

**JURISPRUDENCIA
DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Santiago Catalá
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO 1. Introducción.- 2. Competencias educativas.- 2.1. Educación para la ciudadanía.- 2.2. Profesores de Religión.- 3. Registro de objetores de conciencia al aborto.- 4. Eficacia del matrimonio islámico no inscrito.- 5. Competencias autonómicas en materia de educación.- 6. Desigualdad de trato.

1. INTRODUCCIÓN

La existencia de un total de veintidós sentencias¹ que afectan directa o indirectamente a los temas de los que se ocupa el Derecho Eclesiástico del Estado, es palmaria prueba de la actualidad, vigor y futuro de un área del Derecho más que consolidada como ciencia jurídica, pese a las vicisitudes a las que se ha visto sometida por razón de los miopes planteamientos realizados por determinados sectores de algunas universidades.

Que la conciencia del individuo, en numerosas ocasiones religiosa -pero no necesariamente- ha entrado, entra y entrará en colisión con la sobreabundante producción legislativa, fruto del frenesí de las Cortes Generales y de los Parlamentos autonómicos, es algo que a estas alturas de siglo no debería extrañar a nadie, máxime cuando si, como sucede con frecuencia, la calidad de las normas es más bien escasa, se encuentra ideologizada en extremo y -además- encierra o contiene grandes dosis de dogmatismo político.

No es de extrañar, por tanto, que en España se esté sumando, al llamado fenómeno de la “legislación motorizada”, otro si cabe aún peor: el de la hiperjudicialización. Cuando no son recursos o cuestiones de inconstitucionalidad son recursos de amparo, cuando no, conflictos de competencia. Una mirada mínimamente objetiva y crítica evidencia el caos en el que navega nuestro ordenamiento jurídico, prueba de ello son las numerosas cuestiones sometidas al Tribunal Constitucional, institución convertida es una especie de tribunal arbi-

¹ De las doscientas quince en total que se pronunciaron el pasado año, es decir, más de un diez por ciento.

tral de los desmanes cometidos, unas veces por la acción de los jueces, otras por la actividad de nuestros legisladores.

Lo que hace unas décadas era una labor necesaria para someter al juicio de constitucionalidad una parte importante del ordenamiento jurídico preconstitucional, hoy se ha tornado en un constante devenir que pone en evidencia los malos resultados que tendría nuestro sistema jurídico si fuera sometido a una –incluso benévola– auditoría. Como el Estado no la hace, debemos ser los juristas los que manifestemos desde nuestros respectivos foros los excesos, incongruencias, defectos y males de nuestro ordenamiento.

Estas consideraciones, previas a la crónica de tribunales que me ha sido encomendada, podrían fundamentarse con detalle si entrara al fondo del contenido de las sentencias que a continuación voy a comentar; dicho ejercicio no es –sin embargo– posible, dada las limitaciones espaciales en las que he de desenvolverme. Me limitaré, por tanto, exclusivamente, y sólo cuando venga al caso y al hilo de alguna de ellas, a exponer el desconcierto y la inseguridad jurídica que va generando progresivamente en el Derecho español la unión de esa incontinencia legislativa –y su tendenciosidad– unida a su escasa calidad jurídica, con una jurisprudencia que, desafortunadamente, no siempre está a la altura de lo que resultaría exigible.

Veamos, pues, a continuación, todo aquello acontecido y que justifica de algún modo las quejas expuestas en los párrafos precedentes.

2. COMPETENCIAS EDUCATIVAS

2. 1. EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA

Esta asignatura, que podría haber recordado la de Urbanidad (que se estudió en España en otros tiempos) y que, modernizada, hubiera podido servir para formar a los alumnos en los valores cívicos y sociales, al tiempo que se les explica y ayuda a comprender y vivir en los principios constitucionales y en los derechos y libertades fundamentales que asisten a todos (mujeres y niñas incluidas; inmigrantes; minorías étnicas, raciales o religiosas, discapacitados, marginados, etc.), del modo que se hace en el resto de Europa, nació en España ofreciendo enormes dosis de dogmatismo e ideologización, hasta el punto de provocar reacciones muy diversas y motivar importantes movimientos de oposición.

El pasado año se saldó con tres sentencias del Tribunal Constitucional en las que, por culpa –a mi modo de ver– de los defectuosos planteamientos jurídicos realizados por las partes, sus defensas letradas o por los movimientos asociativos que protagonizaron las movilizaciones, al final todo ha quedado imprejuizado.

Se analizan conjuntamente las tres resoluciones por coincidir en los argumentos jurídicos pero, sobre todo, porque hay coincidencia también en los elementos

fácticos y en las cuestiones jurídicas que se debaten, de modo que, sólo *mutatis mutandis* haré referencias específicas de estar justificadas en alguna de ellas.

Me estoy refiriendo a las Sentencias 28/2014, de 24 de febrero²; 41/2014, de 24 de marzo³ y 57/2014, de 5 de mayo⁴, todas ellas dictadas en recursos de amparo. Hubiera deseado que el Tribunal Constitucional hubiera resuelto las cuestiones de fondo debatidas en los procedimientos pero ello no ha sido así, y no lo ha sido por un inadecuado planteamiento —a mi modesto entender— de las distintas causas, curiosamente en los tres casos coincidentes.

Los supuestos de hecho lo constituyen sendas objeciones de conciencia a cursar la asignatura Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos, formulada en abstracto y con carácter previo a la obligación de estudiarla por parte de los menores, es decir, lo que pedían los padres a las autoridades académicas era el reconocimiento de la condición de objetor antes de que sus hijos se vieran en la obligación de aprenderla. En todos estos casos se desestimó dicha solicitud y contra dichas resoluciones se interpusieron recursos contencioso-administrativos. Dicho de otro modo, la causa como tal tenía su origen, no en el hecho de estar cursando una asignatura que tuviera unos contenidos en parte incompatibles con la conciencia de los padres y su derecho a elegir una educación específica para sus hijos, sin ingerencias de la administración docente, sino en el deseo paterno de evitar con antelación dicho conflicto.

La desestimación de los recursos se produjo por carecer de objeto la acción ejercitada ya que, no existiendo a la sazón obligación de estudio, la solicitud carecía de fundamento, tanto a juicio de la Administración actuante, como digo, a juicio del Tribunal de instancia.

En el primero de los casos citados⁵, sin embargo, los alegatos de los padres habían encontrado acogida en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, que dictó sentencia estimando el recurso⁶ por entender que se trataba de una intromisión ilegítima del Estado en la conciencia de los individuos y, por ende, en el ámbito decisorio de los padres de los menores.

Tanto la Junta de Andalucía como el Ministerio Fiscal interpusieron sendos recursos de casación que, al prosperar, dieron al traste con las aspiraciones de los progenitores⁷. En ella el Tribunal Supremo reitera las consideraciones esgrimidas en la Sentencia de 11 de febrero de 2009, dictada apenas siete meses antes. En ellas se recuerdan las Recomendaciones del Comité de Ministros de

² BOE n. 73, de 25 de marzo de 2014.

³ BOE n. 87, de 10 de abril de 2014.

⁴ BOE n. 134, de 3 de junio de 2014.

⁵ Resuelto por la Sala Primera del TC.

⁶ Con fecha 11 de septiembre de 2008.

⁷ S. de 17 de septiembre de 2009.

la Unión Europea (2002) y la Recomendación conjunta del Parlamento Europeo y del Consejo (2006); sin embargo, la desestimación de las pretensiones de la parte actora queda condicionada a que la actividad educativa se haga con neutralidad y sin adoctrinamiento pues, caso contrario, la legitimidad de la acción ejercitada sería procedente.

Se zanjaba de este modo una cuestión jurídica de gran interés –y con bastante acierto–: sólo cabría impugnar el deber de cursar una asignatura si efectivamente supusiera una agresión de los derechos constitucionales reconocidos; pero es obvio que dicha agresión sólo cabría esgrimirla y probarla en concreto, es decir, descendiendo a los contenidos, libros, materiales... que el alumno está obligado a cursar.

El TC resuelve, a mi juicio con buen criterio (de hecho no hubo votos particulares), que no cabe el recurso de amparo *ad cautelam* sino sólo cuando existen “lesiones efectivas, reales y concretas” de un derecho fundamental, lo que no sucedía en este caso⁸. Sin embargo, aunque realizara este tipo de consideraciones, el fallo de la Sentencia no desestimaba el recurso de amparo, sino que inadmitía el mismo por falta de presupuestos procesales.

En la segunda de las Resoluciones citadas los hechos fueron básicamente los mismos: igual planteamiento, igual resolución administrativa e igual recurso con el mismo resultado⁹. El TS, al resolver la casación¹⁰, dio la razón a la Administración actuante citándose a sí mismo, pero el TC¹¹ rechazó el recurso por razones de índole procesal, a saber, no había cumplido los requisitos previos de procedibilidad la parte recurrente pues, al establecer que la violación del derecho había sido cometida por el TS, era obligado haber planteado incidente de nulidad de actuaciones cuando éstas sean tachadas de violar derechos fundamentales¹².

Así pues, si imprejuizado quedó el tema en la primera de las sentencias comentadas, igual suerte corrió el caso enjuiciado en la segunda, sólo que el rechazo se produjo sin llegar a entrar en el fondo del asunto ni siquiera de forma indiciaria. Tampoco en ella hubo votos particulares. La misma suerte se produjo en la tercera de las Sentencias dictadas en este tema¹³, pese a que igualmente había obtenido el reconocimiento por parte del TSJ de Castilla y León¹⁴.

⁸ Fundamento jurídico 3, párrafo quinto, *in fine*, en que cita para su apoyo otra Sentencia del TC, concretamente la 177/2005, de 4 de julio, FJ único.

⁹ S. de la Sección Tercera de la Sala de lo Cont.-Advo. del TSJ de Castilla y León, de 1 de octubre de 2009.

¹⁰ S. de 6 de mayo de 2010.

¹¹ Sala Segunda.

¹² Arts. 44.1 a) de la LOTC en relación con el art. 241 de la LOPJ y cita la STC 9/2014, de 27 de enero (FJ 2).

¹³ Sala Primera.

¹⁴ S. 1 de octubre de 2009, dictada por la Sección Tercera.

2.2. PROFESORES DE RELIGIÓN

También en relación a la educación y demostrando con ello que es esta materia una de las más sensibles a la problemática que suscita el Derecho Eclesiástico del Estado, se ha pronunciado en el pasado año una sentencia de indudable calado y contenido. La acción ejercitada: un recurso de amparo. El Tribunal constituido en pleno. Los hechos: una profesora de religión que llevaba varios años desempeñando la docencia gracias a la designación de la competente autoridad religiosa, concretamente desde 1997, hasta que el 31 de agosto de 2002 terminó su último contrato al no ser renovado el mismo.

Con motivo de este hecho, interpuso demanda de despido instando del juzgado de lo Social nº 3 de Santa Cruz de Tenerife que el mismo se declarara nulo por vulneración del derecho a la libertad sindical, la tutela judicial efectiva el derecho a la igualdad y el de no discriminación. Dicho juzgado estimó la demanda en base a los hechos y fundamentos esgrimidos por la actora¹⁵.

El TC señala en su sentencia que este fallo tuvo su razón de ser en el mecanismo de inversión de la carga de la prueba cuando quien alega que se han producido violaciones de derechos fundamentales es el trabajador (art. 179.2 de la LPL). La actora alegaba que su participación en una huelga, haber reclamado judicialmente –aunque sin éxito– la conversión en personal indefinido de su relación laboral, haberse negado a entregar al Obispado el 0,6% de su salario como contribución al proyecto docente diocesano y el hecho de haber contraído matrimonio civil con un divorciado, eran las cuatro circunstancias que habían motivado el cambio de criterio a los efectos de no volverla a proponer como profesora de religión y moral católica.

Tanto el Ministerio de Educación como la Iglesia particular tinerfeña interpusieron recurso de suplicación contra la sentencia de instancia. El TSJ de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, inadmitió la condición de parte del Obispado pero sí la del Estado y estimó el recurso interpuesto por éste, anulando la sentencia dictada¹⁶.

La Sala rechaza la aplicación del Derecho que hizo el juzgado de instancia y reduce el ámbito de aplicación del art. 179.2 de la LPL a las violaciones cometidas contra la libertad sindical y los derechos fundamentales, situación que a su entender no se daba en el presente caso habida cuenta que la relación laboral era de un año y que, por tanto, no había propiamente despido dada la naturaleza de dicha relación. Inaplica, por tanto, el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores y considera infringido en la instancia el art. 3 del Acuerdo con la

¹⁵ S. de 2 de junio de 2003.

¹⁶ S. 7 de junio de 2004.

Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza, y el art. 11.2 de la Orden de 16 de julio de 1980.

Interpuesto recurso de casación para unificación de doctrina, éste fue desestimado por el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de junio de 2006, la cual no entró en el fondo del asunto por incumplimiento de los requisitos procesales.

Interpuesto recurso de amparo, el TC centra el objeto de debate en la violación de la libertad religiosa de la actora y la desigualdad que dijo haber sufrido al sentirse discriminada frente a otros compañeros a los que sí se les renovó porque contaron con el *placet* de la Iglesia.

El TC parte, en su análisis, del derecho de las Iglesias y Confesiones religiosas a la libertad, a una libertad que denomina “colectiva” y que teniendo igualmente naturaleza confesional opera como contrapunto a la libertad que asiste a los individuos pertenecientes a aquéllas. En este orden de cosas la Iglesia católica tiene “competencia” para establecer “un juicio de idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo”¹⁷ (haciéndose eco de la doctrina sentada en su anterior S. 38/2007) añadiendo a renglón seguido que se trata de un “juicio que la Constitución permite no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable”¹⁸.

Así pues, partiendo del derecho de las Iglesias, al que hay que añadir los derechos de los padres a elegir la educación religiosa de sus hijos, no cabe hablar de vulneración de los derechos del profesor en función de esa libertad religiosa externa y colectiva de la que son titulares los entes confesionales salvo que se aprecie por los tribunales -atendiendo a las circunstancias del caso- una extralimitación ilegítima por quien ostenta el derecho, debiendo ser ellos los que realicen esos juicios de ponderación.

Analiza los hechos el Tribunal advirtiéndole que ni el ejercicio del derecho a la huelga, ni la acción judicial ejercitada para convertir en indefinida su relación laboral, ni -tampoco- la negativa a contribuir con el 0,6% de su salario para la financiación de la delegación diocesana de enseñanza habían dado origen a un trato represor por parte del Obispado pues todo ello aconteció en años

¹⁷ FJ 5 a), párrafo primero.

¹⁸ FJ 5 de la Sentencia de 2007.

anteriores sin que hubieran supuesto ningún óbice a la designación como persona idónea en cursos posteriores. Por el contrario, el matrimonio civil con persona divorciada, resulta un hecho relevante por “guardar relación con el ejercicio colectivo de la libertad religiosa de la Iglesia católica”¹⁹ y ello impide considerar que haya podido existir un trato discriminatorio dado que la causa puede justificar ese juicio de inidoneidad a que fue sometida por quien tenía derecho a realizarlo (aunque tampoco consta que ésta fuera la causa en la que se basara la Iglesia para retirar la confianza puesta años atrás para encargarse de la enseñanza de la religión), de ahí que se deniegue el amparo.

Terminaré señalando que el TC cita sus sentencias 128/2007 y 51/2011, así como la que resolvió el caso *Fernández Martínez c. España* dictada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁰ y que tuvieron por objeto temas de contenido similar. La diferencia estriba, señala el TC, en que en aquéllos la Iglesia había establecido la causa específica por la que retiraba la confianza en el profesor (participación en el movimiento celibato opcional y haber contraído matrimonio civil con divorciado), a diferencia del supuesto enjuiciado en el que se no se da ninguna razón concreta, lo que de algún modo evita realizar ese juicio de ponderación de las causas esgrimidas por el órgano eclesiástico.

No es de extrañar que el resultado del juicio diera lugar a votos particulares, más curioso resulta, sin embargo, que uno de ellos fuera suscrito por el Magistrado D. Andrés Ollero quien, pese a compartir el fallo aprobado por la mayoría, realiza reflexiones interesantes que pretenden matizar el análisis realizado.

Por su parte, D. Fernando Valdés, y, por adhesión, Dña. Adela Asua, D. Luis Ignacio Ortega y D. Juan Antonio Xiol, formalizaron sus discrepancias en cuanto al fondo, centrándose en la interpretación del art. 179.2 de la LPL y en las cuestiones relativas a la prueba indiciaria, lo que hubiera cambiado el análisis jurídico de los hechos y, por ello, dar lugar a un fallo bien distinto.

3. REGISTRO DE OBJETORES DE CONCIENCIA AL ABORTO

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, —nefasta hablando en términos estrictamente jurídicos—, cuyo título no se corresponde con el real sino, más bien, con el que popularmente es conocida, es decir, como “ley del aborto”, impugnada por inconstitucional, ha dado lugar a la Ley foral de Navarra 16/2010, de 8 de noviembre, por la que se creó el registro de profesionales que desean objetar.

Como es de todos conocido, los Registros de la Administración pública han sido secularmente utilizados para realizar controles de la actividad de los grupos, pero también de los particulares. Así, la citada Ley navarra, al crear

¹⁹ FJ 9, primer párrafo.

²⁰ De 12 de junio de 2014. La anterior, de 15 de mayo de 2012, no estimó violación del art. 8 del Convenio.

este instrumento (que obliga a los profesionales de la medicina directamente relacionados con la praxis ginecológica que desean objetar conciencia a algo que el legislador estatal convierte en una obligación de la que -eso sí- se pueden escapar), so pretexto de ordenar los servicios obstétricos y de prestar mejor servicio a las mujeres que desean abortar, obliga a dichos profesionales a inscribirse en un Registro creado *ad hoc*, Registro que, como es lógico, genera una serie de conflictos jurídicos de dudosa constitucionalidad. Es por ello por lo que un nutrido grupo de diputados en Cortes Generales del Partido Popular denunciaron la misma interponiendo recurso de inconstitucionalidad.

El Pleno del TC, en sentencia 151/2014, de 25 de septiembre, ha resuelto las cuestiones debatidas²¹.

Los elementos de la ley que fueron cuestionados son de carácter técnico y, por ello, el debate producido, en términos de estricta legalidad constitucional, queda circunscrito, como es lógico, a la propia ley foral y a su posible inadecuación respecto del marco legal superior. Dicho de otro modo, la sentencia deja impreguzgado cualquier objeción que contra le Ley Orgánica 10/2010 cupiera hacer, centrándose el debate exclusivamente en lo concerniente al Registro de objetores que se creó en la Comunidad Navarra.

Dicho lo anterior, quisiera constatar algo que me parece cuanto menos cuestionable: la existencia de leyes autonómicas que, en el fondo, no dejan de ser sino de desarrollo en cuanto que tienen su razón de ser en leyes estatales (en este caso orgánica) –pese a haber sido impugnadas por presunta inconstitucionalidad–, que conviven con procesos inacabados que, precisamente, lo que pretenden es atacar la legalidad de la ley estatal impugnada. Es decir, se resuelve en esta sede la impugnación por posible inconstitucionalidad de una Ley foral que lo que hace es desarrollar una también impugnada Ley orgánica estatal, cuando el recurso interpuesto contra ésta sigue sin resolverse; de este modo, mientras se zanja el debate respecto del problema jurídico que genera “la parte”, queda impreguzgado el juicio que genera “el todo”.

Como es lógico, la ley navarra es posterior a la ley orgánica que desarrolla y –pienso– hubiera sido deseable resolver antes o, al menos, de forma coetánea, el proceso iniciado por presunta inconstitucionalidad de la ley del aborto que hacerlo respecto de una norma autonómica que no deja de tener un contenido más secundario como es todo lo referente a los registros.

Vienen estas consideraciones a colación de dos aspectos que creo deben destacarse: por un lado, el defectuoso funcionamiento –a mi modesto entender– de la justicia constitucional, que debió entrar a conocer y resolver la impugnación de la Ley orgánica establecedora de un derecho casi ilimitado a abortar

²¹ BOE n. 261, de 28 de octubre.

antes que zanjar el debate jurídico que suscita la existencia de un registro autonómico de objetores; y, por otro, que los términos en los que se plantea el procedimiento cuya sentencia voy a analizar a continuación carecen del mayor y mejor fundamento que hubiera generado precisamente esa sentencia enjuiciadora del recurso contra el todo, es decir, contra la Ley orgánica.

Expuestas mis perplejidades, los diputados populares impugnaron la citada Ley foral en base a los siguientes motivos que sucintamente resumo:

1º.- La LO no prevé la posibilidad de que las CCAA regulen el ejercicio del derecho a abortar.

2º.- Tampoco prevé la creación de un registro en el que deban inscribirse los profesionales médicos y sanitarios que decidan objetar.

Para los recurrentes, esto hace que toda la ley foral merezca la tacha de inconstitucionalidad por falta de competencia de la Comunidad foral navarra pero, además, al crear el Registro, lo que el parlamento regional hace, según los populares, es constreñir de forma desproporcionada el derecho de objeción que le ley nacional les reconoce pues establece la impugnada unas obligaciones que, según ellos, exceden de los términos de la norma estatal, lo que implica una discriminación²². Parten de que la objeción de conciencia es un derecho fundamental e invoca para ello la conocida STC 53/1985 (FJ 14), por lo que consideran que sólo mediante una ley estatal puede regularse, ley que, además, debería ser orgánica (art. 149.1.1, en relación con el art. 81.1 CE) e igual para todos los ciudadanos, es decir, no diferente en cada región del Estado (139.1 CE).

En este sentido, los actores señalan el art. 3.5 de la ley foral como exponente claro de la ilegalidad constitucional de la norma porque dispone: “si no se formula la declaración de objeción de conciencia en el plazo señalado por la norma o no se utiliza el modelo obligatorio no se procederá a admitir dicha objeción”, es decir, lo que al final está haciendo la ley foral es regular el ejercicio de un derecho que los diputados consideran constitucional e igual para todos los españoles.

Aparte de la tacha de inconstitucionalidad de la norma en sí, fueron específicamente impugnados los artículos 1 b); 3; 4; 5 y 6 por vulnerar los principios de proporcionalidad y de *favor libertatis*, especialmente en relación a la libertad ideológica y de conciencia de los profesionales (16.1 CE) y el derecho a la intimidad (18.1 CE), que serían los derechos fundamentales menoscabados.

La tacha de ilegalidad se refiere, más en particular, a los siguientes aspectos: la exigencia de determinar los supuestos concretos en los que se objeta, lo que permite su clasificación; porque la ley estatal no exige que se formule a través de un impreso preconfigurado por la Administración, ni obliga a inscri-

²² Antecedente 1 b).

birse en un registro (lo que implica la restricción desproporcionada de un derecho fundamental); porque el tratamiento de los datos personales del registro queda en manos de la Administración pública autonómica y de sus funcionarios; porque exige que la declaración se presente con una antelación mínima de siete días (frente a la ley estatal, que sólo pide que se formule de forma anticipada), lo que hace que pueda darse el caso de que no pueda ejercitar su derecho ya que puede tener conocimiento de su “obligación” profesional sin tanto tiempo y, además, porque deja a la Dirección del centro médico la posibilidad de denegar la inscripción solicitada si la misma no cumple los requisitos legales, lo que deja en manos de una persona de libre designación, por tanto, persona física de carácter privado –aunque esté al servicio de la Administración– el reconocimiento de lo que se considera un derecho fundamental aunque –debemos recordarlo– el legislador orgánico no le reconoce dicha categoría.

Añaden los parlamentarios la no necesidad de crear un registro de objetores y el riesgo de que el mismo se convierta en “un elemento de coacción que puede llegar a impedir, por el temor a represalias o discriminaciones, el libre ejercicio a la libertad de conciencia que reconoce el art. 16.1 CE, por lo que debe ser considerado contrario al principio de proporcionalidad”.²³

Por último, impugnan el art. 5 de la ley foral en tanto en cuanto establece unas reglas de acceso al Registro de objetores, dado que legitima de forma muy amplia a numerosas personas o colectivos a tener conocimiento de los datos que contiene el mismo, pues dicho precepto estipula que “podrán acceder aquellas personas que autorice expresamente la persona titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud, en ejercicio legítimo de sus funciones”. Es decir, la autorización se prevé sin referirse a personas determinadas ni determinables, sin especificar las razones o el contexto por las que se les considere legitimadas para acceder a dichos datos y, por supuesto, sin contemplar la previa autorización del objetor o facultativo interesado. En suma, consideran los recurrentes que no está justificada la existencia de un registro y que éste sólo puede servir para dificultar el legítimo ejercicio del derecho a la objeción de conciencia.

Como se ve, las cuestiones jurídicas que se plantean en el presente recurso son de gran calado y de enorme enjundia y de algún modo, conectan con la propia Ley Orgánica, de forma tal que resolverlas sin antes –o coetáneamente– resolver los problemas de legalidad constitucional de la propia LO hace que el funcionamiento de tan alta magistratura sea, a mi modesto entender, metodológicamente defectuoso.

Entrando en el iter argumental de la sentencia, lo primero que hace el TC es rechazar de plano la acusación de que el Parlamento foral se haya extralimi-

²³ FJ 1 e).

tado de sus funciones por entender que entre las mismas se encuentra el derecho de “establecer medidas legales, de naturaleza organizativa y procedimental”, pues ello está dentro de lo que es la planificación y organización de sus servicios sanitarios, de conformidad con lo que disponen los arts. 149.1.16 y 148.1.21 de la CE en relación con el art. 53 de la LO de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra.

Resuelta esta cuestión, centra el debate en si efectivamente la impugnada ley vulnera nuestro ordenamiento porque un órgano no cualificado “desarrolla elementos esenciales del contenido de un derecho fundamental, rebasando las competencias normativas propias de las Comunidades Autónomas y produciendo desigualdad entre los españoles”²⁴ y, en este sentido, somete a juicio de constitucionalidad el procedimiento establecido para la declaración de objeción de conciencia de los profesionales directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo, así como la creación de un registro de profesionales.

Inicia el análisis con el estudio del derecho a la objeción en relación con la reserva de Ley orgánica y al hilo de ello el Tribunal señala que “no es objeto del presente recurso realizar un análisis de la naturaleza jurídica del derecho de objeción de conciencia regulado en el art. 19.2 de la LO 2/2010, precepto que tiene valor de ley ordinaria, pues ni es la norma impugnada, ni en ningún momento lo reclaman los demandantes”²⁵, circunscribiendo el objeto de debate a la posible invasión competencial del legislador estatal por parte del autonómico.

Decía abyecta ley –hablando en términos estrictamente jurídico– porque, al margen de lo que en este procedimiento se discute y dado que se discute la parte sin entrar en el debate del todo, que es –a mi modo de ver– fundamental para seguir con cierto rigor un procedimiento de legalidad constitucional, lo primero que hace el legislador orgánico al disponerlo así es negar el carácter de “fundamental” al derecho que asiste a los objetores y, además, pretender negar incluso dicho derecho (“ordinario”, por tanto), al resto de sanitarios que no intervienen directamente en los abortos. Ambos elementos jurídicos de la norma cuestionada son, según mi particular punto de vista, de una ilegalidad tan flagrante que más que creer en la construcción de un verdadero Estado de Derecho pienso que caminamos con pasos firmes hacia la degradación de todo el sistema, y dado que el Derecho constituye el armazón arquitectónico del Estado, el pronóstico no parece en absoluto halagüeño.

Así pues, el debate que centró la actividad jurídica del TC en la sentencia que se comenta se refiere a cuestiones más o menos veniales porque lo fundamental, que es el contenido del derecho subjetivo, queda enmascarado, la atención desviada o el punto de gravedad alterado, si se aborda esta materia en torno a un

²⁴ FJ 4, párrafo primero.

²⁵ FJ 4, párrafo segundo.

mero registro administrativo; decir si constituirlo implica una regulación impropia de un derecho constitucional y si éste es fundamental, es cuestión tan importante que no puede resolverse técnicamente sin afrontar precisamente la cuestión nuclear del debate jurídico: si el derecho de los sanitarios es fundamental y quiénes pueden plantear legalmente objeciones de conciencia al aborto.

Por otro lado, como hemos tenido ocasión de decir al estudiar otros ámbitos como el Registro de Entidades Religiosas, todo registro público se configura históricamente como un instrumento de control, un control de legalidad, pero también un control de tipicidad y un control, en suma, de la actividad desarrollada por determinadas personas o grupos. Dicho de otro modo, la mera existencia de un registro significa –de forma potencial, al menos– el posible menoscabo de los derechos y libertades de quienes aparecen en él por la sencilla razón de que es el encargado del registro el que termina haciendo y deshaciendo, es decir, lo que sólo se puede articular en el ámbito –“sagrado”– de la legalidad constitucional, termina en manos de un funcionario (o de un interino, o de una persona nombrada por un sistema de libre designación). ¿Puede el Estado elaborar un registro de mujeres que abortan o que se acogen al derecho de hacerlo en el futuro? ¿podría justificarse este otro registro por razones de organización de los servicios sanitarios? ¿podría limitar el ejercicio de este derecho al cumplimiento de los requisitos establecidos para acceder a dicho registro? ¿no es todo esto un disparate?

Como adelanté páginas atrás, el problema de la justicia constitucional no es, a veces, el de la calidad de sus resoluciones sino, si se me apura, el de la calidad de sus procedimientos. Por un lado, está “atado de pies y manos” a circunscribirse a los estrictos términos del debate, por otro, ello puede pervertir el papel que le corresponde de “limpiar, fijar y dar esplendor” a nuestro ordenamiento jurídico en el juicio más elevado que se puede hacer de cada norma, que es el juicio de constitucionalidad. Pero si no se sientan las bases para realizar esa labor, o dichas bases se alteran por unas razones u otras, el funcionamiento de la justicia constitucional, sobre todo cuando se ventila la constitucionalidad de las leyes, queda severamente comprometida. De ahí que lo expuesto más arriba y lo que se diga a continuación sufra ese tipo de grave contaminación procedente del indebido enfoque de las cuestiones jurídicas que suscita la impugnada Ley y la LO de la que trae causa.

Siendo muy respetable –como lo es– la doctrina constitucional sentada en esta materia desde un primer momento²⁶, no la comparto en absoluto, y es que, al aplicar criterios extraordinariamente restrictivos a la hora de constreñir al máximo el contenido de los derechos en las normas de desarrollo de los dere-

²⁶ SSTC 5/1991, de 14 de enero, FJ 21 y 173/1988, de 23 de julio, FJ 7.

chos fundamentales (lo que sería competencia del Legislador orgánico) deja al albur del legislador ordinario, y, al final, del reglamentador, aspectos que terminan siendo esenciales para el ejercicio de aquéllos. Tamaña tacañería produce al final, teniendo en cuenta el fenómeno de la legislación motorizada y de la atomización de las normas producidas por las Comunidades Autónomas, un caos normativo en el que ni el contenido de los derechos fundamentales queda claro, ni sus límites tampoco, de modo que todo al final pende del juicio último que dé a cada caso el TC en recursos de amparo -sobre todo- pero también en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. Eso se hizo con el fin -se dice- “de evitar petrificaciones del ordenamiento y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas”²⁷, algo que -pido perdón al lector- no entiendo en absoluto.

Así pues, manteniendo y no enmendado sus anteriores resoluciones²⁸, entiendo el TC que la creación y la regulación de un registro de objetores en nada afecta a la regulación del contenido esencial del contenido de un derecho, y podría ser así en sentido formal, pero sólo en sentido formal, pues la realidad es que, si a la postre, el ejercicio de un derecho depende de lo que diga un registro y de cómo se acceda a él, enseguida puede percibirse que es un tema de regulación orgánica o, a lo menos, que hay que extremar las cautelas para impedir que una norma de inferior rango legal “descafeíne” o pueda vaciar de contenido a aquél.

Así pues, invocando sus propios precedentes, va justificando una lectura a mi juicio “light” de los derechos individuales y, en tal sentido, acepta todo o casi todo: que las Comunidades Autónomas decidan a su libre albedrío lo que consideren oportuno en cuanto a crear registros de objetores, a articular los procedimientos de acceso, los datos que hay que cumplimentar, etc., sin que la reserva que hace el art. 149.1.1 ni el 139.1 de la CE constituyan obstáculo para dar a luz normas como la impugnada y sin que ello empezca a que se pueda predicar un régimen de igualdad de todos los españoles con independencia del territorio en el que trabajen o habiten.

Con criterios tan flexibles no debe extrañar al jurista que al TC le parezca bien que se cree el registro de objetores al aborto pese a que el Legislador orgánico que redactara la LO 2/2010 no lo previera en la misma, dado que no hay obstáculo legal que lo impida²⁹.

Tampoco infringe el orden legal el procedimiento establecido: cumplimentar un impreso, presentarlo al director del centro en el que se prestan los servicios médicos, hacerlo con una antelación mínima de siete días hábiles a la fecha prevista para una intervención, el trámite de registro y la posibilidad de rechazo

²⁷ FJ 4 a), párrafo segundo *in fine*.

²⁸ SSTC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 3 b).

²⁹ FJ 5, párrafo 7.

si la solicitud no cumple los requisitos legales o si el profesional “no está directamente implicado en la interrupción voluntaria del embarazo” (cuestión ésta última que –no escapa a nadie– ofrece un debate jurídico de enorme enjundia y problemática y que, por el solo hecho de suponer una restricción al ejercicio del derecho, constituye un condicionamiento que ningún funcionario ni cargo electo es capaz de resolver en términos de estricta legalidad jurídica); todo ello le parece perfectamente legal a nuestro TC.

Así pues, el hecho de crear un registro en el que su encargado decide si el objeto lo es porque, al final, si no se le registra no goza del reconocimiento legal de tal condición, a juicio del TC no genera ningún problema jurídico en términos de constitucionalidad y así lo ha manifestado expresamente en términos que, a mi entender, “pecan” de favorecer al Estado y a los organismos públicos y, por ello mismo, dejan sin cobertura legal al ciudadano, sin cobertura legal y sin la esperanza de que el día de mañana sus conciencias puedan dar lugar a resoluciones judiciales que tengan en cuenta las poderosas razones por las que se enfrentan a las discutibles razones estatales.

Sin embargo, como todos los registros públicos crean potencialmente problemas en torno a su publicidad, el art. 5 de la Ley foral impugnada, también fue objeto de tacha por parte de los recurrentes dado que, según ellos, el acceso a los datos que consten en los registros debe ser restringido. En este sentido, que puedan recabar datos obrantes en los mismos “las personas que autorice expresamente” el gerente del Servicio Navarro de Salud, posibilita un acceso por parte de un número indefinido e inconcreto de personas y ello puede vulnerar los derechos reconocidos en el art. 18.1 de la CE y eso sí que fue declarado inconstitucional en la parte o inciso que se refiere a este extremo: legitimación popular para acceder a los datos obrantes en los registros, pues el TC considera que la previsión legal está redactada en “términos tan abiertos e indeterminados que supone un límite injustificado en el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal”³⁰.

Aquí quedó circunscrita la declaración de inconstitucionalidad pues el art. 6 de la Ley impugnada, que hacía referencia a la adopción de las medidas necesarias tendentes a asegurar la confidencialidad de los datos, tampoco merece reproche alguno. El razonamiento utilizado es que, porque precisamente lo que pretende es preservar dicha intimidad, la generación de ficheros para fines históricos, estadísticos, científicos o sanitarios, al dar datos globales ocultan los personales, por tanto, nada obsta a que sea perfectamente legal dicho precepto. El problema es que, aparte de las filtraciones e inconvenientes que genera todo registro y todo archivo en tiempo real, en el futuro se investigará la historia y

³⁰ FJ 7, párrafo cuarto.

a aquéllos tendrán acceso los investigadores que luego harán públicos los resultados de sus estudios, sin que nadie pueda poner freno al contenido de sus publicaciones.

Curiosamente, la sentencia, pese a abordar un tema de enorme sensibilidad y entroncar con la que haya de dictarse en el recurso interpuesto contra la Ley reguladora del aborto (en el supuesto de que quienes la interpusieron no desistan), no ha encontrado más votos particulares que el formulado por don Andrés Ollero, que no contó con la adhesión de nadie.

El magistrado muestra, en primer lugar, su conformidad con la tacha de inconstitucionalidad realizada sobre el artículo 5, por tanto, es conteste con el resultado final del juicio en este aspecto, pero defiende en su derecho a discrepar la inconstitucionalidad del propio registro. Para ello parte del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia como derecho constitucional y cita en apoyo de esta premisa la STC 15/1982, de 23 de abril³¹, y, sobre esta base, recuerda a los compañeros y a todos los juristas, que los derechos constitucionales —y éste lo es— “no pueden ser objeto de otros límites que los estrictamente necesarios para la garantía de otras legítimas exigencias”³², de ahí que afirme que —como ya ha señalado el propio tribunal— “los límites a la libertad de creencias están sometidos a una interpretación estricta y restricta”.

Dicho lo anterior, recuerda que el Colegio Oficial de Médicos de Navarra se opuso a la creación de un registro de objetores y que el propio Consejo de Navarra, cuando se le planteó el tema por parte del parlamento foral, dictaminó que no era necesario en absoluto tal registro.

Partiendo de la oposición del órgano oficial que reúne a la profesión médica y del dictamen emitido, el Dr. Ollero se pregunta si la existencia del Registro como requisito *sine qua non* para el ejercicio de un derecho no puede producir efectos desalentadores o disuasorios y, en este sentido, servir para conducir al desánimo en el ejercicio de un derecho; esta cuestión ya fue debatida y resuelta con anterioridad por parte del TC³³ e, incluso, por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, citando a efectos meramente enunciativos la S. del caso Fuentes Bobo contra España³⁴.

El registro —dice, y con razón—, “no es imprescindible para garantizar las prestaciones legalmente previstas y genera en los profesionales objetores un

³¹ FJ 6.

³² Y, en apoyo de sus reflexiones, cita las SSTC 159/1986, de 16 de diciembre; 20/1990, de 15 de febrero; 81/1998, de 2 de abril y 141/2000, de 29 de mayo.

³³ SSTC 110/2000, de 5 de mayo; 265/2000, de 13 de noviembre; 2/2001, de 15 de enero; 196/2002, de 28 de octubre; 88/2003, de 19 de mayo; 185/2003, de 27 de octubre; 241/2005, de 10 de octubre; 110/2006, de 3 de abril; 151/2006, de 22 de mayo; 174/2006, de 5 de junio; 196/2006, de 3 de julio; 108/2008, de 22 de septiembre; 104/2011, de 20 de junio, entre otras.

³⁴ S. 29 de febrero de 2000.

fundado temor a que de ello derive un riesgo de discriminación que afecte a su carrera profesional”³⁵, recordando para terminar su sólido planteamiento que se está ignorando el artículo 8 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta a los datos personales y a su libre circulación, y que dispone como principio general que “los Estados miembros prohibirán el tratamiento de datos personales que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como datos relativos a la salud o a la sexualidad” y, por tanto, considera que el registro enjuiciado no supera el examen de proporcionalidad constitucionalmente exigible.

4. EFICACIA DEL MATRIMONIO ISLÁMICO NO ESCRITO

Cuestión de indudable interés fue la que planteó un súbdito extranjero, musulmán, casado por el rito islámico con española. Al fallecimiento de ésta, solicitó la pensión de viudedad, que le fue denegada, tanto en el procedimiento administrativo como en el judicial.

El matrimonio islámico se había celebrado en 1999 pero la ceremonia se realizó sin que existiera el pertinente certificado de capacidad matrimonial expedido por el encargado del registro civil correspondiente. Al morir su esposa, en el año 2007, el fallecimiento se inscribió en el correspondiente registro figurando en la inscripción que su estado civil era el de soltera.

Así las cosas, el viudo instó la rectificación de los asientos del Registro para que figurase como casada, pero no logró su propósito. Debemos recordar que la Instrucción de 10 de febrero de 1993 de la DGRN, que desarrolla la Ley 26/1992 –por la que se aprueba el Acuerdo entre el Estado español y la CIE–, sólo prevé como excepción del certificado de capacidad la certificación del matrimonio islámico si ésta contempla la concurrencia de todos los requisitos que se exigen para la validez de las nupcias, algo que no quedó acreditado tampoco.

Paralelamente, en el año 2009 el actor promovió un expediente de inscripción de su matrimonio ante el Registro Civil, siendo éste denegado por no haber cumplido los requisitos exigidos por las normas citadas. En el mismo año, D. Bassirou Sene, solicitó la pensión de viudedad alegando como causa que da lugar al derecho a la prestación ser pareja de hecho de su difunta. En dicha solicitud se autoproclamaba “viudo” y, al mismo tiempo, declaraba que su “esposa” murió en estado de soltería, aportando un certificado de su matrimonio islámico en el que se hacía constar únicamente que se había celebrado en la

³⁵ Apartado 4, párrafo segundo.

fecha correspondiente con consentimiento de ambas partes y, además, un certificado de convivencia desde el año 2002 hasta la fecha de fallecimiento, ocurrida el 26 de diciembre de 2007.

La desestimación de su solicitud de pensión se debió a que, considerando que se trataba de una pareja de hecho, debió haber formulado la solicitud en el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre³⁶, no habiendo cumplido dicho requisito por presentarla fuera de plazo, su acción debía decaer.

El actor alegó, ante la desestimación administrativa, que realmente él estaba casado y que su matrimonio tenía efectos civiles con independencia de la inscripción registral pues los efectos se producen desde el mismo momento de la celebración, invocando la doctrina sentada en la STC 199/2004, así como también el derecho a la igualdad de trato, por tanto, si se mantenía el criterio denegatorio de la Administración pública, se cometía una violación de su derecho. En este sentido mantuvo que la inscripción del matrimonio tenía exclusivos efectos de publicidad, pero no constitutivos y, por ello, debía entenderse que su matrimonio era válido y eficaz en nuestro ordenamiento.

Su recurso fue desestimado pues entendía la citada Administración que en realidad no estaba casado, pues su matrimonio no surtía efectos civiles al no reunir los requisitos que para ello establece la legislación; además, como pareja de hecho le había pasado el plazo y –peor aún– tampoco había acreditado haber tenido hijos comunes, rechazando la tesis del actor de que el cómputo del plazo debió contarse a partir de su solicitud de subsanación de los errores registrales (tanto respecto a la no inscripción de su matrimonio como respecto a los cometidos al registrar la defunción).

Llegada a la instancia al Tribunal Económico-Administrativo Central, desestimó el recurso en base a que la petición inicial se había formulado ostentando como título habilitante ser pareja de hecho, no marido y mujer³⁷; además, planteaba que los plenos efectos civiles del matrimonio religioso celebrado en forma autorizada por la legislación del Estado requería la inscripción registral (art. 61 CC) de modo que, si lograba la inscripción de las nupcias, cabría volver a formular su solicitud; dicho de otro modo, no estando inscrito el matrimonio debía entenderse como ineficaz a estos efectos.

Interpuesto recurso ante la Audiencia Nacional, ésta desestimó sus pretensiones. El actor había alegado, además, violación del derecho a la igualdad pues el art. 38 del RDL 670/1987 reconoce el derecho a la pensión de viudedad del cónyuge legítimo, no distinguiendo entre matrimonios inscritos y no inscritos. Según la dirección letrada del sr. Sene Sene, el matrimonio produce efectos

³⁶ En aplicación de la Disposición Adicional decimoquinta.

³⁷ Resolución de 26 de mayo de 2011.

desde su celebración y, por ello, el vínculo matrimonial era el título habilitante para obtener las prestaciones, no el de pareja de hecho.

Para la Sala sentenciadora, la doctrina sentada en la sentencia del TC 199/2004 no es aplicable al caso. En el supuesto enjuiciado se discute en realidad –descartada de plano un injustificado tratamiento discriminatorio– si el matrimonio no inscrito en el RC produce sus plenos efectos jurídicos, se haya celebrado en forma religiosa o civil e independientemente de aquélla. Así pues, el caso contemplado afecta de forma directa al sistema matrimonial y, por tanto, entra de lleno en nuestra disciplina, abordando una de las cuestiones más enigmáticas del ordenamiento jurídico español: el de los “plenos efectos” de la inscripción registral de las nupcias. Merece la pena, por tanto, transcribir las palabras a través de las cuales se desarrolla el *iter* argumental.

Llegados a este punto, la doctrina de la AN³⁸, interpretando los arts. 60; 61 y 63 del CC, termina concluyendo que, con independencia del tipo de matrimonio, éste produce “plenos efectos civiles a partir de su inscripción en el RC, entre otras razones, porque los efectos frente a terceros se producirán a partir del momento en que se le dé la publicidad legal exigida, sin perjuicio de la validez, legitimidad del matrimonio y la producción de efectos entre los contrayentes o cónyuges; pero, no puede olvidarse que la Administración tiene la condición de tercero respecto del matrimonio en general y en particular con el que nos ocupa”³⁹. Añade igualmente que de esta forma “se evitan ciertos fraudes que últimamente se están produciendo, la celebración de matrimonios que no se inscriben en el RC, pues ello puede conllevar la pérdida de pensiones de viudedad y orfandad, que se extinguirían al contraer matrimonio”⁴⁰.

Por otro lado, invocando el art. 7 de la L 26/1992, conecta lo dispuesto en esta norma con lo que establece el CC, recordando que igualmente “exige, para el pleno reconocimiento de tales efectos, la inscripción del matrimonio en el RC” y “las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el RC correspondiente”. Por ello concluye que “la inscripción en el RC español, no constituye un requisito especial para su constitución, ni de la misma depende su legitimidad, pero sí, es la única forma especial que reconoce para probar la existencia del matrimonio, y en caso en que no esté inscrito, alguno de los hechos que da lugar o modifica o extingue algún estado civil, es necesario promover expediente de inscripción fuera de plazo, y a partir de aquí podrá probar su existencia o sus modificaciones”⁴¹.

³⁸ Sentencia de 12 de noviembre de 2012, dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

³⁹ Antecedente 2 e), párrafo cuarto, *in fine*.

⁴⁰ Antecedente 2 e), párrafo sexto.

⁴¹ Antecedente 2 e), párrafo séptimo.

Presentada demanda de amparo, se alega por el recurrente que el art. 38 del RDL 670/1987 en realidad no exige la inscripción del matrimonio en ningún registro sino que se limita a decir que tendrá derecho a la pensión de viudedad quien sea cónyuge supérstite del causante de los derechos pasivos y, en el caso que nos ocupa, la Administración reconoció dicho matrimonio, pese a lo cual no aceptó el reconocimiento de la pensión al no figurar inscrito, pero eso vulneraba la legalidad –al no exigirse semejante requisito– y, además, vulneraba el derecho a la igualdad por dispensarse un trato discriminatorio con otro que se consideraba idéntico, y que fue resuelto en el STC 199/2004, de 15 de noviembre. Añade el actor que los efectos del matrimonio se producen desde su celebración y esta consecuencia se produce *ope legis* como consecuencia de lo dispuesto en los arts. 61 del CC y 70 de la LRC, por tanto, la inscripción no tiene efectos ni carácter constitutivo, sino que se configura como un medio probatorio frente a terceros, evitando de este modo que los que sean de buen fe puedan verse perjudicados por la falta de inmatriculación de ahí que, en suma, aunque no se produjeran los “plenos efectos” del matrimonio, no cabe deducir de ello que la falta de inscripción sea equivalente a la ineficacia de las nupcias. Abona su tesis con la invocación de la doctrina sentada por el TEDH en el caso Muñoz Díaz contra España⁴², según la cual, la negativa a reconocer los derechos de viudedad suponía una vulneración del principio de igualdad.

Establecidos los términos del debate por parte del actor, el TC⁴³ da un giro en el establecimiento del punto de gravedad del pleito: si el amparo se plantea por dispensar un trato discriminatorio por parte de la Administración y el elemento comparativo es el supuesto de hecho que dio lugar a la STC ya citada, lo que ahora hace el TC es verificar si existe en realidad esa igualdad sustancial en los supuestos de hecho. Para ello, refuta la primera premisa pues entiende que lo que se debate en los autos enjuiciados no es si un matrimonio religioso no inscrito debe equipararse al matrimonio inscrito o a la pareja de hecho sino que el *quid* de la cuestión estriba en “si un matrimonio celebrado por el rito islámico, sin cumplir los requisitos exigidos por el legislador para otorgarle validez, debe equiparse a matrimonio legítimo”⁴⁴. A estos efectos recuerda que el art. 38 del RDL ya citado no exige que el matrimonio esté inscrito, pero sí ostentar la condición de “cónyuge legítimo”.

Sentado lo anterior, el TC recuerda que al Estado le compete la capacidad de regular la institución matrimonial y derivar de ella una serie de efectos jurídicos y económicos que no dispense a situaciones diferentes, aunque conlleven una convivencia *more uxorio*, de modo que no toda desigualdad de trato genera

⁴² De 8 de diciembre de 2009.

⁴³ S. 194/2014, de 1 de diciembre, Sala Segunda. BOE n. 11, de 13 de enero de 2015.

⁴⁴ FJ 3, párrafo quinto.

una vulneración del derecho a la igualdad pues es a las partes a las que compete optar por un modelo u otro de pareja.

A continuación, la sentencia analiza el matrimonio religioso desde la perspectiva del Derecho estatal y a tal fin considera que el legislador ha establecido dos vías para el reconocimiento del matrimonio islámico. Por la importancia de la doctrina que se sienta conviene transcribir textualmente su contenido y esas dos vías son, a saber: la regla general, que “requiere, con carácter previo, la instrucción de un expediente, para que el instructor del mismo se cerciore de que ambos contrayentes pueden contraerlo, y expida así el certificado de capacidad matrimonial cuando reúnan los requisitos señalados en el CC. La complejidad para contraer matrimonio tiene una importancia y complejidad añadidas cuando uno de los contrayentes es extranjero y la instrucción de este expediente previo garantiza en la generalidad de los casos que sólo contraerán matrimonio, ya sea de forma civil o religiosa, aquéllos que cumplan los requisitos legales.

En segundo término se establece una regla especial en el caso de matrimonio celebrado por el rito islámico, a diferencia de lo que sucede con otro tipo de matrimonios, consistente en que se permite excepcionalmente a los contrayentes celebrar la ceremonia religiosa sin la previa instrucción del expediente y, por tanto, sin que se haya comprobado la concurrencia de los requisitos civiles, aunque puedan cumplirse los establecidos por la ley islámica, pues no olvidemos que las normas civiles y religiosas difieren en lo que a la capacidad para contraer matrimonio se refiere, y, desde luego, lo es en esta forma de matrimonio islámico. En este caso excepcional en el que se contrae matrimonio islámico sin previa instrucción de expediente, la inscripción registral adquiere una especial importancia dado que la misma trasciende de la mera formalidad tabular, al encomendar al juez encargado del Registro Civil la función de comprobar que los contrayentes de un matrimonio islámico ya celebrado reúnan los requisitos de capacidad y validez exigidos por el Código civil, así como por las normas de Derecho Internacional Privado cuando los contrayentes sean extranjeros. Y a estos efectos el art. 7.3 de la Ley 26/1992 establece que “una vez celebrado el matrimonio, el representante de la comunidad islámica en que se hubiera contraído aquél enviará al RC, para su inscripción, certificación acreditativa de la celebración del matrimonio, en la que deberán expresarse las circunstancias exigidas por la legislación del RC” y esta certificación diligenciada permite la inscripción del matrimonio celebrado conforme al rito islámico, una vez realizada la obligada comprobación por el encargado del RC”⁴⁵.

Añade que el vínculo ha de celebrarse, para que tenga efectos en España, “cuando éste se celebre en una comunidad islámica perteneciente a la Comisión

⁴⁵ FJ 5, párrafo quinto.

Islámica de España, que esté inscrito en el Registro de Entidades Religiosas, ante un dirigente religioso islámico o imán, y al menos dos testigos” pero, como estipula el CC, siempre que los contrayentes reúnan los requisitos de capacidad exigidos.⁴⁶

La conclusión de la doctrina contenida en los párrafos precedentes es que, por no haber cumplido los mencionados requisitos de capacidad, ni con carácter previo, ni con posterioridad a la celebración de su matrimonio, no puede considerarse válido ni, en consecuencia, producir efectos jurídicos⁴⁷. Corolario de esta severa conclusión es que el certificado expedido por el imam no contenía los datos que debe reunir el mismo para acceder al RC y que, además, el actor no logró con posterioridad inscribir su matrimonio, pues le fue denegada su solicitud, al igual que la petición de rectificar la nota de defunción de su “esposa” de ahí que, en opinión de los juzgadores, no quepa hablar propiamente de matrimonio válido ni eficaz y, por ende, no aplicar en términos comparativos el supuesto fáctico que dio lugar a la STC 184/1990⁴⁸.

Tampoco aplica la STEDH invocada por el actor pues en el caso enjuiciado en él, una pareja gitana casada por su rito matrimonial, sí había recibido cierto reconocimiento por parte del Estado y, a tal efecto, cita la existencia del libro de familia, en el que figuraban los seis hijos habidos en el “matrimonio”, el carnet de familia numerosa (para el que se exigía la condición de “cónyuge”) y la cartilla de la Seguridad Social que tenía el causante en tanto que cotizante y en la que figuraban como beneficiarios su “esposa” e hijos, todos ellos documentos oficiales que generaban en las partes buena fe en la percepción de su estatuto jurídico, lo que fue considerado por el TEDH como circunstancias determinantes del fallo⁴⁹.

Resulta curioso, por infrecuente, que la Sentencia no contara con ningún voto particular.

No es ésta sede en la que poder realizar un análisis jurídico de las normas aplicables al caso, como tampoco buscar las claves que puedan servir para intentar descifrar el enigmático inciso de los “plenos efectos” que sólo genera la inmatriculación de las nupcias ni, mucho menos, analizar las relaciones existentes entre matrimonio e inscripción, más complejas aún cuando aquél se celebra en forma religiosa y, por tanto, la inscripción puede más fácilmente no realizarse, presentar datos insuficientes, contradictorios con los datos registrales obrantes, etc.; o la ecuación “inscribibilidad” del matrimonio y eficacia civil; tampoco es ésta sede en la que poder comparar el régimen jurídico que afecta

⁴⁶ FJ 5, párrafo sexto.

⁴⁷ FJ 5, párrafo séptimo.

⁴⁸ FJ 5, párrafo octavo.

⁴⁹ FJ 6.

a esta materia con el existente para las parejas de hecho, baste aquí –pues– dejar constancia de las numerosas dudas que la doctrina transcrita –y las consecuencias jurídicas derivadas de ella– me producen.

5. COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE EDUCACIÓN

La educación, como es bien sabido, constituye –desgraciadamente– el último refugio y, tal vez, el más inexpugnable, de la llamada “cuestión religiosa”.

La educación, más allá del aprendizaje de conceptos y conocimientos, y más allá también de la adquisición de habilidades y fortalezas, constituye indudablemente la más importante de las tareas que ha de afrontar cualquier Estado. Las etapas de la vida en las que se desarrolla la educación, especialmente la preuniversitaria, ofrecen posibilidades enormes de influir en la forma de pensar y de vivir de los niños y jóvenes sometidos a los procesos de enseñanza oficial y, por ello, existe una verdadera ansia de intervenir en los modelos educativos con el fin de producir perfiles intelectuales, morales y sociales –incluso, también, ideológicos– afines a los planteamientos o deseos de quien osentan el poder.

Las décadas de experiencia “democrática” se han caracterizado, en este sentido, por un infame combate por lograr las mayores dosis de competencia en esta materia a fin de lograr la mayor autonomía para formar –y deformar– las mentes, los corazones y las vidas de las nuevas generaciones. Esta lucha de las diferentes fuerzas políticas y sociales por lograr tomar el poder en las aulas ha dado lugar a un accidentadísimo peregrinaje de los legisladores estatales y autonómicos, constantes bandazos y, por supuesto, unas tensiones colosales con las Comunidades Autónomas, especialmente con las que más interés tienen en formar mentes afines a sus proyectos secesionistas.

Creo que no es inadecuado –aunque tal vez sí innecesario por consabido– realizar estas ligeras reflexiones al objeto de introducir al lector en el breve comentario a la STC 17/2014, de 30 de enero⁵⁰. El hecho religioso aparentemente brilla por su ausencia y, en este sentido, sería completamente prescindible reseñar una sentencia que bien podría formar parte de las crónicas del Derecho administrativo, autonómico o constitucional. Sucede, sin embargo, que en materia de educación –y de enseñanza– nada hay que sea completamente aislable, ni en cuanto a materia ni en cuanto a competencias y, por eso, creo que no está demás detenerse en la resolución citada y visualizar de algún modo las cuestiones suscitadas en el recurso interpuesto.

Se trataba de un conflicto positivo de competencia y fue planteado por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña. Tuvo por objeto el RD 1834/2008, de

⁵⁰ BOE n. 48, de 25 de febrero de 2014.

8 de noviembre, en cuanto que reglamenta las condiciones de formación para el ejercicio de la docencia en la educación secundaria obligatoria, el bachillerato, la formación profesional y las enseñanzas de régimen especial y –también– en cuanto se establecen las especialidades de los cuerpos de enseñanza secundaria. Así pues, lo que se debatía en el recurso planteado es, al fin y al cabo, el problema de las competencias y el combate vivido entre determinadas CCAA y el Estado, además del establecimiento de determinadas reglas que afectan al funcionamiento y que podrían generar discriminación en función del territorio; pero, asimismo, en el caso también se planteaban cuestiones concretas de más importancia de lo que *prima facie* pueda parecer, como es el de las competencias, tareas y funciones docentes de los encargados de la “orientación educativa”.

Los preceptos cuestionados por la Abogacía de la Generalidad eran, concretamente, el art. 3, apartados 3 y 4, la disposición adicional sexta y el anexo V del citado RD⁵¹.

Lo que entiende –y pretende– el gobierno autonómico citado con este recurso es reivindicar “la competencia exclusiva en materia organizativa de la función pública docente y de los centros educativos” así como “la competencia compartida sobre la ordenación de la actividad docente y la organización de los centros públicos”, fundamentando su planteamiento en diferentes preceptos de su Estatuto de Autonomía⁵².

Se discute, así, que la especialidad docente pueda ser motivo de exclusión en el ejercicio de la docencia en materias afines a las que en principio tendría capacidad el profesor⁵³, pero, sobre todo, las condiciones de formación para el ejercicio de la actividad docente. Ésta era la cuestión formal suscitada pero, en el fondo, subyazca otra de mayor calado: la posible invasión de competencias autonómicas realizada por el legislador estatal; dicho de otro modo, se pretende con esta cuestión pedir del TC una resolución que refuerce el ámbito competencial de la estructura administrativa catalana en materia de educación por invadir competencias exclusivas o competencias compartidas.

La sentencia, curiosamente ayuna de votos particulares, pese a ser pronunciada por el Pleno, entiende que las normas impugnadas desarrollan competencias básicas del Estado⁵⁴ y que, por tanto, no existe invasión competencial alguna. Llega a esta conclusión tras un detenido análisis de las cuestiones suscitadas, la normativa aplicable y, ello, extraordinariamente sazonado con referencias constantes a la doctrina del propio TC mantenida en numerosas

⁵¹ El anexo V del RD 1834/2008 fue modificado por el RD 1146/2011, de 29 de julio pero, a juicio del TC, no hay desaparición del objeto del recurso, aunque exista cierto “desplazamiento” del tema objeto de pleito y resolución.

⁵² Concretamente, los artículos. 110; 111; 131.2 c); 131.1.3 b), h) y j) y 136 a).

⁵³ Antecedentes 1 b), párrafos segundo y tercero.

⁵⁴ Art. 149.1.30 CE.

resoluciones previas. En todo ello va manteniendo una defensa de las competencias del Estado para procurar una homogeneización del sistema de enseñanza en todo el territorio nacional así como un estatuto jurídico básico equivalente para todos los profesores, con independencia de la Comunidad Autónoma en la que ejerzan las tareas propias de tan digna función pública.

6. DESIGUALDAD DE TRATO

Numerosas han sido las resoluciones que han tratado esta materia. Como es sabido, la igualdad es un derecho íntimamente relacionado con la libertad, esto es así hasta el punto de constituir este binomio el eje inseparable en el que gravita la base fundamental del régimen de libertades públicas. Si no hay igualdad de trato ante la ley no cabe hablar de libertad pues ésta queda comprometida en sus propios fundamentos; por el contrario, si se menoscaba la libertad, el derecho a la igualdad de trato se convierte en quimera.

En el Derecho Eclesiástico del Estado dicho binomio es fundamental por tres razones primordiales. En primer lugar, porque abriendo el nuevo orden constitucional las puertas a la libertad de credo y a todo lo que ella representa y las consecuencias que tiene, garantizar un trato igualitario es el corolario imprescindible para hacer reales y efectivas aquellas libertades. En segundo lugar, porque al ser la libertad religiosa el derecho más transversal de todos, aquéllo que se define, construya y aclare en orden al estudio del mismo, su alcance, límites, etc., servirá de pauta ineludible en el ámbito de otros derechos –y viceversa–. En último término, existe la posibilidad de trazar pasarelas entre las diferentes áreas del ordenamiento jurídico, de tal modo que lo que se predique en dicho binomio (libertad-igualdad) en el ámbito de la libertad de credo puede potencialmente extrapolarse a las libertades ideológica, filosófica, de conciencia... y a otros ámbitos más alejados aparentemente como la libertad de empresa, la libertad de asociación, el derecho de fundación o los relativos a la creación, participación y dirección de partidos políticos, sindicatos, entidades privadas del mundo educativo o, en fin, otros como, por ejemplo, el matrimonial y el familiar.

Así pues, creo obligado ofrecer al fiel lector de esta sección del Anuario un inventario de resoluciones judiciales siquiera sea para facilitar su estudio si lo estima conveniente cuando percibe cualquier tipo de conexión con algo que en particular le interese. Forzosamente ese repaso habrá de ser breve pues, como digo, las conexiones con nuestra disciplina son *longa manu* e, insisto, los márgenes espaciales en los que he desenvolverme aconsejan –u obligan– a acotar el número de páginas.

Citaré en primer lugar, una sentencia que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad, promovida en este caso por la Sala 4ª del Tribunal Supremo.

El precepto que se pone en tela de juicio es el artículo 174.3 de la Ley General de Seguridad Social, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre⁵⁵.

Todo parte de la reclamación de una pensión de viudedad planteada por una mujer que era pareja de hecho de su difunto causante, fallecimiento que se produjo el 28 de noviembre de 2008. Dicha solicitud fue denegada por la Dirección Provincial del INSS basándose en tres motivos diferentes: no acreditar la convivencia ininterrumpida durante cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento; tampoco la constitución formal de pareja de hecho ni lo concerniente a la cuantía de los ingresos percibidos.

Presentada demanda ante el Juzgado de lo Social, éste desestimó la misma si bien constató que la actora había probado un empadronamiento idéntico al de su pareja desde 1996 y la existencia de dos hijos comunes, inscritos como tales en el correspondiente libro de familia expedido al efecto. Sin embargo, ni se habían constituido como pareja de hecho en documento público ni se habían registrado en ningún registro autonómico o local como tal pareja.

Interpuesto recurso de suplicación, el TSJ de Asturias desestimo igualmente la demanda y contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina. El TS duda de la constitucionalidad de los párrafos 4 y 5 del art. 174.3 de la LGSS por posible vulneración del artículo 14 de la CE porque, habida cuenta la remisión que se hace a la legislación específica de las CCAA con Derecho civil propio, el derecho a la pensión de viudedad podría depender del lugar de residencia o de la vecindad, produciendo situaciones de desigualdad.

Para nuestro más alto tribunal, no puede hacerse depender la percepción de una pensión de viudedad de circunstancias legales establecidas en Derechos forales y, por eso, dado que la denegación de la pensión se debió a no acreditar ser pareja de hecho ni por la constitución en documento público ni por la inscripción en registro alguno, sería contrario al derecho a la igualdad que pueda percibirse acogiéndose a Derechos forales si prevén otros mecanismos de prueba diferentes. Apoyan sus razonables dudas en que el art. 2.1 de la LGSS establece que “el sistema de la Seguridad Social se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad”.

El TC da la razón al Supremo y declara inconstitucional el párrafo quinto por generar potencialmente desigualdad de trato en cuestión que debe regularse

⁵⁵ El párrafo quinto del art. 174.3 citado establece: “En las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, cumpliéndose el requisito de la convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica”.

con unidad de criterio en todo el territorio nacional (aunque la eficacia se cons-triñe sólo al futuro, es decir, no tiene efectos retroactivos⁵⁶).

Dos votos particulares en contra tuvo la resolución, formulados por Dña. Encarnación Roca y Juan Antonio Xiol. En él defendieron una interpretación laxa de la Constitución para justificar el Derecho de las Comunidades Autónomas para regular estas materias. A mi juicio la sentencia es impecable, el problema está generado por el propio legislador pues, al asimilar en numerosos casos y para gran cantidad de efectos el matrimonio a otras realidades que no lo son, abre las puertas a una infinidad de situaciones que van desde el Derecho de sucesiones a los mecanismos de responsabilidad civil y en los que las situaciones de difícil respuesta jurídica se irán con el tiempo multiplicando.

También en torno a la discriminación y también en causas en las que se ventilaba el derecho a obtener pensiones de viudedad, se han producido otras sentencias. El caso que ahora contemplo lo constituye una pareja de hecho sólo que homosexual. El estudio del caso y la Resolución fue adoptada por el Pleno y lo curioso del mismo es que resuelve una cuestión interna de inconstitucionalidad.

Esta cuestión deja en suspenso un recurso de amparo. En aquélla el TC se pregunta si el hombre “viudo” tenía derecho a percibir la prestación de viudedad, tras cuarenta años de convivencia. El fallecimiento se produjo en el año 2002 y el demandante de amparo pretendía cobrar la prestación aplicando por analogía el art. 174 de la LGSS. Alegó la discriminación de trato dispensada por la Ley dado que en el tiempo que transcurrió su convivencia ni pudieron contraer matrimonio (porque las leyes a la sazón no se lo permitían) ni cabía adoptar una situación legalmente asimilada.

El TC analiza la ley aplicable (art. 174.1 de la LGSS en la redacción dada por el art. 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre) dado que condiciona la prestación de la pensión de viudedad a la existencia de un matrimonio entre causante y beneficiario. Lógicamente, la reforma operada en el Código civil por Ley 13/2005, de 1 de julio, y la que afectó a la LGSS mediante Ley 40/2007, de 4 diciembre, al ser posteriores, en principio no se aplicarían a hechos acaecidos con anterioridad.

Aunque la orientación sexual no se refleja expresamente en el art. 14 de la CE, para el Pleno del TC parece claro que debe extenderse la proscripción de desigualdad de trato a esta materia⁵⁷. A la sazón, no cabía inscribir parejas de hecho cuando las partes tenían el mismo sexo, de ahí que la cuestión jurídica suscitada se circunscriba al posible deber de extender los efectos de la ley a estos supuestos.

⁵⁶ FJ 6 *in fine*.

⁵⁷ Y cita a estos efectos la STC 41/2006, de 13 de febrero (FJ 3) así como la STC 41/2013, de 14 de febrero (FJ 6).

El TC, trayendo a colación la sentencia dictada por el TEDH de 10 de mayo de 2001⁵⁸ mantuvo que tal regulación no era discriminatoria por perseguir un fin legítimo, “a saber, la protección de la familia fundada en los vínculos del matrimonio”, así pues, queda al arbitrio de cada Estado dispensar o no ese tratamiento, pues goza de ese margen de disposición⁵⁹ y de ello se deriva la desestimación de la cuestión planteada⁶⁰.

El tema y la solución final habrían de contar con votos en contra y, en este sentido, el magistrado D. Luis Ortega planteó una opinión contraria, a la que se adhirirían Dña. Adela Asua, D. Fernando Valdés y D. Juan Antonio Xiol. Con razones a mi juicio poderosas, y apoyándose en la propia doctrina del TC⁶¹, los magistrados disconformes consideran que las circunstancias sociales y legales han cambiado y en el nuevo marco existente el tratamiento igualitario en situaciones de este tipo es una exigencia constitucional.

Resuelta esta cuestión el 10 de junio del pasado año, no pasaron sino dos días para que se dictara la Sentencia que habría de resolver el recurso de amparo del que traía causa. También fue resuelta por el pleno y, atendiendo a los criterios mantenidos en la anterior, se desestimó el amparo solicitado⁶², sin que sirvieran para nada los votos particulares que, por razones de mera coherencia, volvieron a plantear los mismos magistrados.

Resuelta la duda planteada en la cuestión interna⁶³, otros casos similares fueron despatchados en una cascada de resoluciones entre las que cabe citar las Sentencias 98/2014, de la Sala Primera⁶⁴; 115/2014, de la Sala segunda⁶⁵; 116/2014, de la misma Sala⁶⁶; 124/2014, también de la S. Segunda⁶⁷ y 157/2014, de la Sala Primera⁶⁸.

La desigualdad de trato ha dado lugar a otros recursos, entre ellos el interpuesto por el pseudoconsorte en una relación de hecho, sin hijos, tras el fallecimiento de su pareja.

En este caso la pareja había sido formalizada en escritura pública en 1999. Producido el fallecimiento un año después, la señora solicitó pensión de viudedad, que le fue denegada por el INSS al carecer de hijos comunes. La disposición adicional de la Ley 40/2007 exige, de hecho, certificado de empadronamiento que

⁵⁸ C. Mata Estévez c. España.

⁵⁹ En igual sentido, la STEDH de 24 de junio de 2010 (cas Schalk and Kopf c. Austria).

⁶⁰ S. 92/2014, de 10 de junio. BOE n. 162, de 4 de julio de 2014.

⁶¹ SS 195/1988, de 13 de julio; 184/1990, de 15 de noviembre y 93/2013, de 23 de abril.

⁶² STC 93/2014, de 12 de junio. BOE n. 162, de 4 de julio.

⁶³ De la que di cuenta en el Anuario del años 2014 (vol. XXX), pp. 945-946.

⁶⁴ De fecha 23 de junio. BOE n. 177, de 22 de julio.

⁶⁵ De 8 de julio. BOE n. 189, de 5 de agosto.

⁶⁶ De 8 de julio. BOE n. 189, de 5 de agosto.

⁶⁷ De 21 de julio. BOE n. 198, de 15 de agosto.

⁶⁸ De 6 de octubre. BOE n. 262, de 29 de octubre.

acredite la convivencia ininterrumpida de la pareja durante los seis años anteriores al fallecimiento del causante y la existencia de hijos comunes, lo cual, a entender de la demandante, era constitutivo de discriminación.

Denegada la petición por el Juzgado de lo Social de Málaga, la mujer interpuso recurso de suplicación que igualmente fue desestimado por el TSJ de Andalucía. Este tribunal entendió que sí quedaba acreditada la convivencia ininterrumpida durante esos seis años -como mínimo- anteriores al óbito, pero al faltar el requisito de tener descendencia conjunta desestimó el recurso.

Recurrida la sentencia ante el TS en unificación de doctrina, se desestima por no haber acreditado la necesaria contradicción con otra que sirviera de contraste, de ahí que acudiera en amparo al TC, y lo hizo invocando la STC 41/2013, de 14 de febrero, que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad y de la que dimos cuenta en su día en la misma sección del Anuario⁶⁹, dictaminando que el inciso correspondiente a la letra c) de la disposición adicional tercera de la ley citada era inconstitucional por violar el art. 14 de la CE.

Interés procesal tiene que a la sentencia referida se le dieran efectos *ex nunc* y que, por tanto, sólo carecieran de los mismos las causas resueltas de modo definitivo con anterioridad, lo que no era el caso, de modo que no sólo se concedió el amparo sino, que además, se retrotrajeron los efectos al momento procedimental previo a la resolución administrativa. La sentencia⁷⁰ no contó con votos particulares.

Otra de las sentencias dictadas en materia de desigualdad de trato en el ámbito familiar, también referida a la pensión de viudedad y asimismo causada en una relación de pareja mal llamada “de hecho”, es la nº 51/2014, de 7 de abril⁷¹. En este caso se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad relacionada con los párrafos 4º y 5º del art. 174.3 de la LGSS en su redacción dada por la Ley 40/2007 por posible vulneración de los arts. 14; 39.1 y 2 y 139.1 de la CE.

Los hechos que sustentan la acción ejercitada son, básicamente, los siguientes: denegación de la pensión de viudedad solicitada por el fallecimiento de uno de los miembros de una pareja de hecho, ocurrido en el año 2011. Los integrantes de la pareja eran divorciados y, por ello, no estaban impedidos para casarse como tampoco para formalizar una pareja de hecho. Dicha pareja no llegó a inscribirse en ningún registro, sin embargo, tuvo un hijo común en el año 1999 al que se le reconoció la pensión de orfandad.

El motivo de denegación de la pensión de viudedad fue que no se habían registrado, como dispone la ley, ni la habían formalizado en documento público,

⁶⁹ Vol. XXX (2014) pp. 938-939.

⁷⁰ Nº 188/2014, de 17 de noviembre de 2014, BOE n. 308, de 22 de diciembre de 2014, dictada por la Sala Segunda.

⁷¹ BOE n. 111, de 7 de mayo de 2014. Sala Segunda.

de modo que no cumplían ninguno de estos dos requisitos que, con carácter alternativo, establece el legislador.

Los temas debatidos son de interés pues, por un lado, el hecho de tener un hijo en común justifica la protección del Estado a la opción familiar elegida por los integrantes del mismo, además, el registro al fin y al cabo es un medio de prueba y el hecho de ser pareja se demuestra mediante otros medios, sería desproporcionado prestar un tratamiento jurídico discriminatorio frente a otros supuestos por el mero hecho de haber cumplimentado los requisitos legales cuestionados en este proceso. A mayor abundamiento, la diferente legislación que pueda emanar de las CCAA, máxime en las que tienen competencias en el ámbito civil, puede dar lugar a situaciones de desigualdad de trato, de ahí las razonables dudas de constitucionalidad que generó el debate jurídico planteado y que llevó al Juzgado de lo Social nº 3 de Talavera de la Reina a plantear la cuestión.

El TC recuerda su reciente sentencia nº 40/2014, que declaró nulo el párrafo quinto del art. 174.3 de la LGSS y, en este sentido, declaró que había perdido su objeto la cuestión suscitada. Sin embargo, en relación al párrafo cuarto, al establecer los mecanismos legales para el reconocimiento de la pareja como tal, el legislador no discrimina injustificadamente proporcionando un trato distinto en función del perfil de la pareja según el caso, sino que lo que hace, en cumplimiento de sus propias competencias, es determinar qué es una pareja de hecho a efectos legales, y al exigir su inscripción o, alternativamente, su formalización en escritura pública, quien no opta por ninguno de dichos mecanismos pudiendo hacerlo –como era el caso–, en realidad no constituye una “pareja de hecho” como tal reconocida por el ordenamiento estatal. Esto demuestra que las mal llamadas “parejas de hecho” en realidad son “de derecho” y que las verdaderas parejas de hecho quedan inicialmente al margen de la protección que dispensa el Estado. Así pues, quedó desestimada la cuestión planteada.

Supuesto de hecho algo diferente fue la también cuestión de inconstitucionalidad que sobre el mismo tema planteó la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, sólo que en el presente caso no había matrimonio porque una parte estaba separada, pero no divorciada, lo que le impedía cumplir dicho requisito.

La STC 44/2014, de 7 de abril⁷², insiste en la pérdida parcial del objeto de la cuestión y la desestimación de la misma en base, sustancialmente, a los mismos argumentos: el incumplimiento de los requisitos legales que dan derecho a prestación no es imputable a nadie salvo a los interesados. Es evidente en estos casos que si una parte no se ha divorciado es porque no ha querido hacerlo, por ello, el impedimento para acceder a constituirse en pareja de hecho y a ac-

⁷² BOE n. 111, de 7 de mayo, Sala Segunda.

ceder a un registro específico en tal condición es cuestión que depende en última instancia de la voluntad de los interesados.

Igual suerte obtuvo la cuestión de inconstitucionalidad que sobre el mismo tema jurídico dio lugar a la causa que terminó en la Sentencia 60/2014, de 5 de mayo⁷³. Esta resolución, como no podía ser de otra manera, remite a la anterior, ya citada, nº 40/2014 por lo que entiende que hay una pérdida parcial del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad suscitada, desestimando, además, la misma. Sin embargo, contó con el voto particular de Dña. Encarnación Roca y de D. Juan Antonio Xiol, en coherencia con el que presentaron en aquélla, sin que quepa destacar nada nuevo en la última de las reseñadas.

Otra de las resoluciones que han abordado el tema de la desigualdad de trato, en este caso por razón de sexo, ha sido en materia de sucesión de títulos nobiliarios. La Sala Segunda, en S. de 22 de octubre de 2014⁷⁴, resolvió un recurso de amparo que planteó el presunto heredero del Condado de Guadalhorce, D. Francisco Benjumea Heredia, con el fin de evitar que su hermana mayor, Dña. Isabel Benjumea Cabeza de Vaca, obtuviera tal honor.

En instancia, había logrado su propósito y el Ministerio de Justicia, en resolución de 28 de enero de 1998, expidió real carta de sucesión a favor del varón. En 2006, Dña. Isabel interpuso demanda civil pidiendo la declaración de nulidad del título nobiliario, amparándose en la Ley 33/2006, que establece que el mejor derecho a la sucesión en estos casos la tiene el primogénito, con independencia del sexo, dado que la citada ley elimina las desigualdades existentes históricamente en esta materia.

El Juzgado de instancia desestimó la demanda inaplicando la Ley 33/2006 ya que, en el momento de interposición de la demanda, no estaba pendiente de dictarse la resolución administrativa y, según el juzgador, ello se deriva indefectiblemente de la disposición transitoria única (apartados 1 y 3) de la norma citada⁷⁵. Igual criterio mantuvo la Audiencia Provincial cuando conoció del recurso de apelación interpuesto⁷⁶, no así el TS –que casó la misma⁷⁷– y dio la razón a la recurrente, de ahí que el solicitante de amparo fuera D. Francisco.

El TS entiende que la aplicación de la ley que establece la igualdad de sexos en esta materia es aplicable a todos los supuestos en los que no haya recaído sentencia firme y, en este sentido, aplica la norma al caso enjuiciado, manteniendo la doctrina que unos pocos años atrás había establecido⁷⁸.

⁷³ BOE n. 134, de 3 de junio de 2014, Sala Primera.

⁷⁴ N. 168/2014. BOE n. 282, de 21 de noviembre de 2014.

⁷⁵ S. de 12 de junio de 2007, del Juzgado de Primera Instancia nº 45 de Madrid.

⁷⁶ S. de 31 de octubre de 2008, de la Sección Decimotercera.

⁷⁷ S. 26 de marzo de 2012.

⁷⁸ S. de 3 de abril de 2008.

El recurso de amparo se planteó por violación de dos derechos fundamentales, el de igualdad por razón de sexo⁷⁹, que no obtuvo el apoyo del Ministerio fiscal, y el de la tutela judicial efectiva pues, siendo que el expediente administrativo se había resuelto con arreglo a la ley vigente en el momento –que aplicaba el principio de varonía– y siendo firme la misma, no era posible que se revisara la resolución con efectos retroactivos aplicando una ley que no podía alterar el *statu quo* ya existente, aspecto éste que sí tuvo el apoyo del Ministerio Público.

EL TC entiende que no hay violación del derecho a la tutela pues el TS razonó su resolución en el ejercicio de máximo intérprete de la legalidad ordinaria y, al hacerlo, aplicó criterios hermenéuticos y jurídicos lo suficientemente trabados y justificados que impiden considerar que la resolución dictada fuera arbitraria o irrazonable. Siendo, por tanto, cuestión de legislación ordinaria la objeto de estudio, no procede conceder el amparo. Igual suerte corrió el alegato de discriminación por razón de sexo. No aceptando las razones esgrimidas por el recurrente en torno a cuestiones referidas a las sucesión de títulos por fallecimiento (ni a los mecanismos de distribución), recordando su propia doctrina sobre la materia, contenida en la S. 159/2014⁸⁰, desestima el amparo solicitado⁸¹.

No carente de interés es la S. 66/2014, de 5 de mayo⁸². El caso enjuiciado lo constituye un supuesto de alegada discriminación por razón de sexo en el que el perjuicio lo había sufrido una mujer embarazada que, por razón de la maternidad, no pudo realizar las prácticas programadas tras superar las oposiciones en la Administración de Justicia, hecho que a la postre le resultó perjudicial pues las tuvo que hacer con posterioridad y entrar la última en la elección de los destinos.

Dado que la opositora tenía programado el parto, solicitó por escrito posponer el período de prácticas a la siguiente convocatoria, pero conservando las puntuaciones obtenidas en su concurso-oposición, lo cual fue admitido por resolución administrativa, si bien la siguiente convocatoria iba a organizarse por turno de promoción interna. De este modo se daba cumplimiento a los principios sentados en la LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre hombres y mujeres, así como lo que dispone el art. 24.6 del RD 1451/2005, de 7 de diciembre.

Superado el curso teórico-práctico, fue nombrada funcionaria de carrera del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa y se incorporó a su puesto de trabajo en noviembre de 2010. Posteriormente, solicitó se le abonaran todos los

⁷⁹ Para la correcta comprensión del alegato debemos tener en cuenta que en el pleito se abordaban diferentes cuestiones de Derecho nobiliario y, particularmente, los mecanismos de transmisión de los títulos, que puede ser por cesión, sucesión o por distribución, aspectos que quedan fuera del análisis que a nosotros interesa.

⁸⁰ De 6 de octubre.

⁸¹ No se formularon votos particulares.

⁸² Sala Primera. BOE n. 134, de 3 de junio de 2014.

derechos económicos y se le reconociera la antigüedad con efectos retroactivos, con el fin de percibir las mismas cantidades que sus compañeros de oposición, lo cual le fue desestimado. Interpuesto recurso contencioso-administrativo en el que alegaba indebida discriminación por razón de sexo e invocaba, además del art. 14 de la CE, los arts. 3; 8 y 51 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, sobre igualdad efectiva entre hombres y mujeres, su acción fue estimada en los términos interesados por la actora. Contra dicha sentencia la Comunidad de Madrid interpuso recurso de apelación ante el TSJ, que resultó ser estimatorio, aplicando la teoría de la fuerza mayor como causa generadora de la imposibilidad de incorporarse a las prácticas⁸³, lo que debía ser aplicado con independencia de qué causa la generara y, por ende, las razones de sexo subyacentes en la condición de futura madre.

El TC, apoyándose en la citada Ley, así como en la Directiva 2002/73/CEE, relativa a la igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales⁸⁴, resuelve haber lugar al recurso concediendo el amparo en los términos interesados, por vulneración del derecho a la igualdad y sin que hubiera voto particular alguno.

Por último, reseñaré una sentencia que se refiere igualmente a discriminación por razón de sexo, materia en la que se ha avanzado mucho, tanto desde el punto de vista legislativo como jurisprudencial. Se trata de la S. 31/2014, de 24 de febrero⁸⁵, y tuvo como objeto el despido en el Centro Nacional de Inteligencia de una mujer que había sido contratada en calidad de personal estatutario temporal.

Los hechos, en resumen, se basan en el cese de una mujer incorporada al CNI en el año 2004 que recibió la baja seis años después. Contra la resolución interpuso recurso de reposición que fue desestimado. No conforme con ello, interpuso recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales que fue tramitado por el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo nº 12 de la Audiencia Nacional que, asimismo, desestimó la demanda⁸⁶, pese a fundamentarse en el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo (14 CE), el derecho a la integridad y a la salud física (15 CE) y el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos (23.2 CE).

En realidad, la actora entendía que el despido se había debido a causa de su embarazo pero, por el contrario, el CNI se defendió alegando motivos clasificados que debían ser considerados secretos, amparándose en informes no revelables. En el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, la recurrente amplió el abanico de derechos infringidos aludiendo a la indefensión que

⁸³ S. 246/2012, de 28 de marzo, de la Sección Octava.

⁸⁴ Y en la STEDH de 16 de febrero de 2006, que aplica la Directiva.

⁸⁵ BOE n. 73, de 25 de marzo de 2014, Sala Segunda.

⁸⁶ S. de 17 de mayo de 2011.

le había producido el juzgador de instancia al no permitir alegar nada en referencia a un expediente administrativo que no se le entregaba completo, de modo que no podía refutar los secretos motivos en los que se amparaba el CNI.

El recurso fue igualmente desestimado por entender la AN que no se había probado por parte de la actora que el despido se debiera a las circunstancias esgrimidas por ella⁸⁷.

Así las cosas, planteado el amparo, al que añadió la incongruencia omisiva causante de indefensión por no haber resuelto la AN todas las cuestiones debatidas, insistió en su demanda ante el TC que jamás había sido valorada negativamente en los informes anuales que el CNI elabora, al contrario, todas esas valoraciones fueron siempre positivas; asimismo, fruto de ese buen trabajo fue destinada a misiones en el extranjero, designada como jefa de sección, y percibiendo complementos retributivos asociados a la productividad por su destacado rendimiento. Además –alegó– siempre que cambió de destino contó con los informes favorables de sus superiores, por lo que no podía entenderse el cese si no fuera como consecuencia del embarazo.

El TC, sin voto particular alguno, aplicó al caso la doctrina mantenida en otras sentencias y a tal efecto consideró que si la recurrente aportaba indicios de discriminación suficiente, debía otorgarse la protección solicitada salvo que la empleadora los rebatiera justificando que su actuación fue ajena a todo propósito atentatorio⁸⁸, de tal manera que, estableciendo el correspondiente juego del *onus probandi*, demostrada indiciariamente la discriminación –prueba que incumbe al actor–, la carga de probar que no ha existido tal reprochable conducta se traslada al demandado⁸⁹.

Llegados a este punto, el TC considera que, frente a los indicios acreditados que apuntan por la realización de un trabajo bien desarrollado, el CNI no ha realizado ninguna prueba que refute la presunción de discriminación por razón del sobrevenido embarazo; el secreto que rodea a casi todo lo relacionado con el Centro Nacional de Inteligencia no puede generar un espacio de inmunidad frente a la acción de la justicia y a la actuación jurisdiccional, máxime cuando la seguridad del Estado no parece que se ponga en riesgo, de ahí que decidiera otorgar el amparo solicitado, anulando la resolución de cese y las sentencias que confirmaron el mismo.

De todo este panorama jurisprudencial que, basado en la discriminación, resuelve la concesión –o no– del amparo solicitado, es evidente que cabe extraer

⁸⁷ S. de 23 de noviembre de 2011 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

⁸⁸ FJ 3, párrafo primero, citando las SS 17/2007, de 12 de febrero (FJ 4) y 173/2013, de 10 de octubre (FJ 6), entre otras muchas.

⁸⁹ FJ 3, párrafo segundo, recordando las SS 136/1996, de 23 de julio (FJ 6), 48/2002, de 25 de junio (FJ 5) y 98/2003, de 2 de junio (FJ 2).

una doctrina jurídica que, *mutatis mutandis*, cabría hacer extensiva a situaciones en las que la religión o las creencias sean los elementos fácticos presentes. Hay que tener en cuenta que, además de ellos, hay otros ámbitos afines como son la conciencia en general pero –también– el pensamiento ideológico, filosófico o pedagógico, la raza, la etnia o cualquier otra circunstancia que pueden provocar tratos diferenciados –a veces discriminatorios– y que están dentro de los contornos en los que se desenvuelve la ciencia eclesíasticista. Por esta razón he querido, en este último epígrafe, dar cumplida cuenta al lector de estas novedades judiciales, aun a costa de haber empleado –conscientemente– un criterio amplio en la selección de las sentencias consideradas de interés.