencia combatida han venido a avalar un principio de jurisdicción universal sin necesidad de vínculos con intereses nacionales (citándose, a título de ejemplo, la Sentencia de 12 de diciembre de 2000, donde se ratificó la condena por delito de genocidio dictada por Tribunales alemanes a ciudadanos serbios por

referencias de Derecho comparado no citadas por el Tribunal Supremo<sup>68</sup>. En suma, sin entrar a polemizar acerca de si estas observaciones de Derecho comparado se integran o no en sentido estricto en la *ratio decidendi*, es claro que son de una importancia fundamental en la Sentencia.

## **2.2. STC 12/2008, de 29 de enero e igualdad de sexos en las listas electorales. El Tribunal Constitucional se plantea el empleo del Derecho comparado y concluye que el único *canon* de sus decisiones ha de ser la Constitución española**

1. Consideramos que esta Sentencia debe considerarse un hito en el análisis de la evolución de la consideración del Derecho comparado por parte del Tribunal. Antes de ella, el Tribunal había hecho uso del Derecho comparado moderadamente y lo había reflejado en algunas decisiones. Como hemos visto, ese reflejo en las decisiones no llegaba a tener entidad de un estudio riguroso del Derecho comparado ni tampoco era normalmente esencial en la motivación, es decir, no está claro en ningún caso que estemos, en rigor, ante la *ratio decidendi* de una Sentencia.

Si bien, como hemos dicho, no cabe minimizar la importancia en un doble sentido. Por una parte, porque lo que se refleja en las sentencias viene a ser la punta del *iceberg*: el Derecho comparado tiene mucho más peso en las sentencias del Tribunal del que aparece explícitamente reconocido. Por otra parte, en el propio tenor literal de las sentencias, en ocasiones se percibe que la invocación del Derecho comparado, sin entrar en la polémica de si puede considerarse o no *ratio decidendi*, tiene una gran importancia en el hilo argumental de la Sentencia.

Pero en todo caso nunca se refleja debate, duda o discusión sobre la aplicación del Derecho comparado como fuente o como argumento.

En cambio en la STC 12/2008, aunque propiamente no se reflejara un debate consignándose las diferentes posturas, se percibe que el Tribunal tuvo que plantearse si se alineaba con el Tribunal Constitucional italiano y con el Consejo Constitucional francés o no. El Tribunal resuelve la cuestión argumentando, por una parte, que el Derecho comparado no es *canon* de sus resoluciones. Esto es una declaración cuya importancia hay que destacar. No obstante, se diría que el Tribunal no se queda satisfecho en el presente caso con esa respuesta y por eso, a mayor abundamiento, señala que nuestra Constitución, por lo que se refiere a la regulación de la igualdad, es

---

crímenes cometidos en Bosnia-Herzegovina contra víctimas bosnias). Por lo que respecta a la Sentencia de la Corte de Casación belga de 12 de febrero de 2003, se concluye que ésta no puede ser empleada como precedente de las pretendidas restricciones a la competencia universal, pues limitó su conocimiento a la cuestión de si se habían vulnerado o no las normas internacionales de inmunidad personal, no habiéndose pronunciado, en cambio, acerca de la jurisdicción universal en materia de genocidio.

<sup>68</sup> “La Ley española no es la única legislación nacional que incorpora un principio de jurisdicción universal sin vinculación a intereses nacionales, pudiendo citarse las de países como Bélgica (art. 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999, que extiende la jurisdicción universal al genocidio), Dinamarca (art. 8.6 de su Código penal), Suecia (Ley relativa a la Convención sobre el genocidio de 1964), Italia (art. 7.5 CP) o Alemania, Estados que incorporan, con mayor o menor amplitud, la represión de distintos crímenes contra la comunidad internacional a su ámbito de jurisdicción, sin restricciones motivadas en vínculos nacionales. A título de significativo ejemplo basta indicar que la Sentencia del Tribunal Supremo cita la resolución del Tribunal Supremo Federal alemán de 13 de febrero de 1994 y sin embargo no hace mención alguna al art. 6 CP alemán ni al Código de crímenes contra el Derecho internacional de 26 de junio de 2002 (Ley promulgada con la finalidad de adaptar el Derecho penal alemán al Estatuto de la Corte Penal Internacional) en cuyo artículo primero se dispone que sus preceptos se aplicarán a los crímenes en él contemplados (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra incluidos en el Estatuto de la Corte) “incluso cuando el delito sea cometido en el extranjero y no tenga relación alguna con Alemania”.

distinta a la italiana y a la francesa con anterioridad a los pronunciamientos de sus órganos de justicia constitucional y subsiguientes reformas constitucionales. Con ello, el Tribunal Constitucional señala una directriz metodológica para la aplicación del Derecho comparado: es preciso, para la aplicación del mismo, la analogía de la regulación constitucional.

2. La STC 12/2008, de 29 de enero, resolvió una cuestión de inconstitucionalidad y un recurso de inconstitucionalidad planteado por más de 50 Diputados del Grupo Parlamentario Popular respecto del art. 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIMH).

El art. 44 bis LOREG<sup>69</sup> estableció, en síntesis, que las candidaturas que se presenten para las diferentes elecciones que se celebraran en España deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento<sup>70</sup>.

Básicamente se reprochaba la vulneración de los arts. 14 (principio de igualdad) y 23 (derecho de sufragio) CE.

3. En los Antecedentes consta que en este caso las partes plantearon un consistente debate de Derecho comparado.

El órgano judicial que planteó la cuestión de inconstitucionalidad, sin perjuicio de exponer los argumentos de Derecho interno, reseñaba que tanto la Corte Constitucional italiana como el Consejo Constitucional francés habían apreciado discriminación en regulaciones análogas a la ahora controvertida<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> La literalidad del art. 44 bis LOREG es la siguiente:

“1. Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico. En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las Elecciones de las citadas Asambleas Legislativas.

2. También se mantendrá la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos. Cuando el último tramo de la lista no alcance los cinco puestos, la referida proporción de mujeres y hombres en ese tramo será lo más cercana posible al equilibrio numérico, aunque deberá mantenerse en cualquier caso la proporción exigible respecto del conjunto de la lista.

