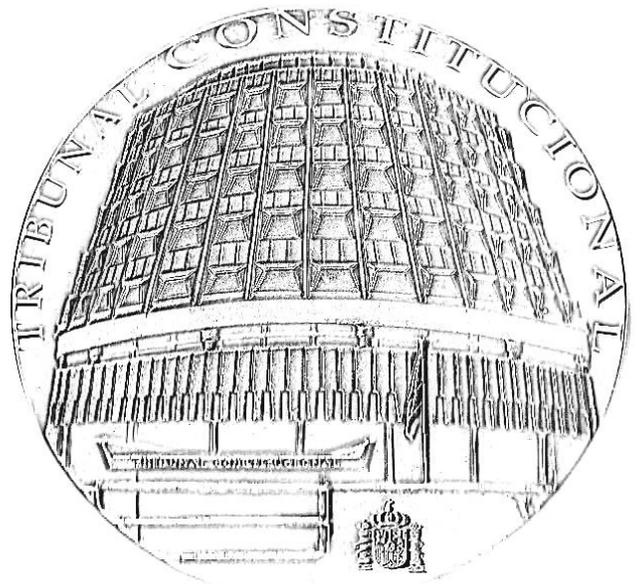


XII Conferencia Trilateral
7-10 de octubre 2010
Roma



**Familia legítima, hijos naturales,
adopción y relaciones de hecho**

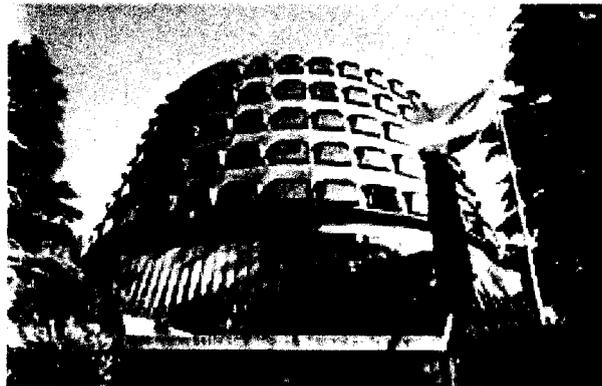
España

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

Conferencia Trilateral Italia/Portugal/España

Roma, 7 a 10 de octubre de 2010

*“FAMILIA LEGÍTIMA, HIJOS NATURALES, ADOPCIÓN Y
RELACIONES DE HECHO”*



Ponente: Magistrada Elisa Pérez Vera

“Familia legítima, hijos naturales, adopción y relaciones de hecho”

Ponencia española

Sumario:

1. Preliminar
2. La legitimidad de la familia: religión y Estado
 - A) Familia y matrimonio
 - B) El matrimonio legal
 - C) Pluralidad de matrimonios
 - D) El matrimonio entre personas del mismo sexo
3. Los hijos naturales y adoptivos: biología y cultura
 - A) Filiación biológica y adoptiva
 - B) La fecundación *in vitro*
 - C) La investigación de la paternidad
 - D) La reclamación y la impugnación de la paternidad
 - E) El desamparo: padres biológicos contra adoptivos
 - F) La guarda y custodia y el régimen de visitas
4. Las relaciones de hecho en materia de familia
 - A) Convivencia *more uxorio*
 - B) Los hijos habidos fuera del matrimonio
 - C) Otros familiares: en particular, los abuelos o hermanos

1. Preliminar

La Constitución española de 1978 establece un sistema de derechos y libertades que ha tenido un profundo impacto en el régimen del matrimonio y la familia, elementos esenciales de la sociedad.

La mera entrada en vigor de la Constitución provocó una profunda mutación de la legislación entonces vigente, que había sido aprobada bajo la égida de unos principios radicalmente diferentes en el largo período transcurrido entre la promulgación del Código civil, en 1889, y la última reforma legal en la materia, producida por la Ley de 24 de abril de 1958, consecuencia directa del Concordato con la Santa Sede de 27 de agosto de 1953. La regla general era el matrimonio católico, sometido a los cánones de la Iglesia católica y a la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos: el matrimonio civil sólo podía contraerse cuando quedara probado que ninguno de los contrayentes profesaba la religión católica.

