

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

27142 *Pleno. Auto 126/2024, de 19 de noviembre de 2024. Recurso de inconstitucionalidad 4925-2024. Mantiene parcialmente la suspensión en el recurso de inconstitucionalidad 4925-2024, interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con varios apartados del artículo único de la Ley de la Asamblea de Madrid 17/2023, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad de Madrid. Voto particular.*

ECLI:ES:TC:2024:126A

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente, y las magistradas y magistrados doña Inmaculada Montalbán Huertas, don Ricardo Enríquez Sancho, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don César Tolosa Tribiño, don Juan Carlos Campo Moreno, doña Laura Díez Bueso y don José María Macías Castaño, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4925-2024, interpuesto por el presidente del Gobierno, en relación con varios apartados del artículo único de la Ley de la Asamblea de Madrid 17/2023, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad de Madrid, ha dictado, con ponencia del magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla, el siguiente

AUTO

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en el Tribunal Constitucional el 26 de junio de 2024, el abogado del Estado, en representación del presidente del Gobierno, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los apartados 11, 12, 15, 17 y 22 *bis* del artículo único de la Ley de la Asamblea de Madrid 17/2023, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad de Madrid, en cuanto dan redacción a los artículos 13.3, 14.2 b), 23.1 f), 30.5 y 47 d) de esta ley. La Ley 17/2023, de 27 de diciembre, fue publicada en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid» núm. 309, de 29 de diciembre de 2023. En concreto se impugnan determinados incisos de la nueva redacción de los artículos 13.3, 14.2 b), 23.1 f) y 30.5 de la Ley de la Asamblea de Madrid 2/2016 y la nueva redacción de la letra d) del artículo 47 de esta misma ley.

El abogado del Estado invocó los artículos 161.2 CE y 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), a fin de que se produjese la suspensión de los preceptos de la ley autonómica que impugna.

2. Por providencia de 16 de julio de 2024, el Pleno del Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad, dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme establece el artículo 34 LOTIC, al Congreso de los Diputados y al Senado, así como a la Asamblea de Madrid y al Gobierno de la Comunidad de Madrid, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. Asimismo, acordó tener por invocado el artículo 161.2 CE, lo que, conforme dispone el artículo 30 LOTIC, produce la suspensión de la vigencia y aplicación del precepto legal impugnado desde la fecha de interposición

del recurso para las partes del proceso y desde el día en que aparezca publicada la suspensión en el «Boletín Oficial del Estado» para los terceros. Por último, también ordenó publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid».

3. Por escrito registrado en este tribunal el 24 de julio de 2024, el letrado de la Comunidad de Madrid, en la representación que legalmente ostenta del Gobierno de la Comunidad de Madrid, compareció en el proceso y solicitó que se le concediese prórroga del plazo para formular alegaciones por ocho días más.

Mediante diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia del Pleno del Tribunal de 29 de julio de 2024 se tuvo por personada a la letrada de la Comunidad de Madrid y se accedió a su petición, prorrogándose por ocho días más el plazo de alegaciones conferido.

4. Por escritos registrados en este tribunal el 26 de julio y el 5 de septiembre de 2024, respectivamente, la presidenta del Congreso de los Diputados y el presidente del Senado comunicaron el acuerdo de las mesas de sus respectivas cámaras de personarse en el proceso, ofreciendo su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

5. Por escrito registrado en este tribunal el 10 de septiembre de 2024, el letrado de la Asamblea de Madrid, en la representación que legalmente ostenta de esta Cámara, compareció en el proceso y formuló alegaciones, interesando la desestimación del recurso de inconstitucionalidad.

6. Mediante escrito registrado en este tribunal el 22 de septiembre de 2024, el letrado de la Comunidad de Madrid procedió a formular alegaciones en el presente recurso de inconstitucionalidad, interesando su desestimación. Mediante otrosí, solicitó la apertura del incidente de audiencia a las partes sobre el levantamiento anticipado de la suspensión de los preceptos legales impugnados, invocando la doctrina constitucional al efecto (AATC 183/2011, de 14 de diciembre, y 147/2012, de 16 de julio, y la doctrina allí citada).

7. Por diligencia de ordenación del secretario de justicia del Pleno del Tribunal de 23 de septiembre de 2024, se acordó oír a las partes personadas para que en el plazo de cinco días expusieran lo que considerasen conveniente acerca del mantenimiento o levantamiento de la suspensión de los preceptos impugnados en este recurso de inconstitucionalidad, conforme a lo previsto en el artículo 161.2 CE.

8. El letrado de la Comunidad de Madrid, mediante escrito registrado en este tribunal el 1 de octubre de 2024, interesó el levantamiento de la suspensión de los preceptos impugnados, con fundamento en las alegaciones que seguidamente se resumen.

Señala que, conforme a reiterada doctrina constitucional (cita, entre otros, los AATC 114/2014, de 8 de abril; 90/2016, de 26 de abril; 158/2016, de 20 de septiembre, y 37/2024, de 23 de abril), los criterios o parámetros que se deben valorar en el presente incidente cautelar son los daños y perjuicios de imposible o difícil reparación que el levantamiento de la suspensión podría acarrear y la ponderación de los intereses tanto generales o públicos como particulares o privados en conflicto, sin entrar en el fondo de las cuestiones planteadas, y prevaleciendo siempre la presunción de constitucionalidad de la ley impugnada, en tanto que es producto del Poder Legislativo autonómico y por tanto deriva de la soberanía popular.