3. A las listas de suplentes se aplicarán las reglas contenidas en los anteriores apartados.

4. Cuando las candidaturas para el Senado se agrupen en listas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171 de esta Ley, tales listas deberán tener igualmente una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que la proporción de unas y otros sea lo más cercana posible al equilibrio numérico”.

<sup>70</sup> La disposición impugnada se inserta en una Ley cuyo título —Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres— resulta expresivo de su finalidad, que no es otra que alcanzar la igualdad material, sustancial, entre ambos sexos. Para lograr este objetivo la Ley en sus diferentes artículos y disposiciones utiliza distintas técnicas, entre otras el recurso a acciones positivas y medidas de “discriminación” positiva a favor de la mujer, la obligación de un equilibrio entre sexos a la hora de la presentación de candidaturas electorales, o la implantación de otras medidas formales de igualdad, predicables de ambos sexos.

<sup>71</sup> En opinión del órgano judicial, “este hecho obliga a poner en duda la constitucionalidad del artículo 44 bis”. Y ello porque aun cuando la jurisprudencia constitucional extranjera no sea vinculante, debe tenerse presente que las normas constitucionales sobre igualdad son relativamente sencillas en su formulación y tienen un origen histórico común, por lo que no parece que el juicio de igualdad pueda ser diferente entre países cultural y jurídicamente tan próximos; de manera que las decisiones de esos órganos jurisdiccionales tienen, al menos, la autoridad de una cita doctrinal para suscitar dudas intelectuales al margen de convicciones políticas subjetivas.

También se recogen en los Antecedentes las razones que expone la Abogacía del Estado en virtud de las cuales concluye que la doctrina constitucional de Derecho comparado que se alega de contrario no resulta trasladable a nuestro Ordenamiento jurídico. Veámoslas.

El Consejo Constitucional francés, en su Decisión de 18 de noviembre de 1982, había declarado inconstitucional una reforma del Código electoral y del Código municipal, inconstitucionalidad que extendió el 24 de enero de 1999 al procedimiento de elección de los consejeros regionales. Sin embargo la reforma constitucional de 8 de julio de 1999 añadió un nuevo párrafo al art. 3 de la Constitución francesa, conforme al cual “la Ley favorece un acceso equitativo de mujeres y hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas”, al tiempo que el art. 4 emplaza a los partidos políticos a la consecución de este objetivo. Pues bien, un análisis comparativo de los arts. 3 y 4 de la Constitución francesa y 9.2 de la nuestra permite extraer la conclusión de su análoga potencialidad para amparar la regulación mediante ley de la composición paritaria de las candidaturas, en especial a partir de la jurisprudencia constitucional, que vincula al art. 9.2 la remoción, por parte de los poderes públicos, de los obstáculos existentes para que las mujeres participen con plenitud en la vida política, económica, social y cultural.

También en Italia se había discutido la constitucionalidad de las cuotas femeninas, dando lugar, tras un primer pronunciamiento de la Corte Constitucional contrario a esta previsión, a sendas reformas constitucionales en 2001 y 2003. Respecto de este país, apunta el Abogado del Estado que la similitud entre el art. 9.2 CE y el 3.2 de la Constitución italiana no debe llevar a confusión puesto que “el art. 9.2 de nuestra Constitución, aunque inspirado en la Constitución italiana, es más rico y no se limita, como el italiano, a imponer la remoción de obstáculos sino que exige de los poderes públicos la activa promoción de las condiciones que garanticen que la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integren sean reales y efectivas”. Además, no existe en nuestro texto constitucional un precepto equivalente al art. 51 de la Constitución italiana.

Añadía la Abogacía del Estado que en las reformas constitucionales llevadas a efecto en Europa concurren dos elementos que no se dan en España. De una parte, la falta de una definición clara en el texto constitucional —antes de su modificación— de la igualdad material; de otra, la necesidad de afirmar constitucionalmente la igualdad de mujeres y hombres. Ambos elementos condujeron en su momento a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes que introducían las cuotas electorales.

Como se verá, estos argumentos serán asumidos como propios por el Tribunal.

También en el ámbito del recurso de inconstitucionalidad fue traído a colación el Derecho comparado. En este sentido, los recurrentes dan cuenta del contenido de la Sentencia de la Corte Constitucional de Italia de 6 de septiembre de 1995, donde se afirma que la absoluta igualdad de sexos impide que la pertenencia a uno de ellos pueda ser asumida como requisito de elegibilidad, habida cuenta de que la elegibilidad es la condición necesaria para poder ser elegido, para beneficiarse del derecho de sufragio pasivo, y se añade que la remoción de obstáculos que impiden a un sexo alcanzar determinados objetivos no puede traducirse en la atribución directa de los objetivos pretendidos. Para los Diputados recurrentes la Corte Constitucional de la República italiana diferencia “con claridad, concreción y rotundidad” la remoción de obstáculos y la promoción de género, de la manipulación del contenido de los derechos derivada de invasiones legislativas que adjudiquen y seleccionen a quienes



corresponde ejercitarlos en cada momento y lugar, menoscabando por criterios arbitrarios la posibilidad de titularidad y ejercicio. Con posterioridad, en Italia se han sucedido sendas reformas constitucionales en 2001 y 2003, pero ninguna de ellas consagra una limitación del derecho de sufragio y de la libertad de los partidos políticos, como se deduce de la Sentencia de la propia Corte Constitucional de 13 de febrero de 2003, de la magnitud de la controvertida en España (siempre según los recurrentes).

El repaso del panorama de Derecho comparado se completa en el recurso de inconstitucionalidad con una referencia a la evolución que ha tenido lugar en Francia y Bélgica, donde han mediado sendas reformas constitucionales, así como con una mención a aquellos otros países donde la autorregulación de los partidos políticos ha sido el mecanismo de incorporación de un mayor número de mujeres a las candidaturas electorales; estas medidas se ven respaldadas por la concesión de subvenciones para aquellos partidos que fomenten la participación femenina.