En cualquier caso el matrimonio, tanto el canónico como el civil, era una institución de Derecho necesario, en el que la voluntad de los cónyuges quedaba reducida al mínimo: la adopción de alguno de los distintos regímenes económicos establecidos por la ley y, en su caso, la solicitud de separación, que solo se concedía por alguna de las causas tasadas por la ley; no existía la posibilidad de divorcio, que solo estuvo vigente en España brevemente en virtud de las Leyes de matrimonio civil de 1870 y de 1932.

A su vez, sólo el matrimonio válido creaba una familia legítima: tanto el concubinato como los hijos bastardos eran ilegítimos y carecían de reconocimiento legal y de derechos. En la familia legítima, el padre de familia ostentaba la posición jurídica principal; tanto la esposa como los hijos menores de edad o, incluso, las hijas mayores pero que no habían asumido estado, quedaban sometidos a su patria potestad.

La Constitución reconoció la libertad religiosa (art. 16 CE) en unos términos que hacían imposible mantener la subordinación del matrimonio civil al canónico. Así fue reconocido por la propia Santa Sede, que negoció con el Reino de España la modificación del Concordato de 1953 ya durante la tramitación del texto constitucional, dando lugar al Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 (BOE de 15 de diciembre). Su consecuencia inmediata fue una nueva normativa para regular el procedimiento a seguir en las causas de separación conyugal (Real Decreto-ley 22/1979, de 29 de diciembre, y Ley 78/1980, de 26 diciembre).

Posteriormente, el legislador llevó a cabo una profunda reforma de la institución familiar. Son de destacar dos disposiciones: la Ley 22/1978, de 26 de mayo, modificó el Código penal para despenalizar el adulterio y el amancebamiento (criterio mantenido en el vigente Código de 1995); la Ley 30/1981, de 7 julio, modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Esta última disposición establece el régimen legal sustancialmente vigente en España desde entonces.

La última reforma legal en esta materia ha sido introducida por la reciente Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. La Ley admitió el matrimonio entre personas del mismo sexo. El juicio sobre su conformidad con la Constitución se encuentra pendiente de un recurso de inconstitucionalidad (núm. 6864-2005).

La Constitución reconoce, junto a la libertad religiosa, un amplio conjunto de derechos y libertades a todas las personas, con independencia de su estado civil (soltera, casada, separada o divorciada, viuda). Además, afirma con rotundidad el derecho a la igualdad ante la ley de todos los españoles y la interdicción de discriminaciones, entre otras causa por razón del sexo (art. 14 CE).

Más específicamente, dedica dos de sus preceptos al matrimonio y la familia:

El artículo 32 dispone que “1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. — 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

Por su parte, el artículo 39 CE establece que “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. — 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. — 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. — 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

Es importante subrayar que la norma sobre el matrimonio se encuentra encuadrada entre los derechos constitucionales: concretamente, en el capítulo II del título I de la Constitución, intitulado “De los derechos y deberes fundamentales”. Por el contrario, el art. 39 CE forma parte de los principios rectores de la política económica y social (capítulo III del título I de la Constitución). Esta diferencia tiene consecuencias jurídicas de largo alcance (art. 53 CE): 1) los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo vinculan a todos los poderes públicos; su ejercicio sólo puede ser regulado por ley, la cual debe respetar el contenido esencial del correspondiente derecho o libertad; 2) por el contrario, los principios rectores sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen; aunque su reconocimiento, respeto y protección debe informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Otros preceptos que podrían mencionarse son los que reconocen el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE); el de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE); y el derecho de los trabajadores a “una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia” (art. 35 CE).

Todas estas previsiones constitucionales son tuteladas por el Tribunal Constitucional, mediante los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad. Sin embargo, sólo los derechos fundamentales y las libertades públicas (enumerados en la sección primera del capítulo II, artículos 15 al 29), así como el derecho a la igualdad y a la objeción de conciencia al servicio militar (arts. 14 y 30.2 CE), reciben una protección judicial y constitucional reforzada: cualquier ciudadano puede recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Ello explica que la mayoría de las sentencias que han aplicado las normas constitucionales específicas sobre matrimonio y familia hayan sido pronunciadas en procesos de control de leyes. Las numerosas resoluciones de amparo, sin embargo, han abordado numerosas veces cuestiones relacionadas con la familia y el matrimonio: pero lo han hecho desde la perspectiva de los derechos susceptibles de amparo constitucional. En particular, revisten especial importancia los principios de igualdad ante la ley y no discriminación (art. 14 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y las garantías procesales (art. 24 CE). El derecho a la igualdad se ha hecho eco de las previsiones constitucionales de igualdad entre los cónyuges y entre todos los hijos, con independencia de su filiación (arts. 32 y 39 CE).

