

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Santiago Catalá  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Discriminación por razones de filiación en materia sucesoria. 3.- Igualdad de trato frente a las prestaciones sociales en función de las circunstancias familiares. 4.- Aplicación de la pena de alejamiento en contra de la voluntad de la víctima. 5.- Escolarización obligatoria de los menores de edad. 6. Recurso de inconstitucionalidad de la Ley del Aborto.

## 1. INTRODUCCIÓN

Durante el año 2010 ninguna sentencia del TC ha recaído, de modo único y exclusivo, sobre un tema de Derecho Eclesiástico del Estado. Son sin embargo varias las que, si bien tratan de cuestiones perfectamente incardinables, por ejemplo, en el Derecho civil, contienen elementos que interesan al eclesiasticista. Esas conexiones tangenciales justifican siempre una advertencia al estudioso, ya que existen numerosos ejemplos en los que, *mutatis mutandis*, la doctrina sentada por el alto Tribunal puede ser extrapolada al ámbito de nuestra especialidad.

El caso de la libertad religiosa resulta especialmente singular y extraordinariamente proclive a atraer hacia sí la atención de las más dispares materias jurídicas. Esto se ve fortalecido especialmente por dos circunstancias bien diversas: una, la conjunción de dos derechos inseparablemente unidos: la libertad y la igualdad ante la ley; la segunda, porque la libertad religiosa nos lleva a la libertad ideológica y de conciencia y, en estos ámbitos, a veces puede resultar –en la práctica– indiferente el diferenciar entre una y otra.

Abordaré las más significativas siguiendo criterios cronológicos, dejando para el final el único Auto comentado.

## 2. DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE FILIACIÓN EN MATERIA SUCESORIA

Así sucede con el primer ejemplo que se puede traer a colación. Se trata de la STC 9/2010, dictada por la Sala Primera<sup>1</sup> del TC. El supuesto de hecho versa sobre el derecho de dos hijas adoptivas a recibir una herencia en la que el padre de su padre (adoptante) estableció un mecanismo de sustitución fideicomisaria entre sus cinco hijos, disponiendo el orden a sucederle y condicionando el mismo a que dejaran hijos legítimos. En suma, lo que el causante pretendía y estipuló en 1927 fue que heredaran sus fincas los hijos y nietos que lo fueran legítimos y por razones de sangre.

A su muerte, en 1945, el primero llamado a sucederle estaba soltero y sin hijos, <sup>1</sup> B.O.E. n. 129, de 27 de mayo de 2010.

el segundo le había premuerto en iguales condiciones y, por fin, el tercero, contaba a la sazón con dos hijas, pero adoptivas. Éstas abrieron la sucesión y, realizada la testamentaria, fueron al Registro de la Propiedad a inscribir los inmuebles. Fue cuando el Registrador se opuso a hacerlo para, posteriormente, registrar esos bienes a favor del cuarto llamado a la sucesión, amparándose en la condición de hijas no legítimas por vía de sangre que tenían las postulantes, por lo que a las claras no cumplían el requisito establecido por el testador.

Se juzga, pues, una sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*, que dio lugar a un juicio civil entre los que reclamaban para sí las fincas y, dado que el Registro dio la razón al varón que había logrado inicialmente su propósito, la demanda fue planteada por las dos hermanas. Tanto en la primera instancia como luego la Audiencia y, posteriormente, el TSJ de Cataluña, invocando no sólo la voluntad clara y manifiesta del testador sino, además, el año en que se produjo su muerte (1945), entendieron que el encargado del Registro había actuado conforme a Ley y que no procedía la reclamación efectuada por las hermanas. Éstas, sin embargo, acudieron al TC invocando vulneración del derecho a la igualdad (14) y, más específicamente, el de no discriminación por razón de filiación (39.2).

El Tribunal acepta los argumentos para conceder el amparo, aplicando retroactivamente la Constitución a un caso sometido a una legalidad bien distinta (téngase en cuenta que el testamento fue otorgado en 1927 y el fallecimiento se produjo en 1945, que fue cuando se abrió la sucesión). Invocando su propia doctrina, contenida en la S. 80/1982, de 20 de diciembre, manifiesta que no procede la retroactividad de la Constitución pero, sin embargo, sostiene su aplicación obligatoria desde el momento en que entró en vigor y, siendo que la litis sigue viva (la S del TSJ es de 22 de enero de 2004, contra la cual se recurre en amparo), procede su imperativa aplicación.