Más adelante, el recurso de inconstitucionalidad destaca que en la Sentencia de la Corte Constitucional italiana se insiste en que las medidas de discriminación positiva pueden ser adoptadas para eliminar situaciones de inferioridad social o económica o, más en general, para compensar y remover la desigualdad material entre los individuos, pero no pueden incidir directamente en el contenido mismo de los derechos rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos.

Así pues, tanto el Juzgado promotor de la cuestión de inconstitucionalidad como todas las partes en el recurso de inconstitucionalidad manejan, a favor y en contra de la constitucionalidad de las normas impugnadas, argumentos tomados del Derecho internacional y del Derecho comparado.

4. Nuestro Tribunal desestima la cuestión y el recurso basándose en razones de Derecho interno, pero aborda el asunto del empleo del Derecho comparado. A este respecto, va a contestar que el *único canon de sus resoluciones es la Constitución española*. Inciden en la materia dos párrafos, que contienen diferentes argumentos.

En primer lugar, parece negar el carácter vinculante del Derecho comparado, aunque con un circunloquio abigarrado y farragoso que niega el valor vinculante, literalmente, a los tratados internacionales; concretamente dirá, en el FJ 2:

“Pese a la relevancia que tales argumentos tienen en los discursos sostenidos por las distintas partes, hay que recordar que, según nuestra doctrina, “los Tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal (SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5)” (STC 235/2000, de 5 de octubre, FJ 11), lo que no puede ser óbice para subrayar la importancia que reviste la remisión constitucional (art. 10.2 CE) a determinados instrumentos de Derecho internacional como criterio interpretativo de los derechos fundamentales[...]”.

En segundo lugar, no obstante, va a explicar la razón por la que no va a proceder como los órganos de justicia constitucional francés e italiano, concretamente, el diferente tenor literal de las correspondientes Constituciones; y aquí sí va a negar el carácter vinculante del Derecho comparado:

“[...] los avatares de las jurisprudencias italiana y francesa a que también se refieren las partes se explican justamente a partir de una diferencia fundamental entre aquellos ordenamientos y el nuestro, cual es la de la singularidad que en nuestro caso supone la amplitud del contenido del art. 9.2 CE que se proyecta expresamente a la

participación política y que a la idea de remover añade, además, las de promover y facilitar. De ahí que la introducción en los países de nuestro entorno de medidas similares a las aquí controvertidas haya ido precedida o acompañada, según los casos, de reformas constitucionales que han incorporado la idea de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito de la representación política —superando con ello una visión estrechamente formal y trascendiendo a los mandatos de mera remoción de obstáculos para lograr su efectividad— en términos similares a los que figuran desde un principio en *la Constitución española, que constituye, obviamente, nuestro único canon de constitucionalidad.*”(FJ 2, cursiva nuestra).

5. Se trataba de un caso “difícil”, que registró un voto particular (Magistrado Rodríguez-Zapata) que, sin entrar a argumentar con detalle, llamaba la atención sobre el hecho de que en importantes países europeos las reformas legales de este tipo habían sido precedidas de reformas constitucionales<sup>72</sup>.

Por tanto, en esta importante Sentencia, ante la invocación del Derecho comparado por las partes, el Tribunal, con la discrepancia de un solo magistrado, niega la condición de *canon* de sus decisiones al constitucionalismo comparado. Lo que no le basta para resolver el asunto, sino que añade razones concretas para no seguirlo en el presente supuesto.

### **2.3. Resoluciones del Tribunal Constitucional relativas al Derecho comparado posteriores a la STC 12/2008, de 29 de enero**

#### **2.3.1. STC 198/2012, de 6 de noviembre. Invocación de la tendencia del Derecho comparado para fundamentar la constitucionalidad de la ley que estableció el matrimonio homosexual**

1. Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 71 Diputados del Grupo Popular del Congreso contra la totalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil (CC) en materia de derecho a contraer matrimonio. El núcleo del recurso lo constituía el primer apartado del artículo único de la Ley, que añade un segundo párrafo al art. 44 CC, en virtud del cual “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

2. En los Antecedentes de Hecho se invocó el Derecho comparado, aunque valorándolo una y otra parte de manera contrapuesta. Desde la perspectiva de los recurrentes, del análisis del Derecho comparado se desprende la inconstitucionalidad de la Ley, pues: a) en el Derecho comparado, mayoritariamente, el matrimonio es la unión de un hombre con una mujer<sup>73</sup>; b) la Ley resulta desproporcionada para lograr el objetivo que se persigue, lo que también se argumenta con una detallada referencia al Derecho comparado<sup>74</sup>. Debemos destacar que en este análisis se pone de manifiesto

---

<sup>72</sup> “Por último, creo que debemos reflexionar sobre las razones por las que en Francia, Alemania, Italia, Portugal o Bélgica, la introducción de cuotas o paridades en la actividad política ha venido precedida de la reforma de sus respectivas Constituciones. No creo que obedezca tan sólo al respeto jurídico que a estos países les merecen sus propias normas constitucionales sino a algo más profundo, cual es la necesidad de que los elementos estructurales de la democracia sean fruto del consenso y no de la imposición de una mayoría parlamentaria coyuntural al resto de las fuerzas políticas.”

<sup>73</sup> “la ley impugnada constituye un paso sin precedentes en la tradición jurídica española, sólo secundada en el Derecho comparado europeo por Holanda y Bélgica, y en el Derecho comparado extraeuropeo por algunos territorios de Canadá (Ontario y la Columbia Británica) y algunos Estados de Estados Unidos de América (Hawai, Alaska, Vermont y Massachussets).[...]”

<sup>74</sup> “Para confirmar el carácter innecesario y desproporcionado de la medida recurrida se acude al Derecho comparado, donde el matrimonio se concibe generalmente como una unión de personas de distinto sexo. Únicamente en pocos

que los países que han aprobado mediante leyes el matrimonio homosexual no tenían en sus Constituciones los óbices que presentaba la española, el tenor literal de la misma (art. 32 CE).