A partir de esa doctrina aduce, en primer lugar, que las presuntas vulneraciones de carácter competencial alegadas por el abogado del Estado en su recurso (artículo 149.1, apartados 1, 6, 16 y 18 CE) no se pueden tener en cuenta en el presente incidente cautelar sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión de los preceptos legales impugnados, debiendo recordarse que cuando la justificación del mantenimiento

de la suspensión se basa exclusivamente en motivos competenciales, de uniformidad de régimen jurídico o de daños a la seguridad jurídica por la duplicidad de normativas, lo que procede es el levantamiento de la suspensión (entre otros, AATC 131/2017, de 3 de octubre; 30/2018, de 20 de marzo, y 35/2018 y 36/2018, de 21 de marzo).

En segundo lugar, que el presente recurso supone un conflicto entre derechos, libertades y bienes jurídicos al menos de idéntico rango constitucional e igualmente merecedores de la máxima protección y tutela por parte de los poderes públicos: por un lado, el abogado del Estado invoca esencialmente el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y el derecho fundamental a la igualdad y a no padecer discriminación de las personas transexuales en general (arts. 10.1 y 14 CE); por otro, la Comunidad de Madrid invoca esos mismos derechos fundamentales, junto con los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la seguridad (art. 17.1 CE), a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y a la protección de la salud (art. 43 CE), pero específicamente en relación con los menores de edad transexuales, las niñas y mujeres en general y los colectivos en situación de especial vulnerabilidad (así, art. 30.5 de la Ley de la Asamblea de Madrid 2/2016). Para legislar al respecto está legitimada la Comunidad de Madrid en virtud de las previsiones de su Estatuto de Autonomía (EAM).

Pues bien, dado que los posibles perjuicios que podrían irrogarse a estos colectivos específicos merecedores de la máxima protección (menores de edad transexuales, niñas y mujeres y otras personas en situación de vulnerabilidad) en caso de mantenimiento de la suspensión de los preceptos impugnados serían irreparables, ha de concluirse que, al menos provisionalmente mientras se tramita el presente recurso de inconstitucionalidad, deben prevalecer estos derechos e intereses específicos, al afectar a personas menores de edad. A mayor abundamiento, mientras dure la tramitación del presente proceso constitucional, tanto las personas transexuales en general como los colectivos específicos que son objeto de protección por parte de la ley impugnada gozan en todo caso de las máximas garantías de defensa de sus derechos e intereses, puesto que los preceptos impugnados no impiden, prohíben ni excluyen el ejercicio por parte de cualquier persona transexual que se sienta discriminada u ofendida de las acciones legales que considere oportunas para reclamar que cese la actuación sanitaria o administrativa que considere discriminatoria. Es decir, el levantamiento de la suspensión y la consiguiente restauración de la vigencia de los preceptos impugnados no perjudicaría en absoluto al derecho de los interesados de reclamar, recurrir, denunciar o demandar la tutela de sus derechos e intereses (incluso de forma cautelar), tanto en vía administrativa como judicial.

Descendiendo al detalle de cada uno de los preceptos impugnados en particular, sostiene que procede el levantamiento de la suspensión del inciso recurrido del nuevo artículo 13.3 de la Ley 2/2016, ya que no se advierte ninguna clase de perjuicio para las personas transexuales derivado de dicho levantamiento, sino solamente beneficios para las mismas y para los profesionales sanitarios encargados de atenderlas psicológicamente. En cambio, el mantenimiento de la suspensión sí produciría manifiestos perjuicios a dichos profesionales sanitarios y, por ende, a las propias personas transexuales, los cuales podrían llegar a ser irreversibles en cuanto a su derecho a la salud.

Asimismo procede el levantamiento de la suspensión que pesa sobre el párrafo segundo del nuevo artículo 14.2 b) de la Ley 2/2016, pues las dos medidas impugnadas, consistentes en el apoyo psicológico obligatorio y el informe favorable preceptivo (este último solo en caso de comorbilidad) de los profesionales de salud mental especializados, son imprescindibles para garantizar que el personal médico especializado pueda determinar el grado de madurez y de estabilidad de la situación de transexualidad de los menores, a efectos de que estos puedan ejercer libremente su derecho a someterse a tratamiento hormonal cruzado farmacológico. Siendo estas dos medidas cuestionadas claramente beneficiosas para el interés superior de los menores de edad (criterio principal a tener en cuenta y único realmente en este caso, habida

cuenta de la inexistencia de intereses de terceros implicados, el cual además debe prevalecer en caso de que sí hubiera conflicto de intereses), es evidente que el mantenimiento de la suspensión de estas podría acarrear graves perjuicios para la salud tanto física como mental de los menores que se encuentren en esa tesitura, mientras que el levantamiento de la suspensión no les causaría perjuicio alguno de ninguna clase. A mayor abundamiento, el mantenimiento de la suspensión de las medidas recurridas podría causar graves perjuicios personales, dada la importancia y trascendencia de la decisión de someterse a tratamiento hormonal y la irreversibilidad o, en su defecto, las graves dificultades que implicaría la reversión de ese tratamiento.

En cuanto a los incisos «especialmente de las chicas» del artículo 23.1 f) y «especialmente de las niñas y mujeres» del artículo 30.5 de la Ley 2/2016, en la redacción dada por el artículo único de la Ley 17/2023, se advierte que podría haberse omitido y los dos preceptos seguirían teniendo el mismo contenido, como el propio Consejo de Estado reconoce expresamente en su dictamen sobre esta reforma legal, descartando la inconstitucionalidad de ambos incisos. Procede, en consecuencia, el levantamiento de la suspensión también en este punto.

En fin, en cuanto a la nueva letra d) del artículo 47 de la Ley 2/2016 se interesa el levantamiento de la suspensión, aunque solo en lo relativo a los procedimientos administrativos sancionadores, por entender que puede interpretarse de manera conforme con el artículo 4.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y con el artículo 31.2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y por tanto con el artículo 149.1.18 CE, en el sentido de que el precepto impugnado se limita a ratificar la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se cita, aclarando que las asociaciones, entidades y organizaciones representativas de los colectivos LGTBI y aquellas que tengan por objeto la defensa y promoción de derechos humanos no tienen, por el mero hecho de ser tales, la condición de interesado en los procedimientos administrativos sancionadores de manera general y automática por ministerio de la ley, sin perjuicio de que, de manera concreta y específica en cada supuesto, se les pueda reconocer dicha condición, previa justificación y acreditación ante el órgano instructor del expediente sancionador del derecho o interés cualificado que les legitima para actuar en dicho procedimiento, ya sea en defensa del interés individual o del interés colectivo.

9. El letrado de la Asamblea de Madrid, mediante escrito registrado en este tribunal el 1 de octubre de 2024, interesó el levantamiento de la suspensión de los preceptos impugnados, con fundamento en las alegaciones que seguidamente se resumen.

Tras recordar la doctrina constitucional relativa a los criterios o parámetros que se deben valorar en el incidente cautelar de levantamiento o mantenimiento de la suspensión de las leyes autonómicas impugnadas en un recurso de inconstitucionalidad y el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, sostiene que la ponderación de intereses en presencia conduce a la conclusión de que el levantamiento de la suspensión de los preceptos impugnados en el presente recurso no provoca perjuicios de imposible o difícil reparación para el interés general y público y tampoco para el interés particular de terceras personas afectadas.

Por lo que atañe al inciso recurrido del nuevo artículo 13.3 de la Ley 2/2016, procede el levantamiento de la suspensión ya que en caso de mantenerse la suspensión se produciría una lesión palmaria en el interés de las personas transexuales, al privarseles del asesoramiento psicológico o de la evaluación psiquiátrica respecto al que las demás personas tienen derecho y, en particular, eliminando la posibilidad de que estas personas puedan gozar de mayor conocimiento para el ejercicio de su libertad y así tener mayores garantías médicas. El inciso impugnado se ha de reputar favorecedor de los derechos de las personas transexuales al dotarles de mayores garantías y, asimismo, minimiza el riesgo de decisiones equivocadas, en aras al libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). De ello resulta que en ningún caso el interés público puede verse lesionado a resultas del levantamiento de la suspensión de este precepto.

En cuanto al párrafo segundo del nuevo artículo 14.2 b) de la Ley 2/2016, procede igualmente el levantamiento de la suspensión, pues de mantenerse la suspensión se producirán efectos perniciosos tanto para el interés superior del menor como para el interés público, al conllevar la eliminación de las garantías establecidas por el precepto impugnado. Se privaría a los menores de la garantía del apoyo de los profesionales de salud mental infanto-juvenil y, en caso de comorbilidad, se les privaría además de la garantía de un informe favorable del profesional que esté tratando al menor en esas patologías. Pero el levantamiento de la suspensión de este precepto resulta imprescindible no solo para la salvaguarda del interés superior del menor sino, asimismo, para el interés público, por contener el precepto impugnado garantías intrínsecas a un Estado social de Derecho (arts. 1.1 y 9.2 CE), así como por la posibilidad de tener que hacer frente a reclamaciones de responsabilidad patrimonial por la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional.

En cuanto a los incisos «especialmente de las chicas» del artículo 23.1 f) y «especialmente de las niñas y mujeres» del artículo 30.5 de la Ley 2/2016, en la redacción dada por el artículo único de la Ley de la Asamblea de Madrid 17/2023, procede asimismo el alzamiento de la suspensión, pues superan el test de proporcionalidad. Se limitan a una referencia específica a las chicas, mujeres y niñas en aras a la salvaguarda de sus derechos.

Por último, con el levantamiento de la suspensión de la vigencia y aplicación de la nueva letra d) del artículo 47 de la Ley 2/2016 se tutela el interés del Parlamento autonómico y, en definitiva, el interés general, toda vez que esa regulación no altera el procedimiento administrativo común, sino que la Cámara ha ejercido la libertad de configuración normativa respecto de ámbitos materiales respecto de los que se ostenta competencia (art. 26.1.23 EAM, en el marco del art. 148.1.20 CE). En todo caso, la supuesta discordancia entre el procedimiento administrativo común y la regulación contenida en el precepto impugnado no es tal en la medida en que, como se desprende de una interpretación sistemática, el régimen en materia sancionadora se ajusta a las determinaciones del procedimiento administrativo común, y con el levantamiento de la suspensión de la vigencia y aplicación del precepto impugnado se tutela el interés público derivado de permitir el despliegue de la libertad de configuración normativa del Parlamento autonómico.

10. El abogado del Estado, mediante escrito registrado en este tribunal el 2 de octubre de 2024, interesó el mantenimiento de la suspensión de parte de los preceptos impugnados, con fundamento en las alegaciones siguientes.

Tras recordar la doctrina constitucional relativa a los incidentes de suspensión de leyes autonómicas, afirma que debe mantenerse la suspensión de los preceptos impugnados que señala porque, de acuerdo con la referida doctrina y remitiéndose al informe que adjunta, emitido por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Igualdad el 22 de enero de 2024, el levantamiento de la suspensión perjudicaría gravemente los intereses de los ciudadanos afectados y por lo tanto también el interés general.

Razona al efecto que la ley autonómica impugnada exige una serie de requisitos de cara a una hipotética operación de cambio de sexo (partiendo de considerar la transexualidad como una patología) que son la previa observación de un tiempo para reflexionar y en su caso cambiar o revertir la decisión del interesado y, cuando se trate de menores de edad, la necesidad de una autorización y acompañamiento médico en determinadas fases, así como la necesidad de autorización médica para el tratamiento hormonal. Tales requisitos o condicionamientos de actuación inciden en la voluntad de la persona que accede al procedimiento de variación, que el Estado central combate y trata de eliminar de la normativa para todos, entendiendo que estamos ante exigencias constrictoras de la libertad de autodeterminación subjetiva de la persona y de su toma de decisiones personales.

Si no se mantuviese la suspensión, ello podría conllevar o abocar al hecho de que, según esa perspectiva de autodeterminación, unas personas, destinatarias de la norma, no pudieran acceder a sus pretensiones de cambio de sexo, o lo hicieran con mayor

dificultad, a diferencia de otras personas que, por residir fuera del territorio de la Comunidad de Madrid, no tendrían que cumplir los requisitos que impone la ley autonómica impugnada.

Con todo, no sería este efecto objetivo del trato desigual, pernicioso para el interés general, el principal motivo que justificaría el mantenimiento de la suspensión, pues también se perjudica el interés de las personas destinatarias de la norma dado que, al calificar la ley impugnada como una patología la decisión anticipada de cambio de sexo, los interesados sufrirían un perjuicio no exactamente económico o material, pero sí personal, creándose una situación de hecho en ese plano, aunque posteriormente este tribunal declarase inconstitucional la ley impugnada.

Por todo ello, el abogado del Estado solicita que se acuerde el mantenimiento de la suspensión de los siguientes preceptos: el inciso «y en el caso de que existiera comorbilidad será imprescindible un informe favorable del profesional que esté tratando al menor en dichas patologías», de la nueva redacción del artículo 14.2 b) de la Ley 2/2016, dada por el apartado 12 del artículo único de la Ley 17/2023; el inciso «especialmente de las chicas», de la nueva redacción del artículo 23.1 f) de la Ley 2/2016, dada por el apartado 15 del artículo único de la Ley 17/2023; el inciso «especialmente de las niñas y mujeres», de la nueva redacción del artículo 30.5 de la Ley 2/2016, dada por el apartado 17 del artículo único de la Ley 17/2023; y la letra d) de la nueva redacción del artículo 47 de la Ley 2/2016, dada por el apartado 22 bis del artículo único de la Ley 17/2023.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de esta resolución es determinar si procede mantener o levantar la suspensión de la vigencia de los preceptos legales impugnados en el presente recurso de inconstitucionalidad. Se trata de determinados incisos de la nueva redacción dada por el artículo único de la Ley de la Asamblea de Madrid 17/2023, de 27 de diciembre, a los artículos 13.3, 14.2 b), 23.1 f), 30.5 (en los concretos incisos recurridos de estos artículos) y 47 d) de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad de Madrid, que se encuentran suspendidos en su aplicación como consecuencia de la invocación del artículo 161.2 CE por el presidente del Gobierno en su escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad.

Las representaciones procesales de la Asamblea de Madrid y del Gobierno de la Comunidad de Madrid han solicitado el levantamiento de la suspensión, mientras que el abogado del Estado se opone a esta pretensión, interesando el mantenimiento de la suspensión de parte de los preceptos legales impugnados, conforme ha quedado expresado en los antecedentes de la presente resolución.

2. Sobre este tipo de incidentes de suspensión existe una consolidada doctrina constitucional según la cual, para decidir si procede o no ratificar dentro del plazo de cinco meses que establece el artículo 161.2 CE la suspensión de la ley autonómica impugnada en un recurso de inconstitucionalidad, es necesario ponderar, de un lado, los intereses que se encuentran concernidos, tanto el general y público como, en su caso, el particular o privado de las personas afectadas, y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión de la ley impugnada.

Igualmente se ha destacado reiteradamente en nuestra doctrina que esta valoración ha de efectuarse mediante el estricto examen de las situaciones de hecho creadas y al margen de la viabilidad de las pretensiones que se formulen en la demanda, de suerte que la decisión sobre el mantenimiento o el levantamiento de la suspensión de la vigencia de las disposiciones impugnadas se debe desvincular plenamente de la decisión sobre la cuestión de fondo, que deberá ventilarse mediante sentencia (por todos, AATC 12/2006, de 17 de enero, FJ 5; 18/2007, de 18 de enero, FJ 5, y 11/2018, de 7 de febrero, FJ 3). Además, el mantenimiento de la suspensión requiere que el

Gobierno de la Nación, a quien se debe la iniciativa (arts. 161.2 CE y 30 LOTC), no solo invoque la existencia de aquellos perjuicios, sino que demuestre o, al menos, razone consistentemente su procedencia y la imposible o difícil reparación de los mismos, pues debe partirse en principio de la presunción de constitucionalidad de las normas legales objeto de recurso, en cuanto expresión de la voluntad popular (entre otros muchos, AATC 355/2007, de 24 de julio, FJ 2; 225/2009, de 27 de julio, FJ 2; 44/2011, de 12 de abril, FJ 2; 86/2012, de 8 de mayo, FJ 2; 122/2015, de 7 de julio, FJ 2; 171/2016, de 6 de octubre, FJ 2; 63/2017, de 25 de abril, FJ 2, y 74/2021, de 20 de julio, FJ 2).

Existen supuestos en los que, por excepción, este tribunal ha admitido que –al margen de la valoración de los perjuicios causados por la vigencia de la disposición impugnada– el mantenimiento de la suspensión se pueda acordar con arreglo a otros criterios o consideraciones; uno de esos criterios excepcionales es el del *fumus boni iuris*. Resulta aplicable esa excepción cuando los preceptos impugnados sobre los que versa el incidente de suspensión contienen previsiones muy similares a otras normas ya declaradas inconstitucionales y nulas por sentencia del Tribunal (ATC 56/2020, de 17 de junio, FJ 4, por todos). Otro de los supuestos excepcionales concurre cuando se produce un bloqueo de competencias estatales (así, AATC 336/2005, de 15 de septiembre, FJ 5; 104/2010, de 28 de julio, FJ 5, y 146/2013, de 5 de junio, FJ 4). Asimismo, en supuestos en los que se suscitan cuestiones de gran relieve constitucional, este tribunal ha declarado que procede el mantenimiento de la suspensión de determinadas disposiciones (este fue el caso del ATC 156/2013, de 11 de julio, y el de los AATC 182/2015 y 186/2015, de 3 de noviembre, por todos).

No aprecia este tribunal que concurra ninguno de estos supuestos excepcionales en el presente caso, de suerte que la cuestión debe abordarse partiendo de las razones esgrimidas por el abogado del Estado en favor de mantener la suspensión de los concretos preceptos impugnados a los que se refiere en su escrito de alegaciones. Conviene advertir que a ese escrito se adjunta un informe emitido por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Igualdad el 22 de enero de 2024 (esto es, antes de la interposición del presente recurso de inconstitucionalidad), al que se remite el abogado del Estado. Dicho informe se extiende en consideraciones sobre los motivos de inconstitucionalidad en que incurriría la Ley de la Asamblea de Madrid 17/2023, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación, por vulneración de las competencias estatales.

3. Hechas las precisiones que anteceden, debe señalarse en primer lugar que, como ya se ha dicho, el abogado del Estado no solicita el mantenimiento de la suspensión de algunos de los preceptos impugnados en el presente recurso de inconstitucionalidad.

En concreto, no interesa que mantengamos la suspensión del inciso «sin que el asesoramiento psicológico o, en su caso, la evaluación psiquiátrica del personal sanitario pueda considerarse discriminatoria ni contraria a la libertad de la persona evaluada sino, por el contrario, informadora de la misma con base científica y garantías médicas, para que pueda ejercerse dicha libertad con pleno conocimiento de causa, siempre buscando el bienestar de la persona transexual», del artículo 13.3 de la Ley 2/2016, en la redacción dada por el apartado 11 del artículo único de la Ley 17/2023. Tampoco del inciso «[p]ara iniciar el tratamiento farmacológico será requisito necesario que previamente reciban apoyo de los profesionales de salud mental infanto-juvenil, mantenido durante todo el proceso», del segundo párrafo del artículo 14.2 b) de la Ley 2/2016, en la redacción dada por el apartado 12 del artículo único de la Ley 17/2023.

Por consiguiente, resulta procedente alzar la suspensión que pesa sobre ambos incisos de dichos artículos, respecto de los cuales el abogado del Estado no ha interesado el mantenimiento de la suspensión (ATC 36/2018, de 21 de marzo, FJ 1).

Para el resto de los preceptos impugnados la abogacía del Estado sí interesa el mantenimiento de la suspensión, por las escuetas razones indicadas en su escrito de alegaciones. Se trata, en concreto, del inciso «y en el caso de que existiera comorbilidad

será imprescindible un informe favorable del profesional que esté tratando al menor en dichas patologías» del párrafo segundo del artículo 14.2 b) de la Ley 2/2016; del inciso «especialmente de las chicas» del artículo 23.1 f) de la Ley 2/2016; del inciso «especialmente de las niñas y mujeres» del artículo 30.5 de la Ley 2/2016 y de la letra d) del artículo 47 de la Ley 2/2016. Todos estos preceptos en la redacción dada por el artículo único de la Ley 17/2023.

4. Así pues, debemos dirigir nuestro análisis a la ponderación de los graves perjuicios irreparables o de difícil reparación para el interés general y para los particulares afectados que, según el abogado del Estado, habrían de producirse si se decretase el alzamiento de la suspensión de los preceptos impugnados a los que se contrae su pretensión de mantenimiento de la suspensión, según lo antes precisado. Dicho de otro modo, de lo que ahora se trata es de dilucidar si los perjuicios que han sido alegados por la abogacía del Estado en este incidente tienen la gravedad y consistencia necesarias como para prevalecer sobre la presunción de legitimidad de la ley autonómica recurrida, en el bien entendido de que entre tales perjuicios no se encuentran los eventualmente derivados de la posible confluencia de regulaciones diversas durante la pendencia del recurso de inconstitucionalidad, la estatal y la autonómica, pues ello resulta consustancial al funcionamiento del Estado de las autonomías y a la coexistencia del ordenamiento estatal con los ordenamientos autonómicos, como tiene reiteradamente declarado la doctrina constitucional. Estos perjuicios, en suma, se derivan de cualquier impugnación y no justifican el mantenimiento de la suspensión de los preceptos impugnados (AATC 398/2005, de 8 de noviembre, FJ 6; 303/2006, de 12 de septiembre, FJ 5; 18/2017, de 31 de enero, FJ 3; 36/2018, de 21 de marzo, FJ 3, y 21/2022, de 26 de enero, FJ 4, por todos).

Como se ha visto, el abogado del Estado sostiene que el levantamiento de la suspensión de esos preceptos perjudicaría gravemente los intereses de los ciudadanos afectados y por lo tanto también el interés general. Ello porque la ley impugnada establece una serie de requisitos o condicionamientos de actuación de cara a una operación de cambio de sexo (la previa observación de un tiempo para reflexionar y en su caso cambiar o revertir la decisión del interesado; la necesidad de una autorización y acompañamiento médico en determinadas fases cuando se trate de menores de edad; y la necesidad de autorización médica para el tratamiento hormonal) que inciden en la voluntad de la persona que accede al procedimiento de variación, y resultan por ello constrictores de la libertad de autodeterminación subjetiva de la persona y de su toma de decisiones personales.

Pues bien, de lo expuesto resulta que las alegaciones del abogado del Estado para justificar el mantenimiento de la suspensión solo serían aplicables (y no enteramente) a la previsión contenida en el impugnado segundo párrafo del artículo 14.2 b) de la Ley 2/2016, en la redacción dada por el artículo único de la Ley 17/2023, precepto del que, como se ha visto, solo interesa aquel el mantenimiento de la suspensión de su inciso final («y en el caso de que existiera comorbilidad será imprescindible un informe favorable del profesional que esté tratando al menor en dichas patologías»).

Nada se razona por la abogacía del Estado acerca de los incisos «especialmente de las chicas» y «especialmente de las niñas y mujeres» de la nueva redacción de los artículos 23.1 f) y 30.5, respectivamente, de la Ley 2/2016 (referidos a los protocolos de atención educativa y a las medidas de apoyo en los espacios y equipamientos identificados en función del sexo) y tampoco respecto de la nueva redacción de la letra d) del artículo 47 de la Ley 2/2016 (privación de la condición de interesado de las asociaciones defensoras de los derechos de los colectivos de personas transexuales en los procesos penales y procedimientos administrativos sancionadores), pese a que solicita el mantenimiento de la suspensión de dichos preceptos.

En consecuencia, procede levantar la suspensión de la aplicación y vigencia de los incisos «especialmente de las chicas» y «especialmente de las niñas y mujeres» de los artículos 23.1 f) y 30.5 de la Ley 2/2016, respectivamente, así como de la letra d) del artículo 47 de la Ley de la Asamblea de Madrid 2/2016, en la redacción dada por la

Ley 17/2023, toda vez que, como de manera reiterada viene señalando la doctrina constitucional, el mantenimiento de la suspensión de la norma legal impugnada requiere que el abogado del Estado, en representación del Gobierno, a quien se debe la iniciativa, no solo invoque la existencia de los perjuicios de imposible o difícil reparación que podrían derivarse del levantamiento de la suspensión, sino que es también necesario que demuestre o, al menos, razone consistentemente la concurrencia de tales perjuicios y la imposibilidad o la dificultad de su reparación (AATC 240/2004, de 29 de junio, FJ 2; 336/2005, de 15 de septiembre, FJ 2; 105/2010, de 29 de julio, FJ 2; 11/2018, de 7 de febrero, FJ 3, y 36/2018, de 21 de marzo, FJ 2, por todos).

5. Hemos de examinar finalmente si procede, como solicita la abogacía del Estado, mantener la suspensión de la vigencia y aplicación del inciso final del segundo párrafo del artículo 14.2 b) de la Ley 2/2016, en la redacción dada por el artículo único de la Ley 17/2023, («y en el caso de que existiera comorbilidad será imprescindible un informe favorable del profesional que esté tratando al menor en dichas patologías»), precepto que se impugna porque, según el recurso, invade las competencias estatales del artículo 149.1.1 y 16 CE y vulnera la dignidad humana (art. 10.1 CE) de las personas transexuales.

Según se desprende de las alegaciones del abogado del Estado, la exigencia de la norma autonómica, en caso de comorbilidad, de un informe favorable del facultativo que estuviere tratando al menor transexual, para iniciar el tratamiento hormonal cruzado, restringe la libertad de autodeterminación subjetiva de la persona y de su toma de decisiones personales en el procedimiento de variación, que el legislador estatal ha querido favorecer (Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI), con la consecuencia, si se aplica la norma autonómica, de que los menores en la Comunidad de Madrid no podrán acceder a sus pretensiones de cambio de sexo, o lo harán con mayor dificultad que en otros territorios del Estado en los que no existe ese requisito o condicionamiento.

A la vista de estas alegaciones, procede señalar que este tribunal aprecia que se ha acreditado por la abogacía del Estado, o al menos razonado convincentemente, que el alzamiento de la suspensión podría deparar perjuicios de imposible o difícil reparación para los intereses de los particulares afectados por la aplicación del precepto impugnado.

En efecto, debe recordarse que no es la primera vez que este tribunal acuerda mantener la suspensión de la vigencia de una norma autonómica ante la posibilidad de que su aplicación pudiera poner en riesgo la efectividad de los derechos fundamentales de las personas afectadas por esa norma, con el fin de evitar situaciones de confusión y perjuicios de difícil reparación que podrían eventualmente surgir en relación con las medidas adoptadas o situaciones creadas al amparo de la vigencia recobrada del precepto; así, en los AATC 90/2016, de 26 de abril, FJ 6; 130/2017, de 3 de octubre, FJ 5, y 445/2023, de 27 de septiembre. En estas decisiones, la potencial afectación a derechos fundamentales determinó que el Tribunal apreciara la existencia de «perjuicios especialmente acusados en el caso de que se aplicara y en su día mereciera un juicio de inconstitucionalidad y fuera, por tanto, objeto de una declaración de nulidad».

Esa misma situación de riesgo de afectación a derechos fundamentales concurre aquí. El inciso final del segundo párrafo del artículo 14.2 b) de la Ley 2/2016, en la redacción dada por el artículo único de la Ley 17/2023, afecta a la libertad de autodeterminación subjetiva del menor transexual y de su toma de decisiones personales en el procedimiento de transición, que el legislador estatal ha querido favorecer, de suerte que la aplicación de la norma autonómica impugnada depararía una diferencia de trato en perjuicio de los menores transexuales en la Comunidad de Madrid.

De otro lado, de las alegaciones formuladas por la Asamblea y la Comunidad de Madrid, que han quedado expuestas en los antecedentes de la presente resolución, no se desprenden razones que, más allá de la presunción de constitucionalidad de la ley y la consiguiente excepcionalidad de su suspensión –punto de partida de este tipo de

incidentes en todo caso–, se opongan en este específico supuesto al mantenimiento de la suspensión inicialmente acordada.

Consecuentemente, procede reiterar el criterio que ya adoptamos en el citado ATC 90/2016, FJ 6, en el sentido de que «el carácter de las disposiciones impugnadas y los efectos jurídicos de las mismas, aconsejan como más conveniente para los intereses generales una vez ponderados todos los elementos en presencia, mantener la suspensión acordada en su día hasta tanto se resuelva de manera definitiva el problema planteado, pues la inmediata eficacia de algunos de los preceptos inicialmente suspendidos supondría unas consecuencias materiales, que dada su especial trascendencia para [...] los derechos fundamentales de los afectados [...] no deben producirse en una situación de interinidad».

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

1.º Mantener la suspensión del inciso final del segundo párrafo del artículo 14.2 b) de la Ley de la Asamblea de Madrid 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación, en la redacción dada por el artículo único de la Ley de la Asamblea de Madrid 17/2023, de 27 de diciembre, que establece: «y en el caso de que existiera comorbilidad será imprescindible un informe favorable del profesional que esté tratando al menor en dichas patologías».

2.º Levantar la suspensión del resto de los preceptos impugnados en este recurso de inconstitucionalidad.

Publíquese este auto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a diecinueve de noviembre de dos mil veinticuatro.–Cándido Conde-Pumpido Tourón.–Inmaculada Montalbán Huertas.–Ricardo Enríquez Sancho.–María Luisa Balaguer Callejón.–Ramón Sáez Valcárcel.–Enrique Arnaldo Alcubilla.–Concepción Espejel Jorquera.–María Luisa Segoviano Astaburuaga.–César Tolosa Tribiño.–Juan Carlos Campo Moreno.–Laura Díez Bueso.–José María Macías Castaño.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formulan los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera y don José María Macías Castaño al auto dictado por el Pleno del Tribunal en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4925-2024

En ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con respeto a la opinión de la mayoría reflejada en el auto por el que se acuerda el mantenimiento de la suspensión del inciso final del segundo párrafo del art. 14.2 b) de la Ley de la Asamblea de Madrid 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación, en la redacción dada por el artículo único de la Ley 17/2023, de 27 de diciembre, formulamos el presente voto particular, dejando constancia de los fundamentos de nuestra posición parcialmente discrepante con el fallo y con los razonamientos que lo sustentan, de acuerdo con los argumentos defendidos en la deliberación del Pleno y que expresamos a continuación.

1. Como es de sobra conocido la suspensión prevista por el art. 161.2 CE se ha configurado como una potestad del Gobierno estrictamente tasada a los supuestos expresamente previstos por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de carácter excepcional. La razón de la excepcionalidad no es otra que la presunción de legitimidad de la que se benefician las normas que emanan de poderes legítimos, como es el caso de los parlamentos autonómicos. Presunción que, si bien puede ser cuestionada por aquellos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad, entre los que está el presidente del Gobierno, obliga a considerar como excepcional la posibilidad de suspender su vigencia y aplicación. De este modo, la admisión a trámite de un recurso

de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno contra una ley o norma con rango de ley de una comunidad autónoma únicamente producirá la suspensión automática de la vigencia o aplicación de dicha norma autonómica cuando en la demanda se hubiere solicitado expresamente la suspensión, con invocación expresa del art. 161.2 CE, en relación con el art. 30 LOTC.

Si dicha invocación se produce, el Tribunal deberá acordar la suspensión cuando adopte la decisión de admitir a trámite la impugnación, sin que, en ese momento procesal, pueda limitar los efectos de la suspensión solicitada o hacer valoración alguna acerca de su procedencia o improcedencia. Consecuencia de ese carácter automático que este mecanismo tiene en el momento de la interposición del recurso, conforme al diseño constitucional y de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, es que la disputa que se traba en torno a esta medida de suspensión no es sobre la decisión inicial acerca de esa suspensión de la ley autonómica, que es debida para el Tribunal, sino respecto a la decisión acerca de su mantenimiento o levantamiento, decisión que el Tribunal debe adoptar antes de que transcurra el plazo de cinco meses al que alude el art. 161.2 CE.

2. En materia de mantenimiento o levantamiento de la suspensión de leyes autonómicas es doctrina constitucional reiterada, recogida en el fundamento jurídico 2 del auto del que discrepamos, que lo que ha de ponderarse son, de un lado, los intereses que se encuentran concernidos, tanto el general y público como, en su caso, el particular o privado de las personas afectadas y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. En esa ponderación, que se debe desvincular plenamente de la decisión sobre la cuestión de fondo, es necesario que el Gobierno, a quien se debe la iniciativa, no solo invoque la existencia de aquellos perjuicios, sino que ha de demostrar o, al menos, razonar consistentemente su procedencia y la imposible o difícil reparación de los mismos, ya que el punto de partida de la ponderación propia de este incidente es la existencia de una presunción de constitucionalidad a favor de las normas o actos objeto de conflicto.

En la práctica, dicha doctrina determina que lo que habrá de dilucidarse es si la hipótesis que formula aquel sobre el que pesa la carga de alegar, esto es, la representación procesal del Estado, respecto a la probabilidad de los perjuicios que ocasionaría la aplicación de la norma autonómica recurrida está lo suficientemente fundada. En caso contrario, lo que ha de prevalecer es la presunción de constitucionalidad de la norma que ha sido impugnada en el recurso de inconstitucionalidad.

3. Compartimos el razonamiento del auto sobre el levantamiento de la suspensión respecto de todos aquellos preceptos que no han sido objeto de una específica solicitud de mantenimiento de la suspensión por parte del abogado del Estado, así como respecto de aquellos otros sobre los que nada se razona acerca de la necesidad de suspensión de su vigencia y aplicación.

4. Por el contrario, discrepamos de la decisión de mantener la suspensión del inciso final del segundo párrafo del art. 14.2 b) de la Ley de la Asamblea de Madrid 2/2016, en la redacción dada por el artículo único de la Ley 17/2023 («y en el caso de que existiera comorbilidad será imprescindible un informe favorable del profesional que esté tratando al menor en dichas patologías»).

En relación con dicho inciso resulta a nuestro juicio diáfano que la decisión mayoritaria no es consecuente con la doctrina constitucional que antes se ha citado pues, pese a afirmarla como supuesto punto de partida de su razonamiento, no ha quedado acreditado que la eficacia de la norma impugnada pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

El auto viene a sostener, asumiendo como propia la única alegación del abogado del Estado, que el cuestionado inciso «afecta a la libertad de autodeterminación subjetiva del menor transexual y de su toma de decisiones personales en el procedimiento de

transición, que el legislador estatal ha querido favorecer, de suerte que la aplicación de la norma autonómica impugnada depararía una diferencia de trato en perjuicio de los menores transexuales en la Comunidad de Madrid». Previamente, el auto hace alusión a la aplicación de la doctrina constitucional relativa a la suspensión de la vigencia de una norma autonómica ante la posibilidad de que su aplicación pudiera poner en riesgo la efectividad de los derechos fundamentales de las personas afectadas por esa norma.

Ese modo de razonar es, en nuestra opinión, cuestionable, desde un doble punto de vista.

(i) En primer lugar es claro que la alegación del abogado del Estado remite directamente al fondo del asunto discutido en el recurso. El hecho de que el legislador estatal excluya la exigencia de un informe médico favorable para que el menor pueda iniciar el tratamiento hormonal cruzado farmacológico para su transición no puede justificar el mantenimiento de la suspensión de la norma autonómica, pues entre los perjuicios a considerar en este incidente cautelar no se encuentran los derivados de la coexistencia de regulaciones diversas durante la pendencia del recurso de inconstitucionalidad, la estatal y la autonómica, pues ello resulta consustancial al funcionamiento del Estado de las autonomías.

En suma, la decisión que adopta el Tribunal no puede apoyarse en la tesis de que es preciso evitar la pluralidad de regímenes normativos allí donde hasta el momento solo haya habido una disciplina unitaria. Eso supone olvidar la diversidad regulatoria propia de nuestro modelo de Estado que produce la concurrencia de sistemas normativos, cuya convivencia ha de buscarse exclusivamente en la ordenación de sus respectivos ámbitos competenciales, que han delimitarse en la sentencia que, en su caso, ponga fin al proceso. Nunca en la resolución de este incidente cautelar que ha de huir de toda consideración sobre el fondo del asunto, lo que, como es evidente, no se ha hecho aquí.

(ii) Además, ese razonamiento introduce en la ponderación un elemento, la existencia de bienes jurídicos de carácter personal de difícil reparabilidad, que para nada había sido alegado por el abogado del Estado y que, sin embargo, el auto emplea en la ponderación que es propia de este incidente cautelar.

Con ello, de nuevo, el auto no es consecuente con la doctrina constitucional que dice aplicar. En efecto, este tribunal ha insistido reiteradamente en que sobre el abogado del Estado pesa la carga no solo de alegar sino también de acreditar la existencia de los perjuicios y la imposible o difícil reparación de estos y de justificar, en suma, que los perjuicios que se alegan tienen la gravedad y consistencia necesarias como para prevalecer sobre la presunción de constitucionalidad de los preceptos de la ley que se impugna. Y que, en defecto de lo anterior, ha de prevalecer la presunción de constitucionalidad de la ley autonómica en virtud de su origen, presunción que solamente la sentencia que ponga fin al proceso puede destruir.

Pues bien, en este caso, la decisión del Pleno viene a suplir al escrito de alegaciones del abogado del Estado, que en modo alguno había cumplido con la carga argumentativa que le resultaba exigible para acreditar que el levantamiento de la suspensión iba a producir perjuicios de imposible o difícil reparación para los intereses de los particulares afectados por la aplicación del precepto impugnado.

5. Por otra parte, cabe señalar que la exigencia de informe favorable, en caso de comorbilidad, del profesional sanitario que esté tratando al menor transexual, como condición para que este pueda iniciar el tratamiento hormonal cruzado farmacológico para su transición, se orienta a garantizar que el facultativo pueda determinar el grado de madurez y de estabilidad de la situación de transexualidad del menor, a efectos del inicio de ese tratamiento, en su caso. El alzamiento de la suspensión determinaría la exigencia de ese informe médico favorable en tales supuestos, en tanto se resuelve por este tribunal sobre el fondo, lo que no puede considerarse, a los efectos que nos ocupan, que acarree graves perjuicios para el interés público y general o para los intereses particulares de los destinatarios de la norma, dada la trascendencia de la decisión de

someterse a tratamiento hormonal y la irreversibilidad o, en su defecto, las graves dificultades que implicaría la reversión de ese tratamiento.

6. En suma, el auto tendría que haber concluido que el abogado del Estado no ha levantado la carga de acreditar suficientemente la existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación para el interés general o de terceros vinculados al levantamiento de la suspensión del inciso final del segundo párrafo del art. 14.2 b) de la Ley 2/2016, en la redacción dada por el artículo único de la Ley 17/2023. Lo que, en atención a nuestra inconcusa doctrina sobre este incidente cautelar, debería haber determinado la prevalencia del interés conectado a la presunción de legitimidad de las leyes y, con ello, el levantamiento de la suspensión de la totalidad de los preceptos impugnados de la Ley de la Asamblea de Madrid 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación, en la redacción dada por el artículo único de la Ley 17/2023, de 27 de diciembre.

Madrid, a veinte de noviembre de dos mil veinticuatro.–Ricardo Enríquez Sancho.–
Enrique Arnaldo Alcubilla.–Concepción Espejel Jorquera.–José María Macías Castaño.–
Firmado y rubricado.