Por el contrario, el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) no ha encontrado el desarrollo suscitado por el derecho al respeto a la vida familiar del artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos. El criterio quedó tempranamente establecido por el fundamental Auto 473/1987, de 22 de abril, que inadmitió a trámite por carencia manifiesta de contenido el recurso de amparo suscitado por unos abuelos, que no habían obtenido de los tribunales de menores la guarda y custodia de sus nietos. Su petición en este sentido fue declarada una “pretensión extraña al restablecimiento o preservación de los derechos susceptibles de amparo, en la que no puede entrar el Tribunal Constitucional con arreglo a los artículos 41.3, 44.1 b) y 54 de su Ley Orgánica”. Ya el Auto 276/1983, de 8 de junio, había manifestado con igual contundencia que “el hecho de que durante una situación de divorcio, la guarda y custodia de los hijos se confíe a uno de los cónyuges, al que pueda someterse a las cautelas que el Tribunal considere necesarias, no es problema que quepa englobar en el marco de la Constitución, ni que, por consiguiente, pueda ser objeto de un recurso de amparo ante este Tribunal” (en el mismo sentido, ATC 920/1987, de 15 de julio). Tampoco ha sido admitido que este tipo de situaciones afecten a la libertad de residencia (art. 19 CE: Auto 127/1986, de 12 de febrero). Estas cuestiones atinentes a la situación familiar son analizadas por la jurisprudencia constitucional, exclusivamente, en clave de garantías procesales.

Este criterio jurisprudencial ha sido mantenido sin fisuras, como muestra el Auto 28/2001, de 1 de febrero: al hilo de inadmitir el amparo solicitado por una Administración pública, que había asumido la guarda y custodia de unos menores desatendidos o en situación de riesgo, el Tribunal reafirma su falta de competencia para intervenir en la “interpretación y ponderación de intereses” enfrentados entre los padres biológicos, las familias de acogida y la propia Administración pública y sus servicios

sociales. Se trata de una ponderación de intereses “que este Tribunal difícilmente podrá revisar, no sólo por su lejanía y falta de inmediatez respecto de las circunstancias del caso, que le vienen dadas como hechos que no puede revisar, sino también por no ser su función la propia de una tercera instancia llamada a revisar lo decidido por los órganos judiciales ordinarios”. La denegación de un acogimiento familiar preadoptivo resulta ajena a la Constitución, siempre que se decida mediante resoluciones judiciales motivadas y fundadas, que tengan en cuenta el interés superior del menor, ponderándolo con el de su madre biológica, que aun siendo de menor rango no resulta desdeñable (véanse luego las SSTC 71/2004, de 19 de abril, y 176/2008, de 22 de diciembre).

Finalmente, conviene anotar que la Constitución reconoce la diversidad de regímenes jurídicos que existen en los distintos territorios de España en materia de matrimonio y familia. En el Estado de las autonomías, las Comunidades Autónomas pueden conservar, modificar y desarrollar los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan; aunque, en todo caso, competen a las instituciones generales del Estado las reglas relativas a las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio y la ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8 CE). Lo cual ha dado lugar a diversos pronunciamientos constitucionales, deslindando las competencias respectivas del Estado central y sus instituciones periféricas, que aquí no recibirán una atención especial. En la actualidad, se encuentran pendientes de cuestiones de inconstitucionalidad leyes en materia de matrimonio y familia de Navarra (Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, del Parlamento de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables: RI 5297-2000 y CI 228-2003); de Cataluña (Ley del Parlamento de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña: CI 5394-2006); de Valencia (Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano: RI 9888-2007); y de Galicia (Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia: CI 311-2003; y Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia: RI 2845-2007)

2. La legitimidad de la familia: religión y Estado

A) Familia y matrimonio

La Constitución española disocia los conceptos de familia y de matrimonio. Como vimos, a cada una de estas instituciones dedica un precepto diferente: los poderes públicos deben proteger a la familia; y la ley debe regular el matrimonio, asegurando la plena igualdad jurídica entre mujer y hombre (respectivamente, arts. 39 y 32 CE).