Lo que en el fondo hace el TC –y así lo manifiesta explícitamente–, es aplicar la doctrina sentada por el TEDH en el c. Pla y Puncernau c. Andorra (13.VII.2004) en el que en un supuesto similar, el testador había dispuesto la sucesión sólo a favor de la descendencia procedente de un “matrimonio legítimo y canónico”. Se considera que esta voluntad, aun pudiendo ser discriminatoria, está dentro de las facultades que asisten al que otorga testamento, justificando la revocación de todas las sentencias anteriores en base a que la discriminación no justificable es la que cometen los órganos jurisdiccionales al aplicar este tipo de disposiciones testamentarias.

Sentencia, pues, que además de polémica desde el punto técnico pone sobre el tapete del jurista la libertad dispositiva de los testadores cuando establecen cláusulas que suponen discriminaciones por motivos de conciencia, éticos o religiosos. ¿Tienen competencia los jueces para anular esa voluntad? ¿Pueden aplicar los preceptos constitucionales a casos enteramente sometidos a una regulación jurídica preconstitucional? A mi juicio estas dos cuestiones no están del todo correctamente resueltas en la sentencia comentada.

### 3. IGUALDAD DE TRATO FRENTE A LAS PRESTACIONES SOCIALES EN FUNCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES

Otra cuestión de interés, aunque sea igualmente tangencial respecto del ámbito material de conocimiento objeto de nuestra disciplina, la plantea la STC 22/2010, de 27 de abril (Sala Segunda)<sup>2</sup>.

Este caso trata de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que conocía de la causa en un recurso de suplicación al que la viuda accedía después de haber visto desestimadas sus pretensiones en todas las instancias anteriores. El objeto del pleito fue la anulación de una pensión de viudedad a una mujer que, tras divorciarse en 1984, quedó viuda al año siguiente. El INSS le había reconocido la pensión de viudedad hasta que se la denegó por convivir *more uxorio* con otro hombre. La razón legal hay que buscarla en el apartado 3 del art. 174 de la LGSS en su redacción dada por el RDL 1/1994, en relación con lo dispuesto en el art. 101 del Código civil.

La cuestión se plantea por presunta infracción del artículo 14 de la Constitución al dispensarse un trato de desfavor en el caso del cónyuge viudo previamente separado, divorciado o cuando su matrimonio hubiera sido declarado nulo (“anulado” dice de modo incorrecto la Sentencia). En un caso no se pierde el derecho a la pensión (si no ha habido ruptura matrimonial previa al fallecimiento) cuando posteriormente se convive maritalmente con un tercero y en otro sí, si se ha producido dicha ruptura.

El Tribunal considera que la convivencia marital extramatrimonial es un “hecho lícito” del que no pueden derivarse consecuencias económicas perjudiciales para quienes optan por ello, y que tampoco hay causa que justifique un trato desigual para quienes quedan viudos en función de si ha habido previamente separación, divorcio o nulidad respecto de los que no han tramitado procedimientos judiciales de este tipo. Así, manteniendo su propia doctrina, sentada en la S. 125/2003, el Constitucional deroga el inciso correspondiente del artículo invocado admitiendo la cuestión planteada. Debemos tener en cuenta que no se corresponde exactamente con la cuestión suscitada en esa otra sentencia anterior porque, aun habiendo identidad material, lo que se planteaba en el procedimiento que dio lugar a la Sentencia del 2003 fue la constitucionalidad de la norma 5ª de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981 (que el art. 34 de la Ley 24/2001 modificó).

### 4. APLICACIÓN DE LA PENA DE ALEJAMIENTO EN CONTRA DE LA VOLUNTAD DE LA VÍCTIMA

Otra de las cuestiones tangenciales a las que ha prestado atención el Tribunal Constitucional es la constitucionalidad del art. 57.2 del Código Penal en relación con el art. 48.2 del mismo Cuerpo legal por presunta infracción de los arts. 1.1; 10.1; 18.1; 19.1; 24.2; 25.1; 32; 35; 39.1 –entre otros–, de la Constitución.

<sup>2</sup> B.O.E. n. 129, de 27 de mayo de 1010.

El tema es de interés porque se trata de la aplicación *a fortiori* de la pena de alejamiento cuando se producen malos tratos o cualquier otro tipo penal al que va acompañada esta accesoria. La cuestión se complica en aquellos casos en que la víctima del delito, que suele ser la esposa o pareja en una relación sentimental, pretende dejar sin efecto la sanción impuesta porque entiende que, para ella y/o para sus hijos, le causa un perjuicio grave: el hecho de que se produzca un alejamiento dificulta el régimen de visitas, la presencia del condenado en las fiestas familiares (cumpleaños, Navidad...), dificultando asimismo la normalización de las deterioradas relaciones familiares.

La primera de las Sentencias pronunciadas sobre el particular es la 60/2010, de 7 de octubre<sup>3</sup>, a la que siguieron otras que se limitaron a secundar la doctrina sentada en la citada, como son las SS número 84; 115; 116 y 117/2010.

Pero es en la primera en donde el Tribunal realiza un amplio y tal vez farragoso razonamiento para concluir al final que por ningún motivo de los numerosos alegados por la Sala de la Audiencia Provincial de Las Palmas (como tampoco por lo alegado por el resto de Juzgados y Tribunales que de igual modo plantearon cuestión de inconstitucionalidad contra el mismo precepto penal) el artículo citado infringe en forma alguna los preceptos constitucionales reseñados.

Básicamente, la argumentación del Tribunal que interpuso la cuestión se recoge en el extracto que a continuación –por su interés– se transcribe:

“a) Por un lado, la duda sobre la constitucionalidad del art. 57.2 CP formulada en el Auto de planteamiento se refiere a la imposición obligatoria –la expresión “en todo caso”– de la pena de prohibición de aproximación a la víctima –también denominada en el lenguaje forense “pena de alejamiento”– y de suspensión del régimen de visitas respecto de los hijos comunes menores, sin atender a los presupuestos de gravedad y peligrosidad establecidos como criterio general en el art. 57.1 CP, prescindiendo de la solicitud o deseo de la víctima y demás familiares, y con independencia de la existencia de una amenaza real o potencial a su integridad. El precepto cuestionado, tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, habría convertido una pena de aplicación potestativa, cuya imposición se hacía depender de un juicio de pronóstico sobre la reiteración delictiva efectuado a partir de la gravedad del hecho o de la peligrosidad del autor, en una pena de imposición forzosa, puesto que obliga al Juez o Tribunal a acordarla “en todo caso” si la condena lo es por alguno de los delitos mencionados en el art. 57.1 CP y el sujeto pasivo del mismo es una de las personas descritas en el art. 57.2 CP, con abstracción, pues, de la mayor o menor entidad de los hechos o del peligro que represente el delincuente y, además, sin tener en consideración la voluntad de los afectados.

A pesar de que el núcleo de la duda de inconstitucionalidad se refiere al inciso “en todo caso”, la impugnación ha de entenderse referida al precepto en su conjunto, puesto que el art. 57.2 CP establece una regla particular para determinados supuestos en la que la especialidad se limita a configurar como obligatorio lo que el art. 57.1 CP contempla como facultativo, de tal modo que si el inciso controvertido se

<sup>3</sup> B.O.E. n. 262, de 29 de octubre de 2010.

declarase inconstitucional el art. 57.2 CP quedaría privado de contenido por entero. b) Por otro lado, la duda de constitucionalidad del art. 57.2 CP descansa sobre las cuatro alegaciones siguientes. En primer lugar, la Sala estima que el precepto cuestionado infringe el principio de personalidad de las penas (art. 25.1 CE). La imposición del alejamiento en contra de la voluntad de la víctima supondría la aplicación de una pena a quien no ha cometido ilícito penal alguno, puesto que, dada su inescindible bilateralidad, se haría imposible la efectividad del alejamiento sin afectar a la libre determinación de la víctima.

En segundo término, la imposición forzosa de la pena de alejamiento lesionaría el derecho de la víctima a no padecer indefensión (art. 24.1 CE), puesto que se le impondría una medida que indefectiblemente le afecta sin haber sido oída, sin haber participado en el proceso, e, incluso, con independencia de su eventual participación, ya que el órgano judicial estaría obligado a aplicarla por encima de las razones que la víctima hubiera podido exponer.

En tercer lugar, la Sala aduce que el art. 57.2 CP vulnera el principio de proporcionalidad de las penas (art. 25.1 CE en relación con el art. 9.3 CE). La pena de alejamiento, en la forma en que es regulada en el art. 57.2 CP, sería innecesaria puesto que las funciones de esta pena serían las que justifican la imposición de las penas principales previstas para cada uno de los distintos delitos y, además, el art. 57.1 CP permite ya a los Tribunales aplicar la pena si lo consideran conveniente para proteger a la víctima, incluso contra su propia opinión, en atención a la gravedad del hecho y al pronóstico de reincidencia; sería, además, inidónea porque la prohibición de acercamiento sólo tendría sentido si se vincula a fines preventivo-especiales y cautelares de protección, por lo que su aplicación automática, al margen del peligro y de la necesidad de proteger a la víctima, le privaría de explicación racional y la convertiría en arbitraria; y también sería, finalmente, desproporcionada en cuanto su imposición forzosa impediría al juez ejercer su función básica de determinar y adecuar la pena a las condiciones del hecho castigado y a la efectiva protección de la víctima. Todo ello haría, en fin, del art. 57.2 CP una norma penal desproporcionada y, por tanto, arbitraria (art. 25.1 CE en relación con el art. 9.3 CE).

Finalmente, el precepto cuestionado afectaría a la libertad de elegir residencia y circular libremente por el territorio nacional (art. 19.1 CE), produciendo también una vulneración del art. 18.1, en relación con los arts. 10 y 1.1 CE, ya que la imposición obligatoria del alejamiento tendría una directa incidencia en el derecho a la intimidad familiar que, como consecuencia y derivado del derecho al desarrollo de la personalidad, supone una manifestación de la autodeterminación personal que no puede ser invadida por los poderes públicos salvo en los supuestos estrictamente necesarios para la preservación de otros valores superiores, siendo así que en este caso el precepto impone el alejamiento sin tener en cuenta ni el tipo de delito, ni su gravedad, ni su influencia en las relaciones de convivencia, ni la peligrosidad del condenado y sin posibilidad de ponderar la opinión de la víctima y el juicio que le merezca al Tribunal sentenciador.

4. La Sala imputa al art. 57.2 CP, en primer lugar, la infracción del principio de personalidad de la pena (art. 25.1 CE), al imponerse a la víctima una sanción penal sin haber cometido hecho punible alguno.”

Pues bien, prescindiendo de todo lo referente a cuestiones penales y a algunos aspectos propiamente constitucionales, lo que importa al caso que nos ocupa es que los derechos inherentes a la patria potestad, al libre desarrollo de la personalidad de los hijos menores, a la libertad del individuo y de las personas que conforman su entorno familiar más próximo, como son el cónyuge o figuras asimiladas y los hijos, con independencia por tanto de las creencias que tengan la víctima y ese grupo de personas que conforman la unidad familiar, así como con independencia de los intereses y de la voluntad de los propios perjudicados, la ley y quienes la aplican imponen las penas al margen de esos intereses y de esa voluntad, poniendo en jaque no sólo aludidos principios como el de legalidad o proporcionalidad de las penas sino la propia conciliación familiar, perjudicando a quienes son las víctimas del delito, incluso cuando las dos partes que forman o formaban la pareja trabajan en la misma empresa o mantienen entre ellos relaciones de dependencia laboral.

Aunque la situación no es idéntica, el TEDH resolvió en el c. Sabou y Picarlab c. Rumanía (S. 28.IX.2004) la violación del art. 8 del Convenio por establecer el régimen penal de dicho país como pena accesoria la supresión de la patria potestad al progenitor condenado a pena de privación de libertad. Ciertamente no existe identidad de casos pero lo cierto es que los bienes jurídicamente tutelados son los mismos. Nuestro Tribunal, pese a que menciona esta Sentencia, elude su aplicación al caso, lo que nos lleva a recordar el conocido principio jurídico que reza *summum ius, summa iniuria*.