Todavía en los Antecedentes de Hecho, consta que el Abogado del Estado, argumentando en pro de la constitucionalidad de la Ley, invocó Derecho comparado. Pero aquí no se va a ofrecer la foto fija de la situación en el momento de presentarse el recurso de inconstitucionalidad, sino lo que se presenta como la tendencia en la evolución del Derecho comparado<sup>75</sup>. Por otra parte, para obviar la contundencia del tenor literal de la Constitución española, se pide del Tribunal lo que denomina una “interpretación evolutiva” de las instituciones, para lo que se citan Sentencias de Tribunales extranjeros<sup>76</sup>.

---

supuestos (en Holanda, a través de la Ley de 7 de diciembre de 2001; y en Bélgica, mediante la Ley de 30 de enero de 2003) se ha abierto el matrimonio a las parejas del mismo sexo, aunque con algunas diferencias en materia de filiación y adopción. En ambos casos, sin embargo, la institución del matrimonio no está constitucionalmente tan protegida como en España. En el caso holandés la Constitución no incluye el derecho a contraer matrimonio entre los derechos recogidos en su título I; y en el caso de la Constitución belga únicamente se garantiza que el matrimonio civil deberá preceder a la bendición nupcial, salvo las excepciones que en su caso prevea la ley. En cambio, en los países que, como Alemania, se otorga una especial protección al matrimonio o al derecho a contraerlo no se permite una ampliación del mismo a las parejas homosexuales. Los recurrentes citan en este último caso la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 17 de julio de 2002, relativa al registro de las parejas de hecho. En ella se señaló que la ley recurrida era constitucional porque la protección que dispensa la Ley Fundamental de Bonn al matrimonio no impide al legislador atribuir a las parejas del mismo sexo derechos y deberes parecidos. Y ello porque una institución que se dirige a personas que no pueden contraer matrimonio no constituye amenaza para esta institución. El repaso del Derecho comparado se cierra con la alusión a la regulación existente en algunas provincias de Canadá y estados de los Estados Unidos de América. En el primer caso, se señala que en provincias como Ontario y la Columbia Británica se ha abierto por vía jurisprudencial el matrimonio a las parejas homosexuales, aunque también cabe recordar que la Carta canadiense de derechos y libertades no incluye el derecho a contraer matrimonio. En el caso de los Estados Unidos de América se recuerda que la apertura del matrimonio o uniones civiles a parejas del mismo sexo encontró acogida por vía jurisprudencial en Estados como Hawai, Alaska, Vermont o Massachussets, aunque la cuestión ha derivado en diferentes soluciones. Todas estas experiencias permiten apreciar, concluyen los recurrentes, que también en el Derecho comparado el matrimonio se contempla como una unión de personas de distinto sexo, siendo muy pocos los casos en que dicha institución ha dado cabida a las parejas homosexuales. Y cuando esto último se ha producido, el marco constitucional difiere notablemente del español, puesto que las Constituciones no le dispensan la misma protección. Por todo ello, frente a la opción escogida por el legislador español, existen otras vías no matrimoniales que permiten razonablemente alcanzar los objetivos perseguidos por el mismo. En opinión de los recurrentes, estas vías, que han sido las preferidas en los ordenamientos jurídicos más próximos al español, son más adecuadas y proporcionadas que la impugnada.[...]”

<sup>75</sup> “En relación con la evolución del Derecho comparado se señala que en Dinamarca existe desde 1989 una legislación de parejas registradas abierta a personas del mismo sexo que otorga unos efectos jurídicos idénticos al matrimonio excepto en algunos aspectos como la adopción, la patria potestad o la reproducción asistida. El llamado modelo nórdico se adopta por Noruega en 1993, por Suecia en 1994 (en 2002 se reforma para acercarlo aún más al matrimonio civil), por Islandia en 1996 y por Finlandia en 2001. Por su parte, en Holanda se abrió en 2001 la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo, permitiéndoles la adopción conjunta (excepto en el caso de niños extranjeros). En Bélgica también se ha abierto el matrimonio a las parejas del mismo sexo, aunque con limitaciones en el ámbito de la adopción y la filiación. En Alemania se introdujo en el año 2001 la institución de la pareja registrada, limitada a las homosexuales, dándole perfiles similares al matrimonio, excepto en la adopción. En el caso de Canadá se da cuenta de la tramitación de un proyecto de ley (Bill C-38) de ámbito federal para el reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo, después de que siete provincias ya lo reconozcan. Incluso en Gran Bretaña estaría en tramitación una regulación de la unión civil de homosexuales equiparada prácticamente a los matrimonios heterosexuales.”

<sup>76</sup> “La importancia de la interpretación evolutiva de las instituciones es reforzada con el repaso de algunas sentencias de Tribunales de otros países. Así, se citan la Sentencia Hillary Goodridge del Tribunal Supremo de Massachussets, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004, en la que se recuerda que la Constitución es un árbol vivo que a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad. Especialmente importante, continúa el representante del Gobierno de la Nación, es la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América Lawrence v. Texas, de 26 de junio de 2003, en la que se recuerda que la historia y la tradición son dos puntos de partida, pero no siempre el punto final de la valoración. Finalmente, se señala que la visión evolutiva también está implícita en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias Dudgeon c. Reino Unido, de 22 de octubre de 1981; Rees c. Reino Unido, de 17 de octubre de 1986; y Christine Goodwin c. Reino Unido, de 1 de julio de 2002).”

3. Se trataba de un caso “difícil”, en el que se redactaron cuatro votos particulares importantes. En tres de ellos se habla del Derecho comparado, pero en realidad no hubo mucho debate sobre el empleo del Derecho comparado, lo que no debe sorprender, pues en realidad no había discusión sobre si se debía tener en cuenta o no el mismo, sino sobre cuál era el significado del mismo. O bien sobre si se aplicaba el Derecho comparado del momento en que se aprobó la Ley o la que la Ponencia decidió que era la tendencia evolutiva del Derecho comparado. Lo que sí sorprende es que no se recordara la afirmación tajante de la STC 12/2008 que excluía el Derecho comparado como *canon* de las decisiones del Tribunal Constitucional.

