

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL**



# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SANTIAGO CATALÁ  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

## 1. INTRODUCCIÓN

Son escasos los temas relacionados con el Derecho Eclesiástico del Estado de los que hayan tratado las resoluciones del Tribunal Constitucional español en el último año.

De entre los ciento quince autos, ninguno que nos afecte y, aunque se hayan dictado ocho sentencias relativas a temas de nuestro interés –de un total de ciento noventa y dos– en realidad sólo se abordan tres cuestiones, puesto que seis están relacionadas íntimamente entre sí y, además, son continuación de otra del año 2020, concretamente la 191/2020, de 17 de diciembre.

Como en años anteriores, parte importante de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional ha tenido como objeto resolver los constantes «pulsos» que el Gobierno catalán libra con la España de pertenencia y, además de numerosos temas repetitivos relacionados con las ejecuciones hipotecarias, el año 2021 ha tratado, como era previsible, de diferentes cuestiones relacionadas con el COVID.

Como consecuencia de todo ello, les es imposible a nuestros magistrados atender numerosos recursos relacionados con los derechos fundamentales y las libertades públicas, lo que convierte parcialmente en «papel mojado» el sistema de garantías constitucionales relativas no sólo a las libertades de credo y de conciencia, sino también a otras materias relacionadas con el respeto y defensa de los derechos fundamentales. De ello se deriva, a mi modesto entender, la conveniencia de reflexionar acerca de la necesidad de introducir algunas modificaciones en las leyes orgánicas que regulan el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional principalmente, a fin de que la tutela constitucional de los derechos fundamentales sea una garantía más real y pragmática, no casi una quimera, como sucede desde el inicio de nuestra experiencia constitucionalista. Tal vez una tercera Sala, o la posibilidad de sentenciar por una vía extraordinaria las cuestiones ya resueltas en otras resoluciones podrían facilitar el trabajo del

Tribunal Constitucional en materia de protección de derechos y libertades fundamentales.

El tema de las ejecuciones hipotecarias es un magnífico ejemplo de la necesidad de adoptar una solución como la apuntada en segundo término, dado que no sólo el pasado año 2021, sino los inmediatamente precedentes, han ocupado mucho tiempo y esfuerzo de nuestra querida Sala, o –también– la cuestión planteada en esta sección, relativa a la nulidad de determinado inciso de la norma valenciana que restringe potencialmente la concesión de becas de estudio a los que estén matriculados en universidades de la Iglesia católica. No tiene sentido que tras una sentencia como la citada, de 17 de diciembre de 2021, sea preciso resolver una cascada de recursos que tienen el mismo origen, la misma razón de ser, igual *causa petendi* e, incluso, identidad de partes; de modo que, salvo que hayan elementos nuevos, un cambio de criterio jurisprudencial, diferencias de matiz que justifiquen un nuevo análisis del caso..., creo que debería arbitrarse un mecanismo procesal de resolución rápida del procedimiento que permita al Tribunal Constitucional atender otras causas, especialmente las que versan sobre defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas, pues son las más importantes en la consolidación y avance de nuestro Estado de Derecho, las más trascendentales para la vida de las personas, con harta frecuencia ignoradas o vapuleadas por infracciones cometidas por los poderes públicos contra su patrimonio jurídico más esencial y básico y, por supuesto, las que normalmente más interesan a los juristas.

Hay que tener en cuenta que otros tipos de recursos son siempre tramitados y resueltos por el Tribunal Constitucional, sin embargo, los de amparo son rechazados de plano en su inmensa mayoría, sin entrar en absoluto en el fondo del asunto, y no siempre son justas tales resoluciones.

Comenzaré retomando el hilo de la crónica pasadapor la tutela de la libertad religiosa en el aspecto educativo, derecho íntimamente ligado al de igualdad de trato por razón de religión (tema Universidades), continuando con la que trata de la pensión de viudedad por razón de matrimonio celebrado por el rito gitano, para finalizar con el conflicto de competencias en materia de adopción.

## 2. VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DE IGUALDAD DE TRATO Y DE LIBERTAD RELIGIOSA DE CENTROS DOCENTES UNIVERSITARIOS PRIVADOS EN LA CONCESIÓN DE BECAS PÚBLICAS

Como adelantaba, seis son las resoluciones dictadas el pasado año sobre un tema ya resuelto: la discriminación denunciada por una Universidad católi-

ca valenciana la de San Pedro Mártir quien impugnó una Orden de la Consejería de Educación, Investigación, Cultura y Deporte, con el fin de premiar la excelencia académica de quienes hubieran concluido sus estudios en universidades públicas de Valencia.

La doctrina expuesta en la resolución de 17 de diciembre de 2021<sup>1</sup> fue ampliamente comentada en el número anterior del Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado<sup>2</sup> esencialmente por dos motivos básicos: de un lado, por la calidad del argumentario y su rigor técnico-jurídico; de otro, porque abordaba cuestiones de especial interés para los juristas y, por tanto, también para quienes aspiran a serlo, tales como legitimación de una persona jurídica en un recurso de amparo: el ejercicio de éste contra una norma, es decir, no contra una resolución que produzca el hecho discriminatorio; ciertas relaciones entre los derechos y libertades contemplados y/o derivados de los artículos 16 y 27 de la Constitución –entre otros posibles–, etc.

Dictada aquélla por el pleno del TC, el análisis de estas otras seis sentencias que le han seguido no merece especiales comentarios. Dicho lo cual, procede, al menos, dar cumplida cuenta de su existencia y de algunos detalles que al operador jurídico y al investigador puedan interesar, pues las más elementales exigencias del método científico obligan a dar cuenta de todo lo actuado de lo que se tiene noticia.

Esas seis nuevas resoluciones han sido las calendadas el 25 de enero de 2021<sup>3</sup>; otra de la misma fecha, dictada en este caso por la Sala Primera<sup>4</sup>; la de 15 de febrero<sup>5</sup>; la de 3 de marzo<sup>6</sup>, la de 29 de junio<sup>7</sup> y, por último, la de 9 de noviembre del citado año<sup>8</sup>.

Como es lógico, la replicación de los recursos de amparo –todos interpuestos por la Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir– tuvieron diferentes «objetivos» y éstos no eran otros que las Órdenes impugnadas y las Resoluciones dictadas como consecuencia de aquéllas<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> Sentencia 191/2020.

<sup>2</sup> Páginas 867 a 876.

<sup>3</sup> Núm. 2/2021, Sala 2.ª (BOE núm. 46, de 23 de febrero de 2021).

<sup>4</sup> Núm. 6/2021, Sala 1.ª (BOE núm. 46, de 23 de febrero de 2021).

<sup>5</sup> Núm. 19/2021, Sala 1.ª (BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021).

<sup>6</sup> Núm. 42/2021, Sala 2.ª (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2021).

<sup>7</sup> Núm. 138/2021, Sala 2.ª (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021).

<sup>8</sup> Núm. 162/2021, Sala 2.ª (BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021).

<sup>9</sup> Las 23/2016, de 10 de junio; 23/2015, de 1 de diciembre; la 24/2016, de 10 de junio; la Resolución de 26 de junio de 2016, por la que se convocaron las becas; las Órdenes 24/2017, de 21 de junio, y 27/2017, de 3 de julio y, por último, contra la Resolución de 14 de diciembre de 2017, todas ellas de la misma Consejería.

Los motivos por los que se estiman, a mi parecer con magistral acierto, todos los recursos de amparo son, fundamentalmente, la lesión que la actividad normativa y resolutoria de la Generalidad valenciana ejerce sobre Universidades que no son suyas y que, por tanto, no controla, pretendiendo discriminar a los alumnos de esos otros centros de enseñanza superior. Debe recordarse que las dos privadas que hay en la Comunidad valenciana pertenecen a la Iglesia católica o, al menos, son católicas, y que la norma impugnada actúa exclusivamente en beneficio de las públicas, lo que atenta no sólo al derecho a la igualdad de trato, sino también a ciertos apartados del artículo 27 de nuestra Carta Magna, tanto en lo relativo a la libertad de creación de centros docentes como, en tanto que católicas, a la libertad de credo, lo que afecta no sólo al derecho fundamental de crear Universidades sino, también, al derecho de los alumnos a matricularse en ellas en condiciones de plena igualdad jurídica y académica.

Además, no debemos olvidar que las Universidades privadas están sometidas al mismo régimen jurídico que las públicas en cuanto a requisitos que han de cumplir, verificación de sus titulaciones, docencia y capacidad docentes, acreditación, control público de su actividad, etc., por tanto, los recursos interpuestos contra la serie de normas y resoluciones emitidas y dictadas en esta materia afecta a derechos relativos a la libertad religiosa y a la libertad de creación de centros docentes en condiciones de plena igualdad jurídica, y lo que hace la Generalidad valenciana es, justamente, crear un marco normativo que proporciona un trato desigual e injustificado para quienes ejercen los derechos inherentes a las libertades de credo, educativas y de enseñanza.

Si la dictada en el año 2020 fue por el Pleno, las del año 2021 lo han sido por diferentes Salas, predominando la segunda; y si en la primera hubo dos votos particulares, a saber, el primero suscrito por los magistrados Balaguer y Xiol, por un lado, y Conde-Pumpido, por otro, en las resoluciones del pasado año se plantearon los siguientes: El de Xiol sólo contra la sentencia de 23 de febrero (Sala Segunda), en el que se remite lacónicamente al ya citado; el de Balaguer contra la sentencia de la misma fecha (Sala Primera) –en la que también se remite al que hiciera en su día– y al que se unió el de Conde Pumpido, que sí lo justificó atendiendo a la diferencia existente entre la inconstitucionalidad de una norma que crea las bases y otra que convoca las becas; la de este último y el de la señora Balaguer, contra la S. de 15 de febrero –en las que se remiten a sus votos anteriores–; el de Xiol, contra la de 3 de marzo, dictada por la Sala Segunda, en la que también se remite a su anterior argumentario, lo mismo que los formulados contra las sentencias de 29 de junio y 4 de octubre, en los que invoca de igual manera sus criterios previamente expuestos.

No he encontrado en la lectura de las resoluciones referidas elementos jurídicos nuevos, por tanto, nada que destacar, de modo que me permito la licencia de remitir al lector a los comentarios que hice en el número pasado del Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado que fueron, por lo demás, bastante exhaustivos, debido el interés teórico y práctico que la materia tiene, sus consecuencias *pro futuro* y los diferentes aspectos materiales y procesales debatidos, resueltos, por cierto –a mi modesto entender– con magistral criterio. Se depuró, de este modo, una pequeña parte del ordenamiento jurídico –en este caso del valenciano–, conscientes como somos de la necesidad de aplicar los mismos o similares mecanismos de contraste a numerosas normas jurídicas elaboradas con demasiada prisa y escasos filtros legales, frutos por cierto, las más de las veces, de un excesivo afán ideológico.

### 3. DENEGACIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN EL MATRIMONIO GITANO

Aunque directamente no tiene vínculo identitario con la libertad religiosa, en sentido amplio del término, sí resulta de nuestro interés. El matrimonio realizado por el rito gitano, ciertamente, responde a una razón étnica, histórica y cultural, dicho esto, representa el ejercicio de un derecho constitucional establecido en el artículo 32 de nuestra Carta Magna y en las diferentes Declaraciones de derechos de las principales organizaciones internacionales, en las que se tipifica como «derecho humano».

Por otro lado, a través de la técnica que podríamos denominar de «fundamentalización de derechos no fundamentales», la elección de la forma de celebración matrimonial representa el ejercicio de un derecho que tiene relación directa con otras libertades y derechos fundamentales como los de intimidad, propia imagen, igualdad e, incluso, el derecho al honor, en lo que tiene de honorable la virginidad de la mujer gitana y el rito del pañuelo.

Aparte la paradoja que produce el hecho de que el ordenamiento español pueda dejar de brindar una protección máxima al derecho a casarse de la forma que se desee –elección que conlleva de forma inherente el sometimiento a las reglas jurídicas que regulen las relaciones entre los esposos–, llama la atención el importante descuadre existente entre el catálogo de derechos humanos de las declaraciones internacionales de derechos y la Constitución española, lo cual apunta a la necesidad de compensar por parte de nuestros tribunales esos déficits e incongruencias, de ahí que estemos con nuestro Tribunal Constitucional al entrar a conocer este tipo de asuntos.

Ciertamente, en el caso que nos ocupa hay un tipo directamente afectado por la cobertura constitucional, que es el derecho a la igualdad de trato, potencialmente afectado, al no dar el mismo tratamiento a las bodas gitanas que a aquellas otras reconocidas como legítimas formas de celebración matrimonial por el ordenamiento español, pero, en el fondo, el tema se puede reconducir porque inexorablemente va unido a aquél, en la libertad de celebrar matrimonio por los ritos que las personas elijan.

El pueblo gitano, como pasara durante centurias con el judío, no ha tenido Estado propio nunca y, por tanto, un ordenamiento jurídico de naturaleza estatal que prevea esa posibilidad, lo que en aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado pudiera dar lugar al reconocimiento de las bodas gitanas en terceros Estados.

Partiendo de esta realidad, el pueblo romaní ha vivido fiel a sus tradiciones sin que los diferentes ordenamientos les dispensaran el nivel de reconocimiento y de protección ofrecidos al común de la población nativa e, incluso, a la extranjera, ello pese a su condición de españoles.

El caso que nos ocupa resuelve un recurso de amparo planteado por una gitana de nacionalidad española casada por el conocido rito de la citada etnia. Muerto el esposo, la mujer había agotado todas las instancias judiciales reclamando una pensión de viudedad en aplicación del derecho a la igualdad, que consideraba vulnerado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, al negarle éste la mencionada prestación<sup>10</sup>.

Además de la forma de celebración matrimonial, se planteó la posibilidad de acceso a la citada pensión por tener la condición de pareja de hecho, vínculo jurídico que tampoco se había constituido formalmente con dos años de antelación mínima a la fecha de fallecimiento, como exige la norma<sup>11</sup>.

La realidad fáctica es que se casaron los cónyuges, ambos gitanos, por su rito habitual en el año 1994 y que fruto de esa unión tuvieron cinco hijos, los cuales, al ser inscritos en el Registro Civil, aparecen como hijos de padres solteros, lo mismo que reza el libro de familia.

La parte alegaba que los contrayentes actuaron siempre con buena fe y que, *mutatis mutandis*, su situación se asemejaba a aquellos matrimonios putativos que, celebrados canónicamente, aun siendo declarados nulos con posterioridad, debían surtir efectos jurídicos a los efectos ahora interesados o, en otro caso,

---

<sup>10</sup> Sentencia 1/2021, de 25 de enero, Sala Segunda (BOE, núm. 46, de 23 de febrero de 2021). Fue ponente Encarnación Roca.

<sup>11</sup> Artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social.

los que por razones de conciencia no quisieron contraer matrimonio canónico cuando –con el régimen franquista– ésta era la única opción posible<sup>12</sup>.

Asimismo se pretendía que se aplicara el criterio sentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el conocido asunto Muñoz Díaz contra España<sup>13</sup>, pero para el tribunal *a quo* no eran asimilables ambos supuestos.

Se argumenta que, para que las parejas de hecho den origen a determinados derechos, como en el caso son los de la Seguridad Social, es requisito imprescindible la inscripción de las mismas.

La demanda, desestimada en la instancia, tuvo sin embargo acogimiento en suplicación, dictándose sentencia por el TSJ de Andalucía<sup>14</sup> en la que estableció el derecho de la reclamante a la pensión de viudedad. Basó su decisión en la estabilidad de la unión, los hijos habidos en ella y su inscripción en el Libro de Familia, lo que suponía no sólo estabilidad de la relación, sino, además, el conocimiento público por parte de las autoridades estatales de la existencia de dicha relación y de la familia habida. Lo contrario –dicen los juzgadores– constituiría una discriminación por razones étnicas y culturales.

Sin embargo, la suerte del proceso cambió de plano tras la sentencia dictada por el Tribunal Supremo<sup>15</sup>. A mi juicio con defectuoso razonamiento, al tiempo que reconoce la validez del libro de familia y su condición de documento acreditativo –además del matrimonio cuando lo hay– de la filiación matrimonial, no matrimonial o adoptiva de los hijos, para la Sala sentenciadora dicho libro no acredita la existencia de la pareja de hecho, de lo que se colige el no reconocimiento del derecho a la pensión solicitada.

Al hilo de ello, descarta la aplicación de la citada sentencia del TEDH pues, además de la existencia de la buena fe del reclamante y su confianza en la generación de efectos del matrimonio gitano –lo que en aquel caso provino de determinados documentos oficiales generados por la propia Administración pública–, la fecha de celebración de las nupcias calés tuvo lugar en este caso antes de la promulgación de la citada Ley 40/2007.

El Tribunal, con una interpretación excesivamente rigorista del artículo 174.3 de la LGSS, considera que no se cumplen las dos exigencias que el legislador establece para que la parte tenga derecho a la pensión de viudedad, a saber, una material, consistente en la convivencia *more uxorio* durante cinco años –al menos– previos a la defunción, y otra formal o *ad solemnitatem*, consistente en que esa

---

<sup>12</sup> STC 199/2004, de 15 de noviembre.

<sup>13</sup> Sentencia de 8 de diciembre de 2009.

<sup>14</sup> De fecha 20 de abril de 2016, sede de Granada.

<sup>15</sup> De 25 de enero de 2018, dictada por el Pleno de la Sala de lo Social.

pareja se hubiera constituido como tal ante el Derecho con dos años de antelación al hecho causante<sup>16</sup>.

Concluye, por tanto, que no existe discriminación indirecta<sup>17</sup>, desestimando el amparo solicitado por la parte recurrente.

Contra dicha sentencia se formuló un único voto particular, el de don Juan Antonio Xiol quien, a mi juicio, con mejor criterio, denunció el tratamiento restrictivo que se estaba haciendo de la sentencia dictada por el TEDH pues, en definitiva, la protección de una minoría nacional de origen étnico constituye base fáctica que justifica la prohibición de un tratamiento discriminatorio, invocando a su favor el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Constató, por otro lado, el reconocimiento de la condición de minoría nacional que tiene el pueblo romaní en toda Europa<sup>18</sup> y la necesaria aplicación de una batería de normas internacionales que establecen mecanismos de protección frente a la discriminación racial; entre ellas, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000<sup>19</sup>, incluyendo el artículo 5 del Convenio-marco para la Protección de las Minorías Nacionales, de 1995, en el que se establece el compromiso de las partes de «promover las condiciones necesarias para permitir a las personas pertenecientes a minorías nacionales mantener y desarrollar su cultura, así como preservar los elementos esenciales de su identidad, a saber, su religión, lengua, tradiciones y patrimonio cultural...», obligando a las partes suscribientes a abstenerse «de toda política o práctica encaminada a la asimilación contra su voluntad de personas pertenecientes a minorías nacionales y –añade– protegerán a esas personas contra toda acción destinada a dicha asimilación».

Aunque en mucha menor medida, en Europa se reproduce un interesantísimo fenómeno más que frecuente en los continentes americanos: el del indigenismo. Los últimos decenios se han caracterizado por el reconocimiento de los pueblos, así como sus derechos a seguir fieles a sus tradiciones, poseer sus tierras (aunque no sean titulares de las mismas), el uso de los recursos naturales, costumbres, etc., incluyendo el ámbito de las creencias. *Mutatis mutandis*, el fenómeno romaní es equivalente y sentencias como la comentada lo que vienen a hacer es eliminar esos hechos diferenciales que exigen del jurista un

---

<sup>16</sup> Fundamento Jurídico 5, párrafo tercero.

<sup>17</sup> Fundamento Jurídico 6.

<sup>18</sup> Convenio-marco para la Protección de las Minorías Nacionales (núm. 157 del Consejo de Europa) –BOE núm. 20, de 23 de enero de 1998–.

<sup>19</sup> DOCE L 180, de 19 de julio de 2000.

acomodo ante realidades sociales, culturales y jurídicas ajenas al *Boletín Oficial del Estado*.

La regulación de las mal llamadas «parejas de hecho», convertidas por ello mismo en verdaderas parejas «de Derecho», termina generando un sistema de reconocimiento jurídico parcial, incapaz y torpe con la agravante de producir una especie de «sacralización» de la norma jurídica, así como de los reglamentos y resoluciones que dicten las autoridades con competencia en la materia.

Todo esto sólo tendría sentido en función de una buscada seguridad jurídica, objetivo capital de todo sistema normativo que se precie, pero cuando, como en el caso ocurre, la Administración pública tiene sobrado conocimiento de la existencia de una familia, con nada menos que cinco hijos comunes registrados, negarles el mismo tratamiento que a aquellos jóvenes que se inscriben como parejas de hecho en condiciones muchas veces no equiparables a la primera, carece plenamente de sentido.

Llama la atención, por otro lado, que el Libro de Familia, siendo oficial y estando gestionado por los Registros Civiles, que dependen precisamente del Ministerio de Justicia, sin embargo, carezcan de validez a los efectos que se estudian.

El matrimonio gitano no es una realidad desconocida para nadie en España, tampoco para el legislador y, a mi juicio, el Tribunal Constitucional yerra en la argumentación y en el fallo al dar pábulo a unos criterios legales, muchas veces parcialmente miopes por poco integrados en el nuevo orden jurídico-constitucional, cuyo efecto final es discriminatorio, efecto con frecuencia no querido, pero tampoco contemplado de forma expresa y, por supuesto, no atajado.

Cualquiera puede percibir la cada vez peor técnica legislativa existente en España y los enormes problemas que genera el encaje de cualquier ley o reglamento con el resto del ordenamiento. Si esto es así a nivel estatal, qué decir de la conexión de sus normas con las autonómicas o las de éstas entre sí. A mi juicio, la labor integradora que esta situación obliga a realizar a los operadores jurídicos es de suma importancia y trascendencia, en este contexto, o se emplean criterios *pro libertate* y *pro igualitate* o, de lo contrario, avanzaremos progresivamente hacia una menor calidad de nuestro sistema normativo y, por tanto, a un empeoramiento de nuestro Estado de Derecho.

Los registros de parejas de hecho no pueden otorgar derechos o, de hacerlo, no pueden servir para dejar al margen excluyendo las situaciones no inscritas cuando por otra vía las uniones entre dos personas resultan públicas y notorias, además de estables. Un instrumento que ofrece seguridad jurídica, y nada más, no puede ser causa generadora de derechos o, dicho de otro modo, no debe excluir de un tratamiento específico a quienes, estando bajo similares

condiciones, la realidad registral o pública no coincida con la verdad material. Por lo mismo, un matrimonio canónico no inscrito, por tal circunstancia no puede sufrir la consecuencia de negar la condición de casado a quienes celebraron sus nupcias. No se puede identificar la unión no inscrita con la no inscribible ni se puede sacralizar la inscripción de las parejas de hecho en detrimento de situaciones mucho más consolidadas, realizadas por españoles que pertenecen a una hermosa cultura tan arraigada –y tan discriminada– como lo ha sido –y sigue siendo– la gitana.

Podríamos hablar del matrimonio celebrado en secreto y de otras realidades o circunstancias que salpican la praxis forense y que tienen un tratamiento jurídico coherente con el resto del ordenamiento pero, sobre todo, coherente con los principios del nuevo orden constitucional; éste despliega –y debe desplegar– su *vis expansiva* a lo largo del tiempo y en todos los ámbitos, especialmente en los que se refieren al estatuto de los ciudadanos y su régimen de libertades, de lo contrario, estaremos poniendo «puertas» u obstáculos que cierran o constriñen el patrimonio jurídico de la persona física, algo que puede resultar contrario precisamente a los principios constitucionales.

Concluye el voto particular comentado con una afirmación que me parece tan oportuna como necesario el destacarla. Termina manifestando don Juan Antonio, «no puedo dejar de mostrar mi recelo frente a un argumento que ofrece el riesgo de poder ser instrumento en otros contextos para defender planteamientos de asimilación alejados de los postulados constitucionales sobre protección de minorías».

#### 4. COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL

También de forma tangencial es este tema en relación con nuestra disciplina. Como es sabido, hay credos religiosos que prohíben la adopción, como el Islam, y en torno a ella –así como en relación a determinadas medidas de acogimiento, asistencia, educación, etc.–, las diferentes Confesiones religiosas pueden intervenir, de modo que parece oportuno dar noticia de la sentencia dictada por el Pleno de nuestro Tribunal Constitucional.

A diferencia de los anteriores supuestos, en este caso se resuelve un conflicto positivo de competencia, planteado, como tantas veces, por el Gobierno catalán, que tuvo como objeto los artículos 5; 6; 7; 8.2, 3 y 4; 10; 11; 12 a 36; 38.2 y 4; 39.3 b), 4 c) y 4 e) del Reglamento de Adopción internacional,

aprobado por Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, en conexión con lo que reza la Disposición Transitoria Única y la Disposición Final de este Decreto.

Como es sabido, Cataluña tiene su propio Derecho civil y, efectivamente, el Código civil catalán aborda esta institución. Sucede, sin embargo, que, en su constante y ciego afán de parecerse en algo a un Estado soberano, cada vez que legisla lo hace como si de tal naturaleza disfrutara y, de este modo, en el libro segundo, título tercero, capítulo V, sección tercera, incluye la regulación específica de la adopción internacional que es, precisamente, lo que da origen al conflicto suscitado.

*A priori* llama la atención esa *voluntas legislatoris* autonómica tendente a regular aspectos internacionales, algo que contrasta con el orden jurídico constitucional; por otro lado, como señalaron los dictámenes del Consejo de Garantías Estatutarias<sup>20</sup> y el del propio Consejo de Estado<sup>21</sup>, la cuestión suscitada no es propiamente civil, sino de naturaleza administrativa, lo que ubica el problema jurídico en otra esfera.

No es ésta sede adecuada para adentrarse en los pormenores planteados por la entidad recurrente, baste señalar que el conflicto surge del Reglamento de Adopción Internacional, especialmente en lo que se refiere a la fase administrativa o prejudicial del procedimiento, que es en la que la Generalidad catalana entiende que se está produciendo una intromisión de sus competencias estatutarias.

La sentencia, dictada por el Pleno el 18 de febrero<sup>22</sup>, declara en lo que a nosotros interesa, lo siguiente:

1.º Que las competencias reservadas en exclusiva al Estado en el artículo 149.1.3 de la Constitución limitan la capacidad de las Comunidades Autónomas en cuanto que

- a) Su actuación no puede implicar el ejercicio del *ius contrahendi*.
- b) Tampoco pueden hacer surgir obligaciones inmediatas y actuales frente a los poderes públicos extranjeros.
- c) Ni pueden incidir en la política exterior del Estado.
- d) Ni cabe que generen responsabilidad de éste frente a Estados extranjeros u organizaciones inter o supranacionales.

---

<sup>20</sup> Dictámenes 15/2015 y 3/2019.

<sup>21</sup> Dictamen 883/2018.

<sup>22</sup> Núm. 36/2021, BOE núm. 69, de 22 de marzo de 2021.

2.º Por ello mismo, es competencia del Estado la capacidad de establecer medidas que regulen o coordinen las actividades con proyección externa de las CCAA, y, en este sentido, recuerda la doctrina contenida en la STC 85/2016, de 28 de abril<sup>23</sup>, al enjuiciar la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la acción y del servicio exterior del Estado<sup>24</sup>.

3.º Sin embargo, admite que el recurso está bien fundamentado en cuanto plantea una queja referida a la exclusión de la coordinación necesaria entre el Estado y las Comunidades Autónomas, anulando el primer inciso del párrafo primero del artículo 7.2.1, de la Ley impugnada en tanto que sustrae o, potencialmente, puede sustraer a las Comunidades Autónomas competencias que le son propias en materias de ejecución de la adopción internacional. En función de ello, declara la inconstitucionalidad de los siguientes artículos de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional:

1. Artículo 7.2, párrafo primero.
2. Artículo 7.7, inciso «la Administración General del Estado, a iniciativa propia o a propuesta de las entidades públicas en su ámbito territorial».
3. Artículo 8.1, inciso «que se encuentren acreditadas por la Administración General del Estado».

Igualmente, declara inconstitucionales los siguientes preceptos del Reglamento de Adopción Internacional, aprobado por Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo:

1. Artículos 13 a 30 en los términos referidos en los fundamentos jurídicos 9 c), 10 y 13 b) de la sentencia.
2. Artículo 32, apartado 2 j) en el inciso «de la Dirección General».
3. Artículo 33.1.
4. Artículo 38.2, inciso «por la Dirección General».
5. Artículo 38.4, inciso «por la Dirección General».
6. Artículo 39.3 b), inciso «para que pueda proceder, en su caso, a la aplicación de lo establecido en el artículo 28».
7. Artículo 39.4 c), inciso «los organismos de intermediación o».
8. El artículo 39.4 e), inciso «la Dirección General», y, por último,
9. La disposición transitoria única, apartados 1, 2 y 3 del Real Decreto 165/2019.

---

<sup>23</sup> Fundamento Jurídico 4.º d).

<sup>24</sup> Fundamento Jurídico 4.º d).

Se resuelve, de este modo, el conflicto positivo de competencias en una sentencia de la que fue ponente el magistrado don Andrés Ollero y contra la que se presentó un voto particular por parte de don Ricardo Enríquez al que se adhirió don Santiago Martínez-Vares.

Me parece interesante su argumentario al distinguir entre «protección de menores» y «adopción». Ambas instituciones, jurídicamente hablando, se contraponen y excluyen a criterio del magistrado. «La protección presupone una situación de riesgo o desamparo que no tiene porqué concurrir en el adoptando, y que ni el Convenio de La Haya ni la Ley de Adopción Internacional exigen. Y sobre todo, la adopción es una de las formas por las que tiene lugar la filiación (art. 108 del Código Civil), extinguiendo al mismo tiempo el vínculo anterior (art. 178.1 CC), todo ello de forma irrevocable (art. 180.1 CC), de donde resulta una clara vinculación con la legislación (art. 149.1.8 CE)... y –sigue–, tratándose de adopción internacional, su constitución da lugar a la adquisición de la nacionalidad española (art. 19 CC), por lo que resulta igualmente implicada la competencia del Estado sobre nacionalidad (art. 149.1.2 CE)».

En suma, la competencia de la Generalidad que abarca la protección de menores, no puede extenderse a la fase extrajudicial que tiene lugar en el extranjero, como tampoco aplicarse por el territorio nacional, afectando a otras Comunidades Autónomas, menos, por tanto, a quienes se encuentren en otros Estados.

Añade el magistrado disidente que, en aplicación del principio de territorialidad, no cabe admitir competencia alguna de una Comunidad Autónoma que alcance su radio de acción fuera de su territorio y, mucho menos, fuera del Estado, invocando la doctrina contenida en la STC 79/2017<sup>25</sup>, de ahí que rechace todo el argumentario de la sentencia reseñada, apostillando con una idea que me parece especialmente fértil y definitiva: «Si esto es así, toda la construcción de la sentencia falla. Por eso no puedo compartir la conclusión de ese encuadramiento competencial, esto es, que el objeto de conflicto se centrara en decidir si el Estado se ha extralimitado en las competencias de coordinación, que son las únicas que le reconoce la sentencia.

No se trata de un conflicto entre las competencias que a la Generalitat concede el artículo 166.3 del EAC y a las que el Estado les atribuye el artículo 149.1.3 CE, porque la Generalidad no tiene la competencia que reclama».

Como puede verse, la *vis expansiva* de la sentencia –como también del argumentario expuesto por los dos magistrados disidentes– tiene un alcance de gran interés jurídico que potencialmente puede afectar a nuestra disciplina dado

---

<sup>25</sup> Fundamento Jurídico 13.

que, tanto en el acogimiento de menores como en la adopción, así como otras figuras de protección del menor, tales como la *kafala*, la tutela (*wilaya*), la custodia (*hadana*), etc., las diferentes Confesiones religiosas pueden intervenir, del mismo modo que determinados Estados islámicos, proyectando en nuestro ordenamiento numerosos aspectos jurídico-confesionales que incluso pueden afectar al orden público interno de determinados países.

Ningún ordenamiento jurídico, por soberano que sea el Estado que lo elabore, es completamente ajeno a las normas de los demás Estados –igualmente soberanos, por cierto–, como tampoco puede ser ajenos al conjunto de normas internacionales, especialmente en nuestro caso, el generado por el Consejo de Europa o la Unión Europea, todo lo cual exige exquisita finura en el tratamiento de estas materias.

La adopción, en tanto que institución jurídica regulada por cada uno de los países –lo mismo que acontece con el matrimonio puede desconocer por completo la legislación interna de cada país, como tampoco el estatuto jurídico de cada individuo, es decir, tanto el del adoptante como el del adoptado pues, aunque el ordenamiento jurídico patrio no distinga, no pueden ser ignorados esos otros derechos, principios, reglas y criterios de otras tradiciones culturales y religiosas. Pues bien, precisamente, es el Derecho Eclesiástico del Estado el que, arrojando luz sobre ésta y otras materias, advierte de la necesidad de ampliar la visión unilateral que los ordenamientos jurídicos nacionales tienen a fin de conectar con otros ordenamientos jurídicos de diferente tradición –muchos de ellos confesionales–, ordenamientos en los que nos encontramos, por ejemplo, conceptos completamente diferentes de matrimonio o de familia; estatutos diferenciados en función del credo que se profese o religión a la que se pertenezca, etc., como sucede con la adopción, y lo que no es de menor importancia: que esa legislación específica –ajena a nuestro ordenamiento– tiene naturaleza de *ius cogens*.