En la trascendental Sentencia en la que el Tribunal Constitucional declaró parcialmente inconstitucional la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas, porque la sujeción conjunta de las personas casadas al tributo conducía a resultados discriminatorios y contrarios a la intimidad familiar, se formuló una primera observación: “la familia [es] una institución cuya trascendencia social no necesita ponderación y cuya definición exacta desde el punto de vista constitucional no es problema que ahora deba ocuparnos. Sea cual fuere, en efecto, el concepto constitucionalmente adecuado de familia, no es discutible que tal concepto incluya sin duda la familia que se origina en el matrimonio, que es en todo caso la que especialmente toman en consideración tanto la Declaración universal de derechos humanos aprobada por las Naciones Unidas en 1948 (art. 16.1), como los tratados sobre derechos fundamentales suscritos por España (así el Convenio de Roma —art. 12—, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos —art 23— y el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, art. 10.1)” (STC Pleno 45/1989, de 20 de febrero, fj 4).

Completando esa idea, la Sentencia 222/1992 (11 de diciembre, fj 5), que declaró inconstitucional que la ley de arrendamientos urbanos no reconociera a las parejas de hecho el derecho de las viudas a subrogarse en la vivienda familiar, afirmó: “Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter ‘social’ de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por lo tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo”.

B) El matrimonio legal

La entrada en vigor de la Constitución dio lugar a que el matrimonio canónico dejara de ser la forma ordinaria de matrimonio y el matrimonio civil, una mera institución subsidiaria. Como afirmó la Sentencia 180/2001, de 17 de septiembre (fj 5):

“hasta la promulgación de la Constitución española la posibilidad de contraer matrimonio civil se condicionaba a la prueba de no profesar la religión católica.

prueba que en los períodos normativos de menor rigor hubiera exigido a la demandante y al señor Lechuga una declaración expresa de no profesar tal religión, lo que hoy pugna frontalmente con la libertad religiosa y, en concreto, con el derecho derivado de ella a no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias que proclama el art. 16 CE. Así lo entendió también la Dirección General de Registros y del Notariado que el día 26 de diciembre de 1978 dictó una Instrucción (publicada en el BOE del día 30, un día después de la entrada en vigor de la Constitución) por la que, atendida la eficacia directa del art. 16 CE, que proclama que nadie puede ser obligado a declarar sobre su religión, ordenaba a los encargados del Registro Civil que autorizasen los matrimonios civiles de todas las personas que desearan contraerlo ‘sin indagación ni declaración alguna sobre las ideas religiosas de los contrayentes’.

La consecuencia de esta constatación fue declarar el derecho de la demandante de amparo a percibir una pensión de viudedad tras la muerte de su compañero, pues la falta de libertad efectiva para contraer matrimonio civil impidió efectivamente a los convivientes *more uxorio* que contrajesen el matrimonio que constituye el requisito de la prestación pública. No podía admitirse que la falta de libertad religiosa que sufrió la demandante prolongara sus efectos en la actualidad.

Por consiguiente, la Constitución impone al legislador que establezca el matrimonio civil como regla general, como así lo hizo en la Ley de 1981. Así lo ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia *Muñoz Díaz contra España* (8 de diciembre de 2009, asunto 49151/07):

«57. La Cour observe, en l'espèce que, lorsque la requérante se maria en 1971 conformément aux rites et traditions roms, il n'était pas possible en Espagne, sauf déclaration préalable d'apostasie, de se marier autrement que conformément aux rites du droit canonique de l'Église catholique. La Cour estime qu'on ne pouvait exiger de la requérante, sans porter atteinte à son droit à la liberté religieuse, qu'elle se mariât légalement, à savoir selon le droit canonique en 1971, lorsqu'elle manifesta son consentement pour se marier selon les rites roms.

58. Certes, à la suite de l'entrée en vigueur de la Constitution espagnole de 1978 et en vertu de la loi 30/1981 du 7 juillet 1981 (paragraphe 26 ci-dessus), la requérante aurait pu se marier civilement. La requérante soutient qu'en toute bonne foi, elle croyait que le mariage célébré conformément aux rites et traditions roms entraînait tous les effets propres à cette institution.

...

79. La Cour observe que le mariage civil en Espagne tel qu'en vigueur depuis 1981 est ouvert à tous, et estime que sa réglementation n'implique pas de discrimination pour des raisons d'ordre religieux ou autre. La même formule devant un maire, un juge ou un autre fonctionnaire désigné s'applique à tous de la même façon. Aucune exigence de déclