

**JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SANTIAGO CATALÁ
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Cuestiones relacionadas con la «vacunación» contra el COVID. 3. Recurso de inconstitucionalidad contra el artículo único de la LO 4/2022 en relación a la celebración de manifestaciones contrarias al aborto. 4. Gestación subrogada y adopción. 5. Formación religiosa y moral de un menor de edad, hijo se padres separados. 6. Otros temas relacionados con el matrimonio y los hijos menores.

1. INTRODUCCIÓN

En línea con los últimos años, el pasado 2024 ha sido fértil en resoluciones del TC que afectan a nuestra disciplina, en este caso computando un total de diecinueve; once de ellas se han referido a distintas situaciones relacionadas con la «vacunación» contra el covid; las demás, con diferentes cuestiones vinculadas con la libertad de expresión y el aborto, la gestación subrogada y la adopción, la formación religiosa y moral, así como a la protección integral de la familia; sin embargo, también haré referencia, por las conexiones que tienen con nuestra disciplina, a la que trata de la discriminación por razón de sexo –en este caso a causa de un embarazo– en la percepción de los salarios de tramitación, la discriminación por identidad de género; la normativa autonómica reguladora de la prevención, detección y actuación ante situaciones de violencia de género y, por último, la protección de personas vulnerables –concretamente de las mujeres transgénero– en relación con los postulados de los partidos políticos que operan u operen en Cataluña.

Como se ve, el abanico de derechos fundamentales y libertades públicas que diseñaron los constituyentes en 1978 –y aprobó con entusiasmo la sociedad

española— ha ido extendiéndose cada vez más en lo material, ramificándose en lo casuístico y complicándose en lo fenomenológico, de tal modo que es preciso dar respuesta a situaciones de progresiva complejidad, dado que las libertades individuales y el derecho a elegir el sexo propio, o a cambiarlo, etc., tienen ramificaciones de todo tipo, desde el sistema de cuotas en la confección de listas electorales hasta la participación en competiciones deportivas, pasando por la petición de ingresar —en cumplimiento de una condena penal— en la cárcel de señoras.

Estas situaciones, que en la mayor parte de los países del mundo o no se aceptan o están encontrando límites a un *agere licere* potencialmente infinito, darán lugar, sin ningún género de dudas, a numerosos problemas de carácter jurídico que nuestros tribunales deberán necesariamente resolver.

2. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA «VACUNACIÓN»¹ CONTRA EL COVID

El pasado año ya fue objeto de comentario esta materia por lo que la brevedad debe imponerse.

Once han sido las sentencias dictadas que abordan la problemática de la mal llamada «vacuna» desde distintas perspectivas materiales y, en cierto modo, también jurídicas.

La primera de ellas, de 15 de enero², se plantea ante la negativa de la hija de una mujer que sufre demencia senil, oponiéndose a la inoculación del preparado experimental para su madre, enfrentándose al Ministerio Fiscal para quien dicha vacunación «reporta un beneficio para su salud»³.

La actora alegaba que el estado de su progenitora era malo y la inyección del preparado podría acarrearle perjuicios a la anciana; además, personas que

¹ Entrecorrimo esta palabra y utilizo otros términos para referirme a ella porque, técnicamente, ninguno de los preparados que se suministraron en los años de epidemia respondían a una auténtica vacuna, cuya elaboración supone trabajos mucho más lentos que, además, implican el uso de una tecnología diferente. Según la OMS, «las vacunas contienen fragmentos minúsculos del organismo causante de la enfermedad, o las “instrucciones” para contener esos fragmentos. Asimismo, contienen otros ingredientes para mantener la seguridad y la eficacia de la vacuna». Esos componentes son antígenos que generan una respuesta inmunitaria; los «antígenos pueden ser una pequeña parte del organismo causante de la enfermedad o bien el organismo completo atenuado o inactivado», lo que no fue el caso de los preparados fabricados y suministrados en esos años de pandemia.

² Núm. 4/2024, BOE núm. 45 de 20 de febrero de 2024.

³ Antecedente 2 a), párrafo tercero.

conocían el tema se lo habían desaconsejado, pero el defensor judicial nombrado *ad hoc* opinaba lo contrario.

Sobre este asunto, el médico forense declaró que los beneficios que reportaba la inoculación de la mal llamada vacuna eran mayores que los riesgos que podía generar, pero la hija alegaba que era una cuestión voluntaria y que, por tanto, dependía de cada persona. En este sentido manifestó que una vacunación obligatoria suponía un atentado contra la integridad física y que, por tanto, no podía obligarse a nadie; así pues, en el proceso se planteaba la posible vulneración de los derechos de integridad física, igualdad y no discriminación, así como el de identidad personal en cuanto a lo sustantivo –además de la tutela judicial efectiva en cuanto a lo procesal–.

Por otro lado, la hija alegó que, dado que su madre no salía a la calle debido a su avanzada edad, no corría riesgo de coger la enfermedad; pues bien, pese a los argumentos de la hija y teniendo en cuenta las circunstancias antedichas –a las que hay sumar la diferente opinión que sobre este tema tenían sus hermanos (uno a favor y el otro con dudas al respecto)– la Juez de instancia decide que se le administre, no porque sea obligatoria, sino porque, en ausencia de la voluntad de la propia anciana (quien no podía ni consentir ni rechazar), en beneficio de la misma debía acordarse tal medida.

Conviene señalar que, en el caso, la Sala afirma que la hija oponente a la administración del preparado no actuaba en representación de su madre, dado que no la tenía, pese a la discapacidad de la anciana, pero tal circunstancia no impedía su legitimación procesal a causa del interés legítimo que le asistía⁴. El resultado del recurso, como del resto de sentencias que analizaremos a continuación, fue desestimatorio del amparo.

La siguiente por orden numérico es de la misma fecha y tiene como sustrato fáctico el ejercicio de la patria potestad en la que el progenitor rechaza la inoculación de la pseudovacuna frente a la opinión de la madre (ambos se encuentran divorciados), por tanto, se plantea el problema desde la perspectiva de una patria potestad compartida en la que los dos cónyuges divergen⁵.

El padre esgrimió en defensa de su decisión –en el expediente de jurisdicción voluntaria incoado al respecto– el derecho a la integridad física y moral, invocando los arts. 15 de la CE, la Ley 41/2022, básica de la autonomía del paciente, el artículo 3.2 a) de la Carta de la Unión Europea relativa a los derechos fundamentales y el Convenio de Oviedo, de 4 de abril de 1997, relativo precisamente a la Biomedicina en relación con los derechos humanos. Alegó,

⁴ FJ 2 b).

⁵ BOE núm. 45.

además, la inexistencia de evidencias científicas que demostraran que los riesgos para la salud del menor fuesen mayores sin la administración del citado fármaco.

El TC invoca los estudios realizados por la Asociación Española de Pediatría en los que se concluye que los riesgos que supone su inoculación son muy bajos comparados con sus beneficios potenciales; asimismo se apoya en las recomendaciones realizadas por la Agencia Europea del Medicamento, así como por la equivalente española⁶. Una vez más, la Sala mantiene su doctrina que, en defensa del menor y haciéndose eco de los informes realizados por las autoridades sanitarias, desestima el amparo.

En la misma línea se manifiesta la siguiente en orden, calendada el mismo día que las anteriores, dictadas por la Sala Primera, también sobre la patria potestad⁷, por lo que no merece mayor comentario.

De la Sala Segunda, la núm. 13/2024, de 29 de enero⁸, también se refiere a la «vacunación» de menores y a las discrepancias existentes entre sus progenitores. De nada sirvió los alegatos de la madre al señalar, no sin acierto, que las «vacunas» que se ofrecían estaban en fase experimental y, por tanto, no gozaban de la fiabilidad exigible. El Fiscal, una vez más, se puso al lado de las posiciones gubernamentales, lo mismo que la Sala, desestimando el amparo.

Para evitar innecesarias reiteraciones, igual suerte tuvieron los recursos de amparo resueltos en las sentencias 41/2024, de 11 de marzo⁹; 56/2024¹⁰, 58/2024, 59/2024 y 60/2024, todas del 8 de abril, unas de la Sala Primera y otras de la Segunda, así como la 71/2024, de 6 de mayo¹¹, y la 83/2024, de 3 de junio¹², las cuales desestiman los recursos por un hipotético interés del menor de edad o, en otro caso, de las personas que carecen de capacidad para decidir por sí mismas, sin que la invocación de la doctrina contenida en la sentencia del TEDH (Gran Sala) en el asunto *Vavricka y otros c. la República Checa*, de 8 de abril de 2021, sirviera de nada en base al presunto «interés exclusivo del menor»¹³, o de las personas carentes de capacidad para decidir por sí mismas.

No quiero terminar este apartado sin referirme, sea de soslayo, a la argumentación contenida en la STC 71/2024 en tanto que en ella se emplea como argumento la mejora de las relaciones sociales de la paciente incapaz por el hecho de que, al ser «vacunada», podría convivir con el resto de personas in-

⁶ Llamada Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios.

⁷ Núm. 6/20024, de la Sala Primera y de la misma fecha que la anterior (*BOE* núm. 45).

⁸ *BOE* núm. 53, de 29 de febrero de 2024.

⁹ De la Sala Segunda las dos; la citada fue publicada en el *BOE* núm. 99 de 23 de abril de 2024.

¹⁰ *BOE* núm. 118, lo mismo que las tres siguientes, de 15 de mayo de 2024.

¹¹ De la Sala Segunda, *BOE* núm. 140, de 10 de junio de 2024.

¹² *BOE* núm. 164, de 8 de julio de 2024.

¹³ Antecedente 1 j).

gresadas en el centro correspondiente, desestimando la pretensión del recurrente al oponerse a ello en base a que no hay norma alguna que implique una obligación de someterse a la administración de la misma (cuestión ésta de mayor enjundia que la que puede abordarse en esta sección). Por lo demás, significar que, una vez más, al margen de las consideraciones jurídicas, médicas y epidemiológicas que pudieran realizarse, el Tribunal Constitucional se alineó con las tesis del Gobierno, no formulándose en esta materia voto particular alguno.

Una única consideración jurídica al respecto: en caso de reacciones alérgicas o de otro tipo que supongan la muerte, unas secuelas o unos cuadros clínicos perjudiciales para la persona vacunada en contra de su voluntad o de la voluntad de sus representantes, ¿es posible reclamar, al menos civilmente, por los perjuicios causados?, ¿contra quién?, ¿contra el Ministerio correspondiente, la Administración sanitaria regional, el médico forense?

Es obvio que ningún acto e, incluso, ninguna omisión que tenga consecuencias jurídicas, puede finalizar, en términos de legitimación para exigir responsabilidades de todo tipo –en este caso especialmente administrativas y civiles– sin posibilidad del ejercicio de acciones administrativas y/o judiciales; todo ordenamiento jurídico que se precie ha de descansar –forzosamente– en el principio de responsabilidad de quien decreta o manda realizar un acto con potencial capacidad de generar consecuencias, en este caso, para la salud; a ello hay que añadir la autonomía científica y profesional de los médicos y enfermeras especialmente, capaces en principio de negarse a la administración de los preparados que se fabricaron al efecto y a la propia autonomía del paciente, no siempre respetada.

La verdad es que se ha resuelto la problemática del covid obligando a la población no autónoma a «vacunarse» y casi obligando a muchos sectores de la población también, sin embargo, no se han arbitrado mecanismos eficaces que hubieran garantizado a las personas que han sufrido secuelas graves por hacerlo ningún tipo de indemnización, ni proveniente de los fabricantes, ni con motivo de este tipo de decisiones obligatorias para quienes no podían decidir por sí mismas, ni –tampoco– por parte de las distintas Administraciones públicas implicadas en el proceso. Esto supone, es preciso resaltarlo, una quiebra del Estado de Derecho, pues de todo acto –como de toda omisión– potencialmente pueden surgir responsabilidades, al menos en el ámbito civil, si se ocasiona –y acredita– cualquier perjuicio, máxime si ha sido fruto de un acto no querido, es decir, ordenado por las autoridades sanitarias, judiciales, etc.

3. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTÍCULO ÚNICO DE LA LEY ORGÁNICA 4/2022 EN RELACIÓN A LA CELEBRACIÓN DE MANIFESTACIONES CONTRARIAS AL ABORTO

El Pleno del TC resolvió en la sentencia 75/2024, de 8 de mayo, un recurso de inconstitucionalidad planteado por cincuenta y un diputados del grupo Vox en el Congreso contra el artículo único de la Ley Orgánica 4/2022, de 12 de abril, que modifica el Código Penal a los efectos de tipificar como delito las situaciones de acoso a las mujeres que quieren abortar.

Para la mejor comprensión de la crónica de esta sentencia conviene tener presente el texto de la norma tachada de inconstitucionalidad, pues ello facilita el análisis de aspectos técnicos que al jurista no pasan desapercibidos; además, el Derecho ha sido definido –no sin acierto– como «la matemática del lenguaje» y, en ese sentido –máxime si nos movemos en ámbitos tan sensibles y delicados como la tipicidad o la antijuridicidad– parece oportuno tener delante, como digo, el texto de la norma impugnada, que es del siguiente tenor:

«Artículo 172 quater.

1. El que para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acosare a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.

2. Las mismas penas se impondrán a quien, en la forma descrita en el apartado anterior, acosare a los trabajadores del ámbito sanitario en su ejercicio profesional o función pública y al personal facultativo o directivo de los centros habilitados para interrumpir el embarazo con el objetivo de obstaculizar el ejercicio de su profesión o cargo.

3. Atendidas la gravedad, las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, el tribunal podrá imponer, además, la prohibición de acudir a determinados lugares por tiempo de seis meses a tres años.

4. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

5. En la persecución de los hechos descritos en este artículo no será necesaria la denuncia de la persona agraviada ni de su representación legal.»

Antes de comenzar esta reseña deseo formular una precisión terminológica en relación al uso del lenguaje y el empleo de los vocablos que recoge la Real Academia Española. A lo que el legislador denomina «interrupción voluntaria del embarazo» preferiré llamarlo aborto, como –de igual modo– al acto de matar, en vez de referirme a él como la «interrupción de la vida humana de un tercero en contra de su voluntad», prefiero utilizar los términos «homicidio» o «asesinato», que son vocablos estrictos que ni ocultan ni enmascaran la realidad del hecho cometido, ni desde la perspectiva fáctica ni –tampoco– desde el ámbito de que trata el Derecho. La cuestión que se suscitó en el recurso de inconstitucionalidad no es otra que la pertinencia –o no– de un precepto que, pretendiendo garantizar más aún los derechos que el legislador ha establecido presuntamente en favor de la mujer para su autodeterminación en todos los órdenes, incluido el de ser madre o rechazar tal opción en cualquier circunstancia, sin mayor sometimiento a otros criterios que no sean su propia y soberana voluntad, pretende castigar las manifestaciones populares, más o menos políticas, religiosas o morales, que rechazan el aborto como derecho desde cualquier perspectiva (religiosa, moral, cívica, social e, incluso, humana). Hay que tener en cuenta que ello puede incluir, al menos en potencia, la defensa más profunda e íntima de la propia mujer que pretende segar la vida que lleva dentro, a veces motivada por razones contrarias a su voluntad, es decir, que pugnen contra ella misma.

Como es bien sabido, las normas penales sólo pueden ser interpretadas *strictu sensu*, y ello exige un análisis más pormenorizado que el que en esta sede es posible realizar. Con todo –y a fin de ubicar mejor al lector en las cuestiones técnicas que gravitan en lo sustancial del debate jurídico–, antes de analizar la sentencia considero oportuno realizar un breve comentario sobre la norma tachada de inconstitucional.

El apartado primero del precepto dice así: «El que para obstaculizar el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo acosare a una mujer mediante actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos que menoscaben su libertad...».

Es obvio que la redacción del artículo exige un elemento intencional: «el deseo de obstaculizar el ejercicio de un derecho», otro subjetivo: el que la mujer se sienta acosada, y otro instrumental: los «actos molestos, ofensivos, intimidatorios o coactivos». Pues bien, imaginando en hipótesis que un grupo de personas se reúne frente a la entrada de una clínica abortiva y se ponen a rezar el rosario, a portar una imagen de la Virgen María, un crucifijo, etc., sin otra actividad que la de realizar unos rezos o cantos que pretenden hacer reflexionar a la mujer embarazada sobre un posible error vital que pueda estar a punto de

cometer, *prima facie* no parece que ninguno de los asistentes a esa reunión o manifestación esté cometiendo delito alguno, salvo que se quiere presumir dicha comisión por el ordenamiento jurídico o por quienes lo aplican.

Por lo mismo, que la mujer se sienta acosada por dicha circunstancia es un elemento tan subjetivo que dudo mucho de su oportunidad para poder establecer responsabilidades penales y lo mismo cabría decir de lo que se podría incluir –o no– en lo molesto, ofensivo, intimidatorio o coactivo.

El legislador penal, yendo aún más allá, castiga el acoso a los trabajadores sanitarios en su ejercicio profesional o función pública, así como al personal facultativo o directivo de los centros habilitados para realizar este tipo de actos, permitiendo al juez, incluso, prohibir al condenado a acudir a tales centros en períodos que el legislador establece entre seis meses y tres años.

Dos prescripciones completan el precepto tachado de inconstitucional: que las penas impuestas sean compatibles con otras correspondientes «a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso», de modo que se pretende restringir el principio *non bis in idem* al máximo, y un plus de garantía añadida, atípica, por cierto, en el Derecho penal español: que para la persecución de los hechos no sea precisa siquiera la denuncia de la persona agraviada ni de su representación legal.

Se refuerza con este inciso lo que se configura como un derecho en toda regla a abortar, no sólo al margen de los derechos que pueda tener el niño, sino, además, de los que pueda ostentar el progenitor, figura que desaparece por completo salvo en lo que se refiere a obligaciones para con la madre y el hijo en caso de que el embarazo llegara a término. Se rompe así el sistema jurídico por la quiebra de los derechos de igualdad, responsabilidad, legitimidad de intereses, etc. o, dicho con otras palabras, ante una situación de no querer tener un hijo que sí lo quiere el padre –o lo desean personas que no pueden tenerlo, organizaciones humanitarias, etc.– se impone en todo caso la voluntad de la mujer de modo que, al margen de los intereses de terceras personas y de cualquier principio ético o religioso, incluso profesional, abortar tiene similar tratamiento legal, en cuanto que derecho absoluto, que cortarse el pelo o las uñas, por ejemplo, es decir, se equipara al concebido y no nacido con algo desechable, contraviniendo, por cierto, lo que dispone el artículo 29 del Código civil.

El recurso interpuesto, en esta línea, tacha la norma impugnada de vulnerar «el derecho a la legalidad penal» por falta de taxatividad del tipo, e invoca a tales efectos las SSTC 14/2021, de 28 de enero y la 46/2022, de 24 de marzo, así como las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013, asunto *del Río Prada c. España*, y de 11 de abril de 2013, a. *Vyrentsov c. Ucrania*.

Para los recurrentes, la norma transcrita, además, genera inseguridad jurídica e incorpora indebidamente actos jurídicos indeterminados al emplear los términos «molestos», «ofensivos», etc., lo que atenta contra el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna. También plantean los parlamentarios como motivos de nulidad de la norma impugnada el empleo de una categoría inadmisibles –o casi inadmisibles– en el Derecho penal, como es la subjetividad de la persona que dice considerarse agraviada, molestanda, coartada, por la mera presencia de un grupo de personas que se manifiestan en favor de la vida.

En este sentido, el precepto se enfrenta a derechos fundamentales como los de libertad ideológica (art. 16 CE), expresión (art. 20 CE) reunión y manifestación (art. 21 CE) y, en cierto modo también, contra el derecho a la igualdad (art. 14 CE); del mismo modo, los recurrentes acuden a numerosas sentencias del propio Tribunal Constitucional y del TEDH sobre los citados derechos, queriendo destacar, de entre el argumentario esgrimido, las siguientes consideraciones de los recurrentes:

1.º «Que la norma impugnada supone la intervención del legislador penal para reprimir una determinada opción intelectual, volitiva, ideológica o religiosa en clara vulneración de los arts. 20, 21 y 16 CE, que prohíbe cualquier discriminación basada en condiciones como la opinión»¹⁴.

2.º Que vulnera, asimismo, «la dimensión externa del derecho a la libertad religiosa», invocando a tales efectos los arts. 2.1 de la LO 7/1980 y 9 del CEDH, añadiendo que dicha dimensión «se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, entre las que los recurrentes incluyen reunirse o manifestarse públicamente». Añaden en este sentido, no sin razón, que dichas manifestaciones «tienen su límite en el mantenimiento del orden público protegido por la ley», y no es el caso.

3.º Tachan la norma impugnada, además, de vulnerar el derecho a la intimidad de las víctimas del delito en la medida en que se prescinde de la voluntad de sus eventuales víctimas, que pueden estar interesadas en mantenerse en el más estricto anonimato. Así pues, al permitir la persecución de oficio, el Estado asume un rol que puede terminar perjudicando los derechos de la propia mujer en aplicación del artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Las cuestiones jurídicas que aborda este recurso, unidas a los márgenes espaciales en que debe desarrollarse esta crónica, impiden un comentario

¹⁴ Antecedente I, 2 b) párrafo cuarto *in fine*.

exhaustivo de la sentencia que, por lo demás, al alinearse una vez más y en todo con los postulados de los poderes legislativo y ejecutivo del Estado, representa un esfuerzo de constitucionalizar la voluntad política materializada a través de los órganos estatales, «sacralizando» el derecho al aborto y convirtiéndolo en una especie de dogma incuestionable y reforzado; hasta tal punto esto es así que cabría preguntarse si hacer que un animal doméstico aborte gozaría del mismo tratamiento o no. Realizo esta sencilla reflexión ante la preocupación que el jurista debe sentir por todo lo relacionado con la coherencia interna que debe existir en todo ordenamiento.

El Pleno –una vez más– no atisba ningún motivo de rechazo que pueda merecer la norma impugnada, por lo que desestima íntegramente el recurso, convirtiendo –*de iure*– el derecho a abortar como derivado del orden constitucional.

Contra la citada resolución se alzaron los magistrados Enríquez Sancho, por un lado, Arnaldo Alcubilla y Espejel Jorquera, por otro, y Tolosa Tribiño, en último lugar.

En el primero de ellos se plantean cuestiones técnicas de orden procesal que afectan al contenido de la sentencia en tanto que, a su juicio, conducen a una mala resolución del fondo del asunto. El artículo 15 de la CE, según él, no alcanza a dar cobertura al aborto, y lo que ha hecho el Parlamento al modificar el Código penal es pretender darle carta de derecho fundamental, lo que no puede hacerse si no es mediante una reforma de nuestra Carta Magna. También rechaza la posibilidad de acusación pública y –señala– que, con la sentencia dictada, los magistrados que la han votado a favor, «además han declarado también implícitamente inconstitucional su alternativa, es decir, la posible toma en consideración de la voluntad de la víctima, que, sin embargo, se toma en consideración para delitos tan graves como practicar la reproducción asistida a una mujer sin su consentimiento (art. 161.2 CP) o los de agresión y acoso sexuales (art. 191 CP)».

Esta tesis, que comparto en lo sustancial, nos lleva mucho más lejos y hacia unos horizontes a mi modo ver enormemente preocupantes: las constantes reformas implícitas de la Constitución a través de la legislación, ordinaria y orgánica, y a través de las resoluciones de nuestros tribunales, especialmente el Constitucional; ello va en serio detrimento del sistema porque termina derogando de forma implícita y constante el principio de legalidad y todo lo que conlleva: seguridad jurídica, alcance y límites de los derechos fundamentales y las libertades públicas, etc.; pues bien, en el caso enjuiciado, precisamente, lo que también se ventilaba es el derecho de las personas físicas –y de las confesiones religiosas especialmente– a rezar o a manifestarse libre y llanamente en cual-

quier espacio público sin agredir ni vulnerar ningún derecho del otro, simplemente para expresar sus principios, ideas y convicciones, incluyendo las antropológicas, filosóficas o morales.

El segundo de los votos particulares, planteado, como ha quedado dicho, por los magistrados Arnaldo y Espejel, con particular «puntería» invoca el principio de intervención mínima y cómo la resolución dictada lo incumple. Dicho principio, que debe aplicarse no sólo al ámbito penal sino, también, a todo lo referente a derechos y libertades de cualquier ciudadano, se enfrenta a la *ratio decidendi* del legislador porque la apoyatura en la que se justifica la norma se basa en informes de una asociación privada, carente, por tanto, de toda legitimidad a los efectos de introducir este tipo delictivo.

Están ambos magistrados de acuerdo con los recurrentes en el sentido que las expresiones empleadas por el legislador de actos «molestos» y «ofensivos» son de una indeterminación incompatible con la seguridad jurídica –que necesariamente debe presidir todo el Derecho penal–, añaden que el «acoso» no puede ser una expresión jurídica válida si no está vinculada a conductas concretas y, en este sentido, invocan el artículo 172 ter 1 del CP a los efectos de referir a «actos hostiles o humillantes» como objetivables de la comisión del ilícito. Por último, analizan la condición de los actos «molestos» asociándolos a una determinada finalidad y provocando en la víctima, efectivamente, una molestia, pero si de por sí no producen molestia alguna de forma objetiva, la tipicidad del delito estaría defectuosamente formulada; en definitiva, que conforme ha sido elaborada la norma, generará numerosos problemas que afectarán a los principios de tipicidad y de seguridad jurídica.

Reprochan asimismo –a mi juicio con razón– que, al declarar constitucional el nuevo tipo delictivo, lo que está haciendo el TC es alterar el alcance de numerosos derechos y libertades, no sólo el de libertad religiosa e ideológica, sino de otros referidos a las libertades de circulación, expresión, manifestación, etc., invocando la doctrina del TEDH que, en el caso presente, a su juicio ha sido inaplicada en tanto se restringe el alcance de muchos de ellos¹⁵, entre los cuales se encuentra la propia libertad de reunión¹⁶.

¹⁵ Y ponen de ejemplo las SS del TEDH (Gran Sala) de 15 de octubre de 2015, a. *Kudrevicius y otros c. Lituania*, o la de 13 de marzo de 2018, a. *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, en el que se señalan como límite los discursos que inciten al odio o la violencia.

¹⁶ STEDH de 20 de febrero de 2003, a. *Djavit An c. Turquía*; 17 de julio de 2007, a. *Bukta y otros c. Hungría* y 27 de noviembre de 2012, a. *Disk y Kesik c. Turquía*.

Hacen notar, en fin, que la falta de proporcionalidad de la norma convierte en el fondo el derecho al aborto en un derecho fundamental, sin que exista razón alguna para hacerlo¹⁷.

El último voto particular lo emitió don César Tolosa Tribiño con el único fin de adherirse a la posición mantenida por Enríquez Sancho.

Como he manifestado en alguna ocasión a lo largo de estos últimos años, sigo sin entender cómo la figura del progenitor no es objeto ni de regulación ni de debate, es como si no existiera, pese a las importantísimas relaciones y obligaciones que surgen de la paternidad. Cualquier ordenamiento jurídico debe tener coherencia interna y debe responder a toda situación que se pueda potencialmente producir, tanto en las relaciones de Derecho privado como en las del público. Una parte importante del Derecho romano, del que somos herederos, tiene su origen en la creación de acciones judiciales que venían a dar respuesta a los derechos de cada cual en las relaciones *inter partes*. La igualdad de derechos hombre-mujer, que constituye un verdadero *prius* normativo en cualquier ordenamiento que se precie, cuando se trata de la gestación de una nueva criatura desaparece por completo en caso de embarazo; es la mujer la que, unilateralmente, tiene el derecho a tener el hijo o a sacrificarlo, sin que se ponga, ni se oiga, ni se tengan en cuenta los derechos del progenitor o de la sociedad en general. Por otro lado, el nacimiento de un bebé permite a la madre revertir su deseo y asumir el misterio de la vida en el recién nacido o, en caso contrario, cederlo a una institución que acoga a estas criaturas y dé satisfacción a quienes desean adoptar; sin embargo, el aborto desecha por completo esta posibilidad de la que podría tener derecho la propia madre en su momento.

Por otro lado, la inexistencia a efectos legales del progenitor es causa de una diferenciación de trato que no tiene cabida en la Constitución porque todo sujeto de derechos es sujeto, también, de obligaciones, y a la inversa; además, la igualdad de trato hombre-mujer quiebra de forma poderosa, injustificada e irreversible en estos casos. Que carezca del derecho a opinar, a intervenir, a plantearse el aborto como una cuestión sometida a acciones legales a resolver por el juez competente, que pueda dar lugar a acciones indemnizatorias, etc., es tan elemental como que el padre no pueda decidir por sí mismo sobre el destino de la criatura concebida; por tanto, al margen de cualquier consideración de carácter filosófico, ético, religioso e, incluso, social, la regulación del aborto en España no puede tener encaje alguno en nuestro sistema legal conforme se ha planteado por la sencilla razón de que pugna con el principio de

¹⁷ Además, realizan consideraciones de orden penal que escapan al contenido material del Anuario.

justicia rogada y omite cualquier consideración sobre los derechos que pueda tener el padre y –no digamos– la nueva criatura.

No cabe, en términos estrictamente civiles, un negocio o acto que tenga naturaleza o consecuencias jurídicas en el que una de las partes sea titular de todos los derechos y disfrute de todo tipo de acciones al tiempo que la otra no exista salvo para asumir obligaciones, dependiendo exclusivamente de la voluntad de la mujer; dicho en otros términos, considero que, planteado así el debate del aborto, es plenamente inconstitucional el postulado que priva de todo tipo de derechos y acciones a una de las dos partes en un tema que les es común, y ello exclusivamente por razón de sexo, siendo que dicha circunstancia no puede ser causa de ningún tipo de discriminación, al margen, como digo, de los derechos que tiene el *nasciturus*.

Sin duda alguna, es ésta una cuestión que, en vez de estar regulada por el Derecho natural, como lo estuvo en pretéritos tiempos, se ha convertido en caballo de batalla ideológica y política que, so pretexto de amparar a la mujer en un ilimitado derecho de autodeterminación, representa una anomalía jurídica de primer orden que, por otro lado, al no tener posibilidad de retroacción, ni exigir la intervención de profesionales que asesoren y ayuden a la mujer encinta –probablemente víctima de numerosos problemas y/o necesidades– en vez de asistirle y ayudarla, se acude al recurso del aborto, enarbolando esta respuesta como si fuera un auténtico triunfo de nuestro régimen de libertades y ocultando lo que en realidad es: un paso más en lo que ha venido a denominarse «cultura de la muerte».

4. GESTACIÓN SUBROGADA Y ADOPCIÓN

También el Pleno resolvió una cuestión de enorme interés y trascendencia en el orden jurídico. Tuvo su origen en un recurso de amparo planteado como consecuencia de la inadmisión de un incidente de nulidad de actuaciones.

Los hechos de los que trae causa el proceso fue la gestación subrogada de un niño engendrado por el esposo de la recurrente, nacido en Kiev, al que adoptaría tras nacer, con el consentimiento de la madre natural.

Tanto el padre natural como la madre adoptante son españoles, debiendo señalar que en el Registro consular de la Embajada de España en Kiev se recogen los apellidos del padre mientras que, al inscribir a la criatura en España, se ponen el primero del padre y, después, el primero de la madre.

En el procedimiento de adopción, pese al informe favorable de la trabajadora social, el fiscal se opuso por considerar que se había cometido en el caso

un fraude internacional de ley. Se apoyaba, además, en el artículo 21 del Convenio relativo a los derechos humanos y la Biomedicina, así como en el artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíben comerciar con el cuerpo humano, entre otros argumentos.

Pese a la oposición del Ministerio Público, el juez estimó la demanda de adopción ejercitada por la madre no biológica, entre otras cosas atendiendo al interés del propio menor, en aplicación de los arts. 175 y 176.2.2 del Código civil, pero la fiscalía recurrió la sentencia porque la consideraba contraria al orden público español, dejando abierta la puerta al reconocimiento de la paternidad por vía legal y, tras ella, la solicitud de adopción por parte de la esposa.

Curiosamente, por dicho procedimiento, ambos esposos hicieron posteriormente lo mismo, naciendo un segundo hijo, también en Kiev y –también– gracias a la maternidad subrogada, generando una situación de filiación firme en la que la madre por subrogación logró la condición de madre adoptante mientras duraba el proceso de filiación del primero de los hijos. El problema de base es que tanto el Fiscal como el Juez que desestimó las pretensiones de los progenitores consideraron que éstos estaban realizando un fraude de ley contrario al orden público nacional, lo que impedía estimar su demanda; además, con ello no se irrogaba ningún perjuicio al menor, que seguía viviendo en el seno de la familia.

Agotadas las instancias judiciales ordinarias, los progenitores acuden en amparo al TC en el que invocan diversas circunstancias y alegatos, uno de ellas es el derecho a la igualdad de los hermanos porque el resultado de ambos procesos fue completamente divergente, siendo que los hechos se repitieron por completo.

No es ésta sede en la que deba abundar en los razonamientos jurídicos que, sobre los elementos fácticos, constituyen la base del procedimiento, menos aún porque el tema, si bien afecta a la libertad de conciencia y a los modelos de familia, sólo de forma tangencial se relaciona con nuestra disciplina; además, existen numerosas cuestiones de índole procesal y sustantivo (civil), así como otras que tienen mejor cabida en el Derecho Internacional Privado, de modo que la reseña debe ser breve.

En resumidas cuentas, la sentencia dictada reconoce la legitimación activa de la madre no biológica en tanto que tiene interés legítimo, pese a no ser titular de todos los derechos que invoca, centrándose el debate en el derecho a la igualdad de trato de los dos menores y en el derecho de la madre adoptante a acudir a la instancia constitucional, así como en la indefensión producida.

El Pleno del TC razona, pienso que con razón y atendiendo a lo que dispone el artículo 113 del Código civil, que la filiación se acredita por la inscripción

en el Registro Civil y que sus asientos gozan de la presunción de veracidad, no existiendo causa alguna que impugnara los mismos; pero lo que determinó en realidad el otorgamiento del amparo fue la indefensión creada a causa de una deficiente justificación y razonamiento de los tribunales *a quo*, por cuanto no cumplían los estándares mínimos de motivación; a ello había que añadir, a nivel sustantivo, la protección que los constituyentes otorgaron a la familia a través de lo que dispone el artículo 39 de nuestra Carta Magna. De este modo, anulando las resoluciones judiciales impugnadas, hizo firme la sentencia dictada en la instancia en la que el juez constituyó el vínculo adoptivo.

Contra esta sentencia se alzó un único voto particular, suscrito por doña María Balaguer, en la que reivindica la noción de orden público para rechazar el fallo, así como su argumentario, pues, como dice en el apartado 2 del mismo, «en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera que resulte contraria al orden público» (art. 12.3 del Código civil). Denuncia, por otro lado, la mercantilización de las madres de alquiler, los fraudes de ley y las situaciones de abuso que se producen –cada vez con mayor frecuencia– en estas materias: «cosificación de los niños», etc., abogando por considerar contrarias a la dignidad humana este tipo de contratos de gestación subrogada y reivindicado la necesidad de que se legisle sobre la materia.

5. FORMACIÓN RELIGIOSA Y MORAL DE UN MENOR DE EDAD, HIJO DE PADRES SEPARADOS

La sentencia 26/2024, de 14 de febrero pasado, también dictada por el Pleno¹⁸, plantea un caso de singular interés fácilmente reproducible en cientos de miles de hogares españoles: las discrepancias de los progenitores, especialmente si están separados o divorciados, en torno al centro escolar donde deben cursar sus estudios los hijos comunes menores de edad.

Una vez más, tanto en ésta como en las anteriores sentencias comentadas, el TC se alinea con las tesis mantenidas por el Gobierno de la Nación, argumentando de forma a mi modo de ver especialmente débil los motivos por los que se otorga el amparo a la madre.

La causa tuvo su origen en un procedimiento de intervención judicial por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad y resuelve un recurso de amparo interpuesto por la madre rechazando que su hijo estudiara en un colegio de ideario católico. No consta que fuera propiedad de una orden religiosa por lo

¹⁸ BOE núm. 72, de 22 de marzo.

que debió ser de naturaleza laica en cuanto a su presunta titularidad empresarial.

Las razones por las que el padre quería que estudiara el menor en tal centro, al margen de sus creencias religiosas, era por estar en el barrio de su residencia, gozar de buenas instalaciones, poder cursar todas las etapas y ciclos preuniversitarios, etc.; sin embargo, la madre quería que el menor estudiara en un colegio laico.

Llegadas estas discrepancias ante la justicia ordinaria, el juzgado resolvió, en interés del menor, su escolarización en el colegio privado, de carácter católico, lo que incluía el pacto establecido entre los padres de que no se matriculara en la asignatura de religión, por así desearlo la madre y aceptarlo el progenitor.

Ahora bien, precisamente por ser un colegio religioso –y aunque pese a que ello no impide ofrecer una asignatura alternativa a la de religión católica–, lo cierto es que dicha asignatura alternativa no se ofrecía, de modo que las expectativas y deseos de la madre no podían cumplirse por el mero hecho de que no cursara religión católica. Por lo demás, se quejaba de que la identificación del centro con el ideario católico se respiraba en numerosos aspectos, desde los folletos publicitarios a las actividades extraescolares, lo que suponía a su juicio una vulneración de su derecho a la elección del centro escolar acorde a sus creencias religiosas y, sobre todo, a su derecho como madre de ofrecer a su hijo una educación concreta, en este caso al margen por completo del Cristianismo.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto por la madre y, agotadas las instancias judiciales, acude en amparo al TC invocando su derecho de libertad religiosa. Tacha la educación de confesional católica porque, aunque no asista a las clases de religión, se reza en el colegio al inicio de las clases, existen símbolos religiosos y, en fin, la educación confesional se recibe de forma transversal, lo que atenta contra sus derechos como madre en virtud de lo que dispone el artículo 16 de nuestra Carta Magna.

El padre, por el contrario, defendía la escolarización comentada y argüía, en defensa de sus planteamientos, que la madre fue católica constante el matrimonio, y fue a partir de la ruptura cuando ella modificó su sistema de creencias. Conviene resaltar que en ningún caso se exploró a la menor para tratar de conocer cuál era su preferencia, lo que pudo ser un error de técnica probatoria, pero, en definitiva, lo que hizo el juez de instancia y luego aprobó la Audiencia Provincial fue atribuir al padre la facultad de elección del colegio y a la madre la facultad de decidir sobre la matriculación –o no– en la asignatura de religión.

Pese a que esta respuesta podría ser considerada sensata y respetuosa con los derechos de los dos progenitores e, incluso, beneficiosa para la niña, dado

que en dicho colegio podría cursar todos sus estudios preuniversitarios sin cambiar de centro, la posibilidad de aprender un segundo idioma extranjero, practicar natación, etc., la madre interpuso recurso de amparo, que le fue estimado.

Las razones que esgrime el Pleno se resumen fácilmente:

1.º «Como consecuencia del ideario propio del centro, el elemento religioso trasciende de la asignatura de religión y se hace presente de manera general en el proyecto educativo, la pedagogía y la metodología del centro, a través de los profesores y esperando una implicación de las familias en este sentido»¹⁹.

2.º «En un contexto de divergencia sustancial e irreconciliable entre los progenitores en cuanto a sus creencias religiosas, del que deriva el desacuerdo en cuanto al tipo de formación escolar que debe proporcionarse a la menor, lo más acorde al interés superior de ésta es que la decisión que se adopte procure que esa formación escolar se desarrolle en un entorno de neutralidad, con el fin de que pueda formar sus propias convicciones de manera libre»²⁰.

3.º Que las resoluciones judiciales impugnadas «han soslayado el verdadero conflicto de derechos fundamentales de los padres y, ante el desacuerdo entre ellos, no han identificado correctamente el objeto de debate, que no era otro sino el conflicto entre los derechos fundamentales de ambos progenitores reconocido en el art. 27.3 CE»²¹, razones por las cuales otorga el amparo a la madre quejosa.

Los comentarios que cabrían hacer de esta sentencia, como los que podrían hacerse de las anteriormente referenciadas, darían lugar a verdaderos ríos de tinta; basten, pues, dos breves reflexiones que resuman mis discrepancias: la una, referida al caso, es que la educación laica es tan confesional con la religiosa en el sentido de que ambas constituyen dos opciones claramente contrapuestas, esto es, la laica no supone un punto intermedio entre dos modelos diferentes, sino que representa la cara –o la cruz– de una moneda, esto es, supone una opción concreta, tan concreta y repleta de valores como la confesional, de tal modo que optar por la aconfesional, considerándola la neutra, no es, en realidad, buscar un punto intermedio, sino, en realidad, rechazar la enseñanza en valores y principios religiosos en pro de los laicos.

Por otro lado, no existe más enseñanza laica que la de la calle, los medios de comunicación, etc., esto es, la parte formativa que representa la escuela es

¹⁹ FJ 5 b), párrafo séptimo.

²⁰ FJ 5 b), párrafo décimo.

²¹ FJ 5 b), párrafo decimotercero.

un espacio que contrasta con la laicidad suprema que se vive en el resto de ambientes a lo largo del día: televisión, redes sociales, prensa, noticias, acontecimientos de todo tipo... , son con harta frecuencia o laicos por entero o, más aún, anticristianos; dicho con otras palabras, optar por la educación laica porque es el punto de partida óptimo para la educación de los menores es una forma de religión sin Dios que lo que, en realidad pretende, es implantar un modelo social ajeno a los valores tradicionales –o ultramodernos, según se mire–, propios de las religiones milenarias, en un intento de asimilar a las iglesias y religiones con modelos caducos de convivencia entre los hombres, provistos se sistemas de valores más anticuados y pobres que los que ofrece la sociedad contemporánea.

Expuesto lo anterior, el TC, una vez más, se alinea con las tesis y postulados gubernamentales –sin excepción, por cierto– en un afán de consolidar un Estado que pretende construir un nuevo modelo de sociedad partiendo de sus propias premisas, es decir, *ex novo*, eso sí, al margen de cualquier confesión, creencia o tradición, imponiendo un conjunto de «dogmas» laicos que pretende sustituir por completo cualquier otro sistema de valores.

No es de extrañar, por tanto, que contra el fallo y el argumentario expuesto se alzarán en voto particular un grupo de magistrados, en este caso, los sres. Enríquez, Espejel y Tolosa.

Arguyen los citados jurisconsultos la aceptación del padre de que la hija no recibiera formación religiosa y que las ventajas que el centro ofrecía a la educación de la menor, junto con la cercanía a su domicilio..., justificaba en interés de la niña la opción por el colegio privado; pues bien, los magistrados disidentes dan relevancia a esta actitud del padre para dar la razón objetiva al juez de instancia y de la propia Audiencia provincial al resolver el caso: «de haberse opuesto el padre a que su hija no cursase la asignatura de religión, el debate constitucional ante este tribunal se habría formalizado en otros términos»²².

Hay otro voto particular, en este caso formulado por el sr. Campo Moreno en el que, manifestando estar de acuerdo con el fallo, no lo está con la argumentación en que el mismo se apoya. Cito la incidencia, pero no la comento, pese al interés que ofrece, por cuanto la misma se centra en el tratamiento de la causa y en el enfoque realizado por la mayoría del pleno, pero no afecta a la materia que esta revista estudia y analiza.

²² Punto 1 a), párrafo segundo.

6. OTROS TEMAS RELACIONADOS CON EL MATRIMONIO Y LOS HIJOS MENORES

Dos de las materias en las que confluyen con mayor frecuencia diferentes aspectos de la libertad religiosa y de conciencia con otros ámbitos del Derecho son el matrimonio y la familia.

El presente caso es de enorme interés, no sólo por el supuesto fáctico que constituye su punto de partida sino, además, por los temas que aborda la sentencia y por la extraordinaria –a mi juicio– calidad de ésta.

Los hechos que a nosotros nos afectan los protagoniza un matrimonio en el que el marido ha sido privado de libertad por robar en una casa habitada, dejando en la vivienda conyugal a su esposa, de la que estaba separado, y a sus dos hijas, ambas menores de edad; dicha vivienda era propiedad de la madre de él, la cual, por cierto, en ningún momento es llamada a juicio.

Obvio los comentarios que merecieron las resoluciones dictadas en el caso por contener aspectos de exclusivo interés civil y procesal, para centrarme en el régimen de visitas de las hijas para con su padre, interno en una prisión, motivo por el cual, tanto la madre como la Fiscalía, rechazan que el progenitor tenga derecho a verlas y –por lo mismo– que las hijas puedan visitar al padre, pues ello implicaría desplazar a dos menores a un centro penitenciario, lo que podría perjudicarlas en su desarrollo psicosocial, según las tesis mantenidas por la madre y por el propio fiscal.

Como es sabido, el matrimonio, al margen de estar especialmente vinculado a las creencias religiosas de los cónyuges, suele constituir la base de los núcleos familiares, convirtiéndose, en el fondo, en «microestados» en el sentido de que el gobierno de esa nueva y minúscula célula social tiende a regirse por las normas que los propios cónyuges hayan establecido o estipulen a lo largo de la vida. Pues bien, como es sabido, «matrimonio» y «familia» han sido objeto de constantes reformas que no han hecho sino ampliar el ámbito de libertades de las personas, pero, al tiempo, han servido también para «minar» la institución matrimonial y la familia, debilitando hasta el extremo tan milenaria y universal forma nuclear de vida, esencial, por cierto, en la estructura de toda sociedad. Fruto de dichas reformas ha sido la multiplicación de los procesos civiles, consecuencia de una crisis institucional en la que ha derivado el proceso descrito acontecido en los últimos años.

La sentencia que comentamos, de la Sala Segunda, es la 53/2024, de 8 de abril²³ y tuvo como ponente al magistrado don Ramón Sáez Valcárcel.

²³ BOE núm. 118.

Los hechos, básicamente, fueron los siguientes: La esposa presenta una demanda de divorcio contra su esposo por abandono del hogar, pudiendo existir, además, maltrato y amenazas realizadas por el marido. Producida la separación, el régimen de visitas transcurre en términos de absoluta normalidad hasta que el padre ingresa en prisión por haber cometido un robo en casa habitada.

Ante esta situación, el Juzgado de instancia decreta que el régimen de visitas se haga efectivo a partir de que el progenitor salga de la cárcel; sin embargo, tanto la hija mayor como, más adelante, también la pequeña, comenzaron a visitar al padre en la cárcel por su propio deseo, estableciendo unas relaciones de afecto entre padre e hijas que cabría calificar de extraordinarias; fue por ello por lo que la madre no se opuso a que siguieran produciéndose dichas visitas, aunque ello supusiera que las niñas tuvieran que pasar por el trance de desplazarse a la prisión en la que el padre se encontraba ingresado.

Judicializada la separación, fue el Ministerio público el que se opuso a dichas visitas, habida cuenta las circunstancias excepcionales existentes, pero lo hizo en contra del criterio de la madre, sabedora ésta de que dichas visitas se llevaban celebrando desde hacía mucho tiempo y que ello resultaba muy positivo para sus hijas, constando en autos, incluso que, cuando le prohibía a la menor ir a ver a su padre, la pequeña padecía verdaderos problemas psicológicos. Esta circunstancia fue minimizada por la Fiscalía que intervino, pero no por la madre, quien, mejor conocedora de sus hijas y del bien que les hacía a ellas visitar a su exmarido, no se oponía a dichos encuentros.

El artículo 94 del Código civil permite al juez suspender el régimen de visitas atendiendo a circunstancias excepcionales –y ésta era una de ellas–, pero, de hacerlo, su decisión sería contraria a la voluntad de las menores e, incluso, contraria a la voluntad de la madre, de modo que el obstáculo lo planteaban el Fiscal y el Juez; pues bien, éste dictó sentencia en contra de los intereses y derechos del padre, pero, al mismo tiempo, también en contra de los de las hijas y hasta de la voluntad de su propia madre.

En los razonamientos jurídicos se invocaron, como es lógico, los preceptos del Código civil aplicables al caso, pero el padre, recurrente, también hizo lo propio en favor de sus pretensiones –y de los intereses de las niñas–, añadiendo a dichas normas las LLOO 8/2015, de 22 de julio, y 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, así como la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño.

Añade la representación procesal del padre quejoso que su recurso se basa en los intereses de las menores, lo cual no es puesto en duda, al contrario: la madre reconoce que las hijas necesitan ver a su padre, y el TC, con enorme

acierto, aprecia que concurre una especial transcendencia constitucional (art. 50.1 LOTC), además de poder extrapolarse el caso concreto y servir de referencia de especial relevancia y repercusión social a otros supuestos similares, valoraciones que comparto íntegramente.

Invoca la sentencia dictada por unanimidad otra del propio TC, concretamente la 5/2003, de 20 de febrero, para referirse a la participación de menores de edad en los procesos que les afecten²⁴, el derecho del que gozan por la tutela judicial efectiva, así como las sentencias del TEDH de 19 de septiembre de 2000 y de 6 de septiembre de 2018, para afirmar que «sólo excepcionalmente estaría justificado el cese absoluto de las relaciones paternofiliales con hijos menores»²⁵, realizando una serie de consideraciones del mayor interés jurídico, especialmente para letrados, operadores del Derecho y especialistas, al hilo de lo que disponen los arts. 39 de la Constitución y 160 de nuestro Código civil.

La comentada resolución, a mi juicio magnífica, no contó, como era de esperar, con voto particular alguno.

El segundo de los casos que quiero traer a colación lo protagonizan los abuelos de tres niños que, fallecida la madre, querían seguir cuidando de los nietos²⁶. Al ser éstos menores de edad la Fiscalía intervino, manifestándose contraria al acogimiento de los mismos por parte de los padres de la madre.

Se tramitaron procedimientos de adopción en el que el padre mostró su conformidad, pero no así los abuelos maternos, quienes consideraban que debían haber sido llamados como parte en el proceso a fin de poder personarse e intervenir en la causa; además, alegaban que la madre fallecida había manifestado su deseo de que los hijos fueran atendidos por los padres de ella, a lo que se oponía el órgano competente de la región de Murcia.

La Sala Segunda, a mi juicio con muy buen criterio, estima el amparo planteado por los dos abuelos y declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, manteniendo la situación fáctica de la que habían disfrutado los citados miembros de la familia.

Contra la citada sentencia no se formuló voto particular alguno.

La tercera se refiere a la posible discriminación producida por razón de la identidad de género²⁷ como causa de extinción de una relación laboral.

Los hechos enjuiciados tuvieron como elementos fácticos el cambio de sexo de un trabajador al servicio de Junta de Andalucía que, en un momento determinado de su relación laboral, decidió identificarse con el sexo femenino

²⁴ Dado que tienen derecho de audiencia, lo que obliga a los órganos jurisdiccionales (LO 1/1996).

²⁵ FJ 3, *in fine*.

²⁶ S. 82/2024, de 3 de junio, *BOE* núm. 164.

²⁷ S. 81/2024, de 3 de junio, *BOE* núm. 164.

y, como consecuencia de ello, cambiar de nombre, pasando a llamarse concretamente «Lucía».

Pues bien, en un concurso de traslados, quedó dicha trabajadora sin puesto, lo que motivó una acción de nulidad del despido ante el Juzgado de lo Social competente, alegando que había sido discriminada, precisamente, por ejercitar su derecho a cambiar de sexo.

Los tribunales no consideraron que ello fuera así y, el Constitucional, en esa misma línea, desestimó el amparo interpuesto sin que tampoco existiera voto particular alguno.

También despachando un recurso de amparo, la Sala Primera resolvió una causa que tuvo su origen en la reclamación de salarios de tramitación. La empresa, por los malos resultados económicos obtenidos en los últimos años, había planteado un concurso de acreedores que terminó con el despido de trabajadores y, concretamente, de la demandante que protagonizó este procedimiento²⁸. Ella alegó que había sido discriminada en dicho proceso a causa de su embarazo, por lo que alegó discriminación, reclamando los salarios de tramitación que le correspondían pues, precisamente por su condición de mujer, y concretamente de mujer embarazada, había sido objeto de trato desigual.

Dicha tesis fue aceptada por la Fiscalía y por el propio Tribunal Constitucional cuya Sala Primera estimó el recurso sin que existiera voto discrepante alguno.

Por último, relacionado con la protección de las mujeres transgénero, este recurso de inconstitucionalidad resuelto por el Pleno, interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Popular en el Congreso²⁹, en el que se planteaba la nulidad del precepto legal aprobado por el Parlamento catalán³⁰, que imponía obligaciones orgánicas y funcionales respecto de la prevención, detección y actuación de la violencia machista a los partidos políticos que operen en Cataluña.

El TC admite el recurso y declara inconstitucional el artículo 16 de la Ley 17/2020, de 22 de diciembre, que modificaba la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista si bien sólo a los efectos de considerar que, por tratarse de materia objeto de Ley Orgánica, el citado Parlamento autonómico invadió competencias estatales.

Contra la citada resolución se alzó un único voto particular, el suscrito por don Enrique Arnaldo Alcubilla, que se basó en consideraciones jurídicas de

²⁸ S. 22/2024, de 12 de febrero, *BOE* núm. 72.

²⁹ S. 44/2024, de 12 de marzo, *BOE* núm. 99.

³⁰ Ley 17/2020, de 22 de diciembre.

encaje constitucional de contenido técnico que, precisamente por ello, escapa al ámbito de conocimiento de nuestra disciplina.

Dicho lo cual –y habida cuenta de la enorme transversalidad que posee el Derecho Eclesiástico del Estado– considero oportuno dar somera cuenta de dicha resolución por constituir una «tesela» más del complicadísimo «mosaico» normativo generado tras la aprobación de nuestra Carta Magna, situación agravada por la –a mi juicio– equivocada creación de parlamentos autonómicos, gobiernos regionales y sus correspondientes instancias judiciales, dando lugar la conjunción de todo ello no sólo a un «orden jurídico» de una extraordinaria complejidad, generadora, además, de inseguridad, sino lo que es peor a mi juicio: una España de las desigualdades en la que el estatuto de las personas físicas –y jurídicas– depende enormemente de la región en la que nazcan o en la que se instalen, y ello en materias tan trascendentales como ayudas públicas, fiscalidad o retribuciones, siendo que la persona, su condición, cualificación, etc., es idéntica en uno y otro territorio.

Pues bien, al margen de las posibles injusticias materiales que ha generado la praxis constitucional, la acción legislativa y ejecutiva de las Comunidades Autónomas, así como la proliferación de instancias judiciales, la conflictividad jurídica es cada vez mayor y, por tanto, la inseguridad en la que nos desenvolvemos los operadores del Derecho es, también cada vez, más grande. Esto –pienso– debe servir para realizar una reflexión más amplia y más profunda sobre la evolución experimentada por el ordenamiento jurídico español y las numerosas disfunciones que ello genera tanto a nivel estatal como autonómico o local y –creo también– en dicha reflexión deberían participar los más insignes juristas.