## 5. ESCOLARIZACIÓN OBLIGATORIA DE LOS MENORES DE EDAD

Mayor enjundia encierra la Sentencia 133/2010, de 2 de diciembre<sup>4</sup>, dictada por la Sala Primera.

Se trata de un recurso de amparo interpuesto por dos matrimonios obligados judicialmente a instancia del Ministerio Público a escolarizar de modo inmediato a sus hijos menores, cuyas edades se encontraban entre los 6 y los 16 años, período en el cual la enseñanza en nuestro país es obligatoria.

Invocando la Disposición Adicional Primera de la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y en aplicación del art. 27 de la Constitución, así como del art. 9 de la L.O.C.E. (hoy art. 4.2 de la L.O.E.), y el art. 154 del Código Civil, inició expediente de jurisdicción voluntaria para que el Juez dispusiera la escolarización inmediata de los hijos.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Coín como la Audiencia Provincial de Málaga<sup>5</sup> obligaron a los padres a escolarizar a sus hijos, dado que el primero admi-

<sup>4</sup> B.O.E. n. 4, de 5 de enero de 2011.

<sup>5</sup> SS. De 5 de mayo de 2003 y 6 de junio de 2005 respectivamente.

tió por un lado la pretensión del Fiscal y, por otro, la Audiencia desestimó el recurso con lo que, agotada la vía ordinaria, los padres recurrieron de amparo.

Los argumentos que los padres esgrimieron a lo largo de todo el periplo procesal fueron, sustancialmente los que a continuación se transcriben por su evidente interés:

“ 1) Sus hijos reciben educación en su propio domicilio: hablan cinco idiomas y reciben clases de música, matemáticas, ciencias y lengua, así como una educación ética bastante completa; 2) la educación que reciben es más adecuada que la que se imparte en los centros públicos o privados en un aula de 30 ó 40 alumnos; 3) no se está causando a los menores ningún perjuicio, pues reciben educación y no se han detectado por los profesionales de los servicios sociales problemas sociofamiliares; 4) lo que el Ministerio Fiscal plantea subrepticamente no es el incumplimiento de las obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad recogidas en el art. 154 CC, sino la escolarización obligatoria; 5) la Constitución de 1978 no protege la obligatoriedad de la escolarización, sino el derecho a la educación dentro de unos valores constitucionales y no puede confundirse la educación con la escolarización, ya que lo uno no implica lo otro; 6) como jurisprudencia que sostiene su posición invocan la STC 5/1981, de 13 de febrero, y la Sentencia núm. 1669/1994 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 1994, pues, a su parecer, ambas no excluyen los modelos de enseñanza que se desarrollen en el núcleo familiar.”

Sin embargo, se desestimaron sus planteamientos en base sobre todo a que la obligatoriedad de la enseñanza en dicha etapa procura no sólo la formación intelectual sino también facilitar el “acceso a la Universidad”, evitar la “exclusión social” y “la falta de integración”; es decir, el titular del derecho a la educación obligatoria es el menor, no el progenitor y, por tanto, en las capacidades de éste no se incluye escolarizar o no escolarizar al hijo sino sólo algunos aspectos sobre los que volveré al analizar la doctrina que sienta el TC.

Se introdujo un tema interesante que quedó sin resolver por razones formales. Uno al menos de los cuatro recurrentes era extranjero y alegó acogerse al Derecho patrio, que le reconocía la facultad de optar por la enseñanza domiciliaria pero el TC, fiel a su espíritu formalista, inadmitió el alegato sin entrar en su análisis por haberlo introducido extemporáneamente, si bien esta cuestión se abordó en otra Resolución –como luego veremos– con efectos desestimatorios en base a que la normativa constitucional vincula a todos, nacionales y extranjeros.

El TC, sin hacer mención alguna a su propia Sentencia (la 260/1994, dictada para un grupo de padres presuntamente pertenecientes a la organización “Niños de Dios”) ni, tampoco, a la también invocada Sentencia 1669/94, de 30 de octubre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sostiene que la enseñanza obligatoria no impide que los padres, fuera del horario escolar y durante los fines de semana eduquen a sus hijos libremente, y que los derechos que dimanen del art. 27 de la Constitución incluyen, además, la elección de centro docente para adaptar dicha educación a sus valores religiosos y morales.

Pero no jugaban aquí las creencias religiosas del art. 16 de la Constitución ni, tampoco, motivos filosóficos, sino la oposición a un sistema que consideran los recurrentes como fracasado, tanto en la escuela pública como en la privada, y es por razones pedagógicas por lo que se oponen a inmergir a sus hijos en dicho sistema.

En una pirueta hermenéutica del art. 26 de la DUDH y, sobre todo, del art. 14 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuyo texto se reconoce expresamente el derecho de los padres a elegir para sus hijos una educación conforme a sus convicciones “religiosas, filosóficas y pedagógicas”, elimina el TC la libertad pedagógica del ámbito jurídico que asiste a los progenitores privándoles del derecho que la doctrina extranjera denomina *home schooling* para, aun con un seguimiento de los contenidos formativos y de la evolución de los muchachos, negar tal posibilidad a los que habitan tierra patria sobre la base de que esta cuestión está sometida al Derecho de cada país, conforme a la doctrina sentada en la Sentencia del TEDH c. Konrad v. Alemania (Decisión de Admisibilidad de 11 de septiembre de 2006. Núm. 35504-2003), que deja a los Estados miembros libertad para regular la materia.

Nuestro Tribunal, en un intento que pretende cercenar una posible acción judicial basada en la libertad religiosa, elabora en el fundamento jurídico séptimo un *obiter dicta* que niega tal derecho de los padres aun en el hipotético caso de que sean motivos morales o religiosos los que les lleven a optar por un sistema educativo particularizado al margen del establecido por el Estado, obviando las enormes deficiencias que éste implica y los graves problemas de todo orden que genera para las nuevas generaciones de estudiantes. En definitiva, lo que en el fondo hace el TC es “sacralizar” el modelo público de enseñanza (sin perjuicio de que pueda desarrollarse en centros privados homologados), cercenando los derechos de los progenitores y restringiendo la posibilidad que tenemos todos (incluso las instituciones laicas) para proponer sistemas educativos alternativos que procuren combatir los inconvenientes del modelo público de enseñanza sin atentar para nada contra los ideales del Estado en torno a la educación para la convivencia, el pluralismo, el respeto a los derechos humanos y la asunción de los principios y valores democráticos.

Curiosamente, este tema fue abordado previamente por el propio Tribunal Constitucional y, también, por el Tribunal Supremo en causa que no tiene relación con la anterior. Comenzaré por la segunda.

Con fecha 30 de octubre de 1994, la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó sentencia<sup>6</sup> por la que se resolvía un recurso de casación, en la que se declaraba no haber lugar al recurso interpuesto contra otra de la Audiencia Provincial de Barcelona, por la que se absolvía a una serie de personas de determinados delitos, uno de ellos relacionado con la no escolarización de los hijos menores de los encausados, al dispensarles una formación docente en un centro fundado al margen de la normativa del Estado. Para el Ministerio Fiscal constituía delito tipificado en el art. 177 del Código Penal la fundación de establecimientos de enseñanza que por su objeto y circunstancias sean contrarios a las leyes, lo que a juicio del Tribunal sentenciador no es el caso, y se basa

<sup>6</sup> N. 1669/1994.

precisamente en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (5/1981, de 13 de febrero) en la que se declara que “la libertad de creación de centros docentes incluye la posibilidad de crear instituciones docentes o educativas que se sitúen fuera del ámbito de las enseñanzas regladas”; en tales casos la acción educativa estará limitada “por el respeto a los derechos fundamentales y por la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia”<sup>7</sup>.

En esta resolución, la Sala declara expresamente que “el derecho fundamental a la educación compromete a los poderes públicos en la tarea de colaborar y ayudar a su efectiva realización pero no se interfiere necesariamente en el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, sin que las vías establecidas por el Estado sean exclusivas o excluyentes, de manera que no cabe descartar los modelos educativos basados en la enseñanza en el propio domicilio siempre que se satisfaga con ella la necesaria formación de los menores”<sup>8</sup>, remitiendo al orden civil las cuestiones suscitables en esta materia cuando el Ministerio Público considere que no se satisfacen estos mínimos constitucionales.

Otra Sentencia del mismo año, sólo que dictada por el Tribunal Constitucional, la 260/1994, de 3 de octubre, abordaba la misma materia y en relación con la misma presunta organización, aunque no desde una perspectiva penal sino administrativa.

En el supuesto enjuiciado, el recurrente en amparo era la Generalidad catalana, quien impugnaba unos Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona<sup>9</sup>, los cuales habían admitido los recursos de una serie de padres y madres expedientados por la Administración regional a fin de privarles de la tutela de sus hijos para garantizar su educación en centros debidamente homologados.

En el presente caso se trataba de expedientes de jurisdicción voluntaria iniciados tras Resoluciones de la Dirección General de Atención a la Infancia perteneciente a la citada Autonomía, y que habían dado lugar a Autos estimatorios pronunciados por los Juzgados de Primera Instancia en base a los arts. 172 y ss. del Código civil y 154.1 del mismo Cuerpo legal en relación al D. 332/1988, de 21 de noviembre, sobre Reasignación de Competencias en materia de Protección de Menores y el posterior D. 380/1988, de 1 de diciembre, por el que se amplían dichas competencias y se estructura la Dirección General citada.

A juicio de los padres, las libertades fundamentales que la Constitución les garantiza en materia de educación y enseñanza les permite optar por un modelo particular que refuerza los lazos parentales, familiares y comunales, sin que el Estado pueda imponer un modelo de enseñanza. Alegaban a estos efectos el art. 16 de la Constitución invocando la libertad religiosa dado que una parte importante de dicha educación tenía como fuente la Biblia y porque se amparaban en dicha libertad para elegir la metodología educativa que querían para sus hijos.

El objeto, por tanto, de la litis, era exactamente el mismo: el pretendido derecho

<sup>7</sup> F.J. Cuarto, apartado 2, quinto párrafo.

<sup>8</sup> F.J. Cuarto, apartado 4.

<sup>9</sup> De 21 de mayo de 1992.

de los padres a elegir el tipo de educación de sus hijos frente a las pretensiones de la Administración pública autonómica para la cual esa modalidad suponía una privación del derecho a la educación integral, lo que justificaba la acción protectora de la Generalidad.

En este caso el Ministerio Fiscal solicitó la inadmisión de los recursos de amparo presentados por la Administración, toda vez que para optar por una decisión contraria sería preciso probar que los menores no reciben una educación que “tienda al pleno desarrollo de la personalidad humana de acuerdo con las propias convicciones de los padres en materia religiosa y moral”<sup>10</sup>, interpretando el art. 27 de nuestra Carta Magna en el sentido de obligar al Estado a proporcionar esa enseñanza básica y gratuita, pero que ese deber prestacional no significa que las vías que establezca el propio Estado sean “exclusivas o excluyentes, de manera que, caso de no seguirse la vía estatal, no por eso cabe afirmar que se vulnera ese derecho”<sup>11</sup>.

El Tribunal Constitucional, haciéndose eco de tales criterios, desestimó el recurso, dando la razón a los padres.

Como vemos, la doctrina sentada en la Sentencia que ahora cumple quince años se ve frontalmente refutada por otra sobre igual materia dictada por el mismo órgano jurisdiccional sin que la segunda haga mención alguna a la primera ni justifique en modo alguno el cambio de criterio hermenéutico. El tema adquiere un particular relieve porque es doctrina reiteradísima y conteste del propio Tribunal Constitucional que los jueces, magistrados y Tribunales no están sometidos intemporalmente a sus propios precedentes jurisprudenciales, pudiendo cambiar de doctrina, pero a condición de que sea por razones objetivas y mediante las correspondiente argumentación<sup>12</sup>.

Y no sólo llama la atención el cambio de criterio de los jueces sino también el del Ministerio Público, lo que pone una vez más en tela de juicio aspectos fundamentales concernientes al Estado de Derecho, especialmente en lo relativo al principio de seguridad jurídica y a los derechos fundamentales a la igualdad de trato y a la tutela judicial efectiva, obligando a formular una serie de preguntas en torno al procedimiento de elección de los magistrados y a su excesiva ideologización.

## 6. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Estas reflexiones pueden servir también en relación al Auto de no suspensión de la Ley Orgánica reguladora del aborto<sup>13</sup>, con el que quiero terminar el recorrido. Como es bien sabido, se trata de una Ley promulgada e impugnada en el año 2010 por presunta inconstitucionalidad de una parte importante de su articulado.

<sup>10</sup> De los Antecedentes, punto 4, párrafo segundo in fine.

<sup>11</sup> De los Antecedentes, punto 8, párrafo segundo.

<sup>12</sup> A título ejemplificativo, sirvan de cita las SSTC nn. 8/1981, de 30 de marzo; 63/1984, de 21 de mayo; 64/1984, de igual fecha que la anterior; 49/1985, de 28 de marzo; 52/1986, de 30 de abril o la 108/1988, de 8 de junio.

<sup>13</sup> L.O. 2/2010, de 3 de marzo, B.O.E. n. 55, de 4 de marzo de 2010.

Sin entrar en valoraciones acerca de la pertinencia de establecer tal derecho, hay aspectos estrictamente jurídicos que no es posible obviar. Uno de ellos es que el reconocimiento del derecho se extienda a mujeres que no han alcanzado la mayoría de edad<sup>14</sup>, pero hay otros aspectos de gran enjundia como es la calificación de “fundamental” que el legislador orgánico hace del derecho a la práctica de abortos por parte de la mujer embarazada<sup>15</sup> y, por el contrario, de la negación del carácter de “fundamental” que se hace del derecho a la objeción de conciencia del personal sanitario<sup>16</sup>. Existen otras prescripciones de dudosa pertinencia y escasa claridad, como es la restricción de dicho derecho a quienes no sean profesionales sanitarios directamente relacionados con las prácticas abortivas<sup>17</sup>, la imposición de la enseñanza-aprendizaje en el sistema universitario<sup>18</sup>, la inclusión obligatoria en el sistema educativo “como parte del desarrollo integral de la personalidad humana y de la formación en valores”<sup>19</sup>, o la imposición de obligaciones sanitarias a los médicos aun en el caso de que sean objetos<sup>20</sup>, pero esta sede no es la adecuada para hacer un análisis jurídico de dichas estipulaciones; baste con poner en evidencia la gravedad de los tres aspectos antes citados a los fines de entender la importancia que *a priori* tiene el recurso de inconstitucionalidad y, por ende, la solicitud de suspensión de la Ley. Dicho de otro modo, no suspenderla supone el ejercicio de un derecho por parte de menores sin necesidad de que ratifiquen sus decisiones quienes son titulares de la patria potestad y, además, la posible impertinencia jurídica de calificar expresamente de “fundamental” ese derecho a la vez que implícitamente se niega tal condición al que asiste a los profesionales de la salud, lo que genera, entretanto se resuelve el recurso, un maremagno de situaciones conflictivas y un importante sustrato fáctico especialmente proclive a la inseguridad jurídica.

Pues bien, el Pleno decretó la no suspensión de la Ley en Auto n° 90/2010, de 14 de julio, en base a la presunción de legitimidad de la que gozan todas las disposiciones aprobadas por el Parlamento y a la aplicación de la Ley reguladora de este tipo de recursos, sin atender a las circunstancias excepcionales que, a juicio de los Diputados del Partido Popular que interpusieron el recurso, justificaban tal medida, como así lo entendieron los cinco Magistrados que interpusieron –frente al sentir mayoritario– sus votos particulares.

En suma, escaso bagaje el ofrecido por nuestro más alto Tribunal, en el que abundan las decisiones discutibles y con las que vienen a consolidarse algunos de los postulados dogmáticos que paradójicamente caracterizan nuestro sistema democrático.

---

<sup>14</sup> Art. 13, cuarto.

<sup>15</sup> Art. 12.

<sup>16</sup> Disposición final tercera.

<sup>17</sup> Art. 19. 2, párrafo segundo.

<sup>18</sup> Art. 8.

<sup>19</sup> Art. 9.

<sup>20</sup> Art. 19. 2, párrafo segundo, inciso final.