4. El Tribunal desestimó el recurso de inconstitucionalidad y en la fundamentación jurídica hizo un uso abundante del Derecho comparado. En primer lugar se acude a él como un elemento más integrante de lo que la Sentencia llama “interpretación evolutiva” y cultura jurídica, que parecen entroncar con la interpretación en relación con la realidad social a la que ha de ser aplicada la Constitución y que resultan ser decisivos para soslayar la aplicación literal de la misma<sup>77</sup>. En segundo lugar, se invoca la evolución de la institución en el Derecho comparado para concretar la “imagen” actual del matrimonio<sup>78</sup>. Tercero, tal vez consciente de que el número de países era insignificante para enervar el tenor literal de la Constitución, el Tribunal subraya la importancia de la evolución para concluir que la

---

<sup>77</sup> FJ 9: “[...] la Constitución es un “árbol vivo”, —en expresión de la sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo— que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta. Esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa (SSTC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 4; 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 3; 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3; y 298/2000, de 11 de diciembre, FJ 11). Pues bien, la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, *el Derecho comparado* que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición.”

<sup>78</sup> FJ 9: “Si se acude al Derecho comparado, en la balanza de la integración del matrimonio entre personas del mismo sexo en la imagen actual del matrimonio pesa el hecho de que la equiparación del matrimonio entre personas de distinto sexo y entre personas del mismo sexo se ha consolidado, en los últimos años, en el seno de varios ordenamientos jurídicos integrados en la cultura jurídica occidental. Cuando se aprobó en España la Ley 13/2005, aquí cuestionada, sólo los Países Bajos (Ley de 2000), Bélgica (Ley de 2003), y el Estado de Massachusetts en EEUU (Sentencia de la Supreme Judicial Court, Goodridge v. Department of Public Health, de 2004) reconocían el matrimonio entre personas del mismo sexo. Desde entonces la institución se ha reconocido también en otros ordenamientos como los de Canadá (Civil Marriage Act de 2005), Sudáfrica (Ley núm. 17 de 2006), Ciudad de México (Ley de 2009), Noruega (Ley de 2009), Suecia (Ley de 2009), Portugal (Ley núm. 9/2010), Islandia (Ley de 2010), Argentina (Ley de 2010), Dinamarca (Ley de 2012) y en varios Estados de Estados Unidos de América, en algunos casos a resultas de la interpretación judicial, en otros de la actividad del legislador [Connecticut —2008—, Iowa —2009—, Vermont —2009—, New Hampshire —2010—, Distrito de Columbia (Washington) —2010—, y New York —2011—]. Existen además proyectos legislativos, en distinto estadio de tramitación, en Eslovenia (cuyo Tribunal Constitucional declaró en Sentencia de 2 de julio de 2009 que era inconstitucional que las uniones estables del mismo sexo no gozasen de los mismos derechos que las parejas casadas de sexo distinto) y Finlandia.[...]”

imagen del matrimonio en el Derecho comparado es “plural”<sup>79</sup> como conclusión del análisis del Derecho comparado<sup>80</sup>.

5. Resulta claro que la Sentencia se basa, no en el Derecho comparado, sino en una interpretación discutible del mismo o en lo que ella considera tendencia en la evolución del mismo. Sin embargo, esto no va a ser señalado con claridad por los magistrados discrepantes, que orientan su crítica a la opinión de la mayoría por otros cauces distintos del que aquí nos ocupa.

En efecto, el Voto particular del Magistrado Rodríguez Arribas resume primero el método de la Sentencia (recurso a la cambiante cultura jurídica, que incluiría el Derecho comparado)<sup>81</sup> y discute el mismo, sin precisar la confusión que se hace en la Sentencia entre “Derecho comparado” y tendencia del mismo<sup>82</sup>[...].

Esto conduce al Magistrado a incluir en el objeto de su discrepancia el Derecho comparado (que se considera conjuntamente con el Derecho internacional) aunque sin traer a colación la jurisprudencia anterior del Tribunal que minimizaba el peso del mismo (STC 12/2008, de 29 de enero).

En el Voto Particular discrepante del Magistrado Ollero Tassara sí se subraya que se sustituye el tenor de la Constitución por una interpretación evolutiva, pero no se señala la diferencia entre esta y el Derecho comparado en sentido propio, por lo que se acaba criticando el supuesto uso que hace la Sentencia del Derecho comparado, de nuevo sin traer a colación la jurisprudencia anterior del Tribunal que minimizaba el peso del mismo (STC 12/2008, de 29 de enero). Lo que se postula es que se puede

---

<sup>79</sup> FJ 9: “Ello nos lleva a afirmar que la institución del matrimonio como unión entre dos personas independientemente de su orientación sexual se ha ido asentando, siendo prueba de ello la evolución verificada en Derecho comparado y en el Derecho europeo de los derechos humanos respecto de la consideración del matrimonio entre personas del mismo sexo. Una evolución que pone de manifiesto la existencia de una nueva “imagen” del matrimonio cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme, y que nos permite entender hoy la concepción del matrimonio, desde el punto de vista del Derecho comparado del mundo occidental, como una concepción plural.”

<sup>80</sup> FJ 11: “La Ley 13/2005 supone una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio, y esta modificación, una vez analizado el Derecho comparado europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y el Derecho originario de la Unión Europea, se manifiesta en la tendencia a la equiparación del estatuto jurídico de las personas homosexuales y heterosexuales. Esta evolución parte de la despenalización de las conductas homosexuales (cabe citar aquí la pionera STEDH Dudgeon c. Reino Unido, de 22 de octubre de 1981), y pasa por el reconocimiento de la tutela antidiscriminatoria frente a las discriminaciones por razón de la orientación sexual de las personas (véanse aquí, entre otras las SSTEDH en los asuntos Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal, de 21 de diciembre de 1999, § 28, y L. y V. c. Austria de 9 de enero de 2003, § 48, después recogidas en nuestra STC 41/2006, de 13 de febrero, así como el art. 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007).”

<sup>81</sup> “Para sostener que la garantía institucional del matrimonio puede verse alterada por el legislador sin vulnerarla, dentro de una amplia libertad de configuración, se recurre a la evolución de la cultura jurídica, en la que se integran el Derecho comparado, el internacional, la doctrina científica y la realidad social, aportando abundantes datos estadísticos y demoscópicos, para concluir que la imagen de la institución matrimonial ha evolucionado hasta hacerla compatible con que la contraigan personas del mismo sexo, aunque se reconoce que ello no es un elemento determinante para valorar la constitucionalidad de la Ley y que entre los estudiosos del derecho “no existe una posición unánime”, ni tampoco “sea unánimemente aceptada” en la sociedad internacional.”

<sup>82</sup> “Por el contrario, entiendo que el núcleo, la imagen maestra, de una garantía institucional no puede someterse a los avatares de la cultura jurídica a lo largo del tiempo. Precisamente para evitar que el legislador ordinario, atendiendo al supuesto clamor de la calle, las estadísticas y los estudios de opinión, pueda vulnerar la Constitución, se crearon los Tribunales Constitucionales. De otro lado resulta muy peligroso sentar el principio de que las normas pueden no decir lo que dicen, sino lo que se quiere que digan.

Es más, los argumentos sociológicos, estadísticos, de conveniencia práctica, de Derecho comparado e internacional y hasta de justicia efectiva, suelen eludir el verdadero problema jurídico-constitucional, sobre el que hay que operar con conceptos y argumentos de derecho, sin que los que pueden llamarse “meta-jurídicos” tengan otra función que la de reforzar, en su caso, la solución a que se llegue, pero no para fundarla o condicionarla.

hacer uso de él en caso de duda sobre lo que dice el Derecho nacional, pero no erigirlo en un Derecho supraconstitucional<sup>83</sup>.

En el Voto particular del Magistrado González-Rivas se parte de que es legítimo el recurso al Derecho comparado, pero este último se interpreta de manera muy distinta a la de la Sentencia y similar a la de los recurrentes. En este sentido, se parte de que el matrimonio del Derecho comparado es el anterior a la reforma, entroncando con un planteamiento iusnaturalista<sup>84</sup>; a lo que se añade que el Derecho comparado de lo que ofrece ejemplo es de enfocar las uniones de personas del mismo sexo no regulándolas igualándolas al matrimonio, sino como uniones civiles distintas del matrimonio<sup>85</sup>.

### **2.3.2. ATC 180/2013, de 17 de septiembre. Derecho comparado para fundamentar la posibilidad de que los magistrados del Tribunal Constitucional estén vinculados a partidos políticos**

Resuelve la recusación presentada por la Generalidad y el Parlamento de Cataluña contra el Magistrado del Tribunal Constitucional Pérez de los Cobos, a la sazón Presidente del Tribunal, con referencia a varios procesos constitucionales. Ambas recusaciones se sustentaban en la conjunción de los siguientes hechos: primero, la afiliación del Magistrado Pérez de los Cobos a un partido político durante un lapso de tiempo parcialmente coincidente con su condición de Magistrado de este Tribunal Constitucional; segundo, que no hubiera puesto en conocimiento de la Comisión de Nombramientos del Senado el dato de su afiliación política; tercero, que antes de su nombramiento hubiese colaborado con una fundación de estudios vinculada al Partido Popular, mediante intervenciones relacionadas en algunos casos con cuestiones sujetas al conocimiento del Tribunal; y, por último, que hubiera publicado un libro de aforismos, algunos de los cuales denotarían animadversión hacia Cataluña, los catalanes y el nacionalismo catalán. Estos hechos, conjuntamente valorados, eran subsumidos en las causas de recusación novena (amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes) y décima (tener interés directo o indirecto en el pleito o causa) de las previstas en el art. 219 LOPJ, cuya aplicación a los Magistrados constitucionales resulta del art. 80 LOTC.

Era un caso “difícil” que levantó gran polvareda en los medios de comunicación y en el que hubo dos votos particulares.

El Tribunal inadmitió las recusaciones. Tras exponer las razones claras de Derecho interno, reproduciendo el art. 159.4 CE<sup>86</sup>, que diferencia el régimen de los

---

<sup>83</sup> “Como ya hemos señalado, el evolucionismo interpretativo impuesto por la Sentencia busca apoyo, por la vía del art. 10.2 CE, en el Derecho comparado. Lo que en dicho artículo se propone como criterio de interpretación llega a cobrar categoría de norma supraconstitucional. Parece lógico que tratados suscritos por España, pese a su obvia generalidad, deban orientar a la hora de buscar salida ante posibles dudas hermenéuticas; pero no tanto convertir nuestra doctrina constitucional en una terminal vicaria de resoluciones ajenas.

[...]”

<sup>84</sup> “El matrimonio es una institución preexistente al texto de nuestra Constitución y ha tenido históricamente reconocimiento en el Derecho comparado, en la realidad social y en la doctrina jurídica española.”

<sup>85</sup> “La anterior valoración no excluye, en mi opinión, como sucede en diversos sistemas jurídicos de Derecho comparado, que las uniones duraderas entre personas del mismo sexo sean objeto de una especial consideración por el legislador, para que delimite los derechos y obligaciones de los que las integran y en este punto, la Sentencia recuerda que en varios ordenamientos jurídicos de nuestro entorno europeo y similares en cuanto a nuestra cultura jurídica no se ha seguido la misma opción escogida por el legislador español en 2005, señalándose expresamente en el fundamento jurídico 9 el reconocimiento de efectos a uniones civiles entre personas del mismo sexo en Francia (1999), Alemania (2001), Luxemburgo (2004), Reino Unido (2004), República Checa (2006), Suiza (2007), Austria (2010) y Liechtenstein (2011).”

<sup>86</sup> Textualmente dice el art. 159.4 CE: “La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en

magistrados constitucionales y el de los integrantes del Poder Judicial, se añade una contundente referencia al Derecho comparado, que incluye a Alemania, Italia, Francia y Portugal<sup>87</sup>. Aquí el Derecho comparado era manifiestamente innecesario como *ratio decidendi*, pero no cabe duda que añade de alguna manera fundamentación a la decisión.

Los Votos particulares no discutieron el empleo del Derecho comparado como argumento. Uno de ellos (el del Magistrado Ortega Álvarez) se refirió a la insuficiencia de la interpretación literal de la Constitución, defendiendo la interpretación “evolutiva” de la misma. Un intento de obviar el tenor literal de la Constitución.

### 3. Conclusiones y consideraciones finales

Inspirándonos en el criterio del Profesor De Vergottini, hemos intentado seleccionar, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aquellos casos en que el Derecho comparado no es simplemente mencionado, sino que se integra en la *ratio decidendi* de la sentencia. En este sentido, es menester indicar que, tal y como señala el referido Profesor, en rigor nuestro Tribunal Constitucional nunca ha utilizado el Derecho comparado como *ratio decidendi*. Sin embargo, pensamos que en muchos casos ha tenido relevancia la consideración de dicho Derecho y, además, se refleja en los Fundamentos Jurídicos. Por otra parte, hemos procurado incluir las ocasiones en que la utilización del Derecho comparado no aparece en la fundamentación jurídica pero sí en los Antecedentes de Hecho o en votos particulares. Después de todo, su presencia en los Antecedentes indica que las partes lo consideran argumentable y su aparición en un voto particular indica que el magistrado o magistrados correspondientes lo consideran válido como *ratio decidendi* de un desenlace distinto al alcanzado.

En realidad, si consideráramos que solamente se emplea el Derecho comparado cuando éste no solo se cita, sino que media la realización previa de un estudio verificable y que además se inserta plenamente como *ratio decidendi* en una sentencia,

---

un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil.”

<sup>87</sup> “Esa nota diferencial del Tribunal Constitucional respecto del Poder Judicial resulta habitual en el Derecho comparado. Así, en Alemania el art. 18.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal de 12 de marzo de 1951, dice en relación con sus Magistrados que no se incurre en parcialidad por razón de la afiliación a un partido político. Y cabe destacar que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha afirmado que “la antigua pertenencia a un partido político no sólo no es incompatible con el desempeño de la función judicial, sino que cuando se trata de un Magistrado del Tribunal Constitucional, es precisamente esa experiencia política la que puede enriquecer la jurisprudencia del Tribunal” (Sentencia de 11 de agosto de 2009, 2 BvR 343/09). En Italia, la Ley de 11 de marzo de 1953 no prohíbe a los miembros de la Corte Constitucional, durante su mandato, la afiliación política pero sí la realización de actividades relacionadas con asociaciones o partidos políticos. No obstante, en Italia no se permiten recusaciones de los miembros de la Corte Constitucional (art. 29 de la Norma Integradora de los procesos seguidos ante la Corte Constitucional de 7 de octubre de 2008) salvo en los procesos de enjuiciamiento penal de determinados altos cargos del Estado atribuidos a ese Tribunal (art. 25 de la Ley núm. 20 de 25 de enero de 1962). En Francia, el art. 2 del Decreto núm. 59-1292 de 13 de noviembre de 1959, relativo a las obligaciones de los miembros del Consejo Constitucional, establece únicamente la prohibición de ocupar puestos de responsabilidad o de dirección en el seno de un partido o agrupación política. Igualmente en Portugal, la Ley 28/1982, de 15 de noviembre, de organización, funcionamiento y proceso del Tribunal Constitucional, impide el ejercicio de funciones en los órganos de los partidos, asociaciones políticas o fundaciones conexas (art. 28.1), pero no la afiliación a partidos o asociaciones políticas (art. 29.2); si bien esta afiliación queda suspendida *ex lege* durante el desempeño del cargo de Magistrado (art. 28.2). Este fue el criterio implícito de las Constituciones europeas inauguradoras de la jurisdicción constitucional concentrada —y, en España, el de la Ley de 14 de junio de 1933, reguladora del Tribunal de Garantías Constitucionales— que tampoco contemplaron la incompatibilidad entre la Magistratura constitucional y la mera afiliación a formaciones políticas.”

prácticamente no podríamos encontrar casos de utilización del Derecho comparado ni en España ni en la mayoría de los países. Seguramente habría que buscar los ejemplos de Sudáfrica y algunos países del *Common Law*, o el Tribunal Constitucional de Hungría.

Entre nosotros, la forma de elaboración de las sentencias que el Tribunal Constitucional, con larga motivación y votos particulares, hubiera permitido que tuviera lugar en nuestro Tribunal un debate sobre la utilización del Derecho comparado que se hubiera traslucido en las sentencias y votos particulares. No es el caso de Italia, donde las sentencias son muy sucintamente motivadas y no caben votos particulares, lo que difícilmente permite que, en caso de que haya debate entre los magistrados sobre la utilización del Derecho comparado, éste se plasme por escrito en la sentencia.

El Tribunal Constitucional español considera el Derecho constitucional comparado siempre que se alega ante él e incluso, en ocasiones, por propia iniciativa. No se puede decir, en rigor, que lo haga de oficio, ya que para el Derecho comparado, entendemos que, en principio, no rige el principio *iura novit curia*.

Entendemos que al Derecho comparado le es aplicable la jurisprudencia de nuestro Tribunal, según la cual el Derecho extranjero tiene la consideración de mero hecho y, en consecuencia, debe ser probado por quien lo alega. Ahora bien, esto no debe hacernos pensar que sean idénticos los casos en que el Tribunal habla de Derecho extranjero y los casos en que el mismo habla de Derecho comparado. Los primeros<sup>88</sup> son casos en los que se somete a la consideración del Tribunal la necesidad de aplicar una norma extranjera de detalle, muy concreta, con una razón singular. En cambio, los casos en que se hablará de Derecho comparado son asuntos en que se vuelve la mirada al Derecho extranjero para indagar si existe una regulación o institución generalizada de la que se desprenda un principio o regla aplicable también en nuestro Derecho.

Por otra parte, no es unánime la opinión que la utilización del Derecho comparado merece a los diferentes magistrados. En general, los magistrados de origen de la carrera judicial, habituados a aplicar el ordenamiento positivo español, son más reacios a las consideraciones de Derecho comparado que los magistrados de origen universitario. Hemos visto importantes citas de Derecho comparado en votos particulares de dos magistrados de origen universitario: Jiménez de Parga (Universidad Complutense de Madrid) y Rodríguez-Zapata (UNED).

El Derecho comparado en el Tribunal Constitucional tiene un considerable peso especialmente en los casos “difíciles”. Entendemos por “difíciles” aquellos casos que dividen de manera aguda al Tribunal y a la opinión pública y sobre los que se cierne la sospecha de que la actuación de los magistrados queda condicionada por sus prejuicios ideológicos o creencias. Son los casos “difíciles” respecto de los cuales la tradición americana ha formulado el aforismo *hard cases make bad law*.

Cuando nuestro Tribunal invoca el Derecho comparado, en realidad lo que suele hacer es emplear como argumento de autoridad la regulación jurídica o las sentencias de los órganos de justicia constitucional de Estados de Derecho o democracias de prestigio con sistema jurídico próximo al nuestro. Es obvio que tiene sentido que nuestro Tribunal Constitucional intente avalar sus decisiones citando las decisiones de otros Estados europeos que son democracias consolidadas, y no con el criterio de otros

---

<sup>88</sup> SSTC 10/2000, de 17 de enero; 155/2001, de 2 de julio; 33/2002, de 11 de febrero; 29/2004, de 4 de marzo; 34/2004, de 8 de marzo; 172/2004, de 18 de octubre; 181/2004, de 2 de noviembre; 263/2005, de 24 de octubre. AATC 395/2003, de 11 de diciembre; 422/2004, 4 de noviembre; 523/2004, 20 de diciembre.



países más lejanos histórica, cultural y jurídicamente y con menor tradición democrática. Además, concretamente, dentro de los países europeos, el Derecho al que más se vuelve la mirada es el de Italia y el de Alemania, lo que se explica porque tienen las dos Constituciones que más influencia han tenido probablemente en la redacción de la Constitución española vigente y, además, presentan un sistema de justicia constitucional considerablemente similar. Junto a ello, como hemos visto, se encuentra alguna invocación del criterio del Tribunal Supremo de Estados Unidos.

Intentando señalar una evolución en la utilización del Derecho comparado por parte del Tribunal constitucional cabría distinguir tres etapas:

a) Utilización del mismo reflejándolo escasamente en la fundamentación jurídica, sin debatir si es fuente o no pero utilizándolo en casos “difíciles” como argumento de peso conectado de alguna manera con la *ratio decidendi* aunque no constituyendo nunca el núcleo de la misma. Este periodo sería desde los orígenes hasta la STC 12/2008, de 29 de enero. En este período destaca, desde el punto de vista que aquí nos interesa, la STC 136/1999, de 20 de julio, sin duda una de las cuatro sentencias más importantes en cuanto a la utilización del Derecho comparado, que tuvo gran influencia en la evolución del Derecho Penal antiterrorista e indirectamente en el Derecho de Partidos.

b) En la STC 12/2008, de 29 de enero, el Tribunal Constitucional se encuentra ante una invocación de resoluciones de órganos de justicia constitucional de Italia y de Francia de mucho peso y parece que debió plantearse en las deliberaciones hasta qué punto el Derecho comparado podía considerarse fuente de las resoluciones del Tribunal Constitucional. Como hemos visto, el Tribunal Constitucional dice explícitamente que el único canon de sus resoluciones es la Constitución española, descartando así como *canon* o fuente el Derecho comparado.

c) Con posterioridad a esta resolución, parece que durante algún período de tiempo el Tribunal dejó de invocar el Derecho comparado, pero pronto volvió a hacerlo, con las mismas características que en el primer período y sin plantearse una revisión de su doctrina sentada en la STC 12/2008, de 29 de enero. Es más, como hemos visto, la supuesta tendencia del Derecho comparado juega un papel muy importante para decidir acerca de la constitucionalidad del matrimonio homosexual.

En suma, en la situación actual, consideramos que el Derecho comparado es un argumento de peso que se puede utilizar y se utiliza ante nuestro Tribunal Constitucional. Y que cuando se invoque, el Tribunal contestará al argumento planteado.

Además, hay que tener en cuenta una característica del valor de las sentencias del Tribunal Constitucional que puede incidir en las invocaciones que hace nuestro Tribunal Constitucional del Derecho comparado en los Fundamentos Jurídicos de sus sentencias. Nos referimos a lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “Artículo 5.1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Como consecuencia de este precepto debemos entender que las sentencias del Tribunal Constitucional no solamente son vinculantes en cuanto a su Fallo, sino también en lo que se viene llamando su doctrina o

proclamaciones de reglas, principios o criterios, que suele hacer en sus Fundamentos Jurídicos para fundamentar sus resoluciones, exponiéndolos en uno o varios Fundamentos Jurídicos, con anterioridad a la aplicación de los mismos al caso concreto. El propio Tribunal se considera vinculado, en principio, por esta doctrina que sienta en sus sentencias. Pues bien, en esas proclamaciones del Tribunal pueden incluirse alusiones al Derecho comparado.

Una cuestión que debe plantearse en relación con la utilización del Derecho comparado es la de hasta qué punto, en caso de ser utilizado, debe reflejarse este hecho en las resoluciones judiciales. Hemos visto que nuestro Tribunal Constitucional, en nuestra opinión, lo usa más de lo que lo refleja en sus resoluciones. Además, cuando lo refleja, normalmente hace una alusión muy vaga. ¿No aportaría más seguridad jurídica y sería más conforme al Estado de Derecho que se explicitara con mayor claridad el Derecho comparado que se invoca? A primera vista se siente uno tentado a recomendar que se haga así. Sin embargo, este impulso debe atemperarse con la consideración de que, en ocasiones, resulta difícil una consideración pormenorizada, con fuentes directas, del Derecho comparado. Tal vez el conocimiento del mismo se obtenga a través de un manual o de un artículo científico en una revista, y se confirme de manera más o menos informal en una conversación. Nuestros Tribunales Constitucionales están muy sobrecargados de trabajo y no conviene distraer sus energías obligándolos a proporcionar estudios de Derecho comparado impecables. Por lo tanto, estimamos que sería conveniente especificar, en la medida de lo posible, más de lo que se hace, las citas de Derecho comparado, en aquellos casos en que se tenga disponible. En suma, sin que podamos considerarlo plenamente exigible, conviene hacer la referencia. Conviene, dicho de otra manera, que asome a la superficie más parte del *iceberg*.

**Artigo aprovado em 26/08/2014** : Recebido em 19/05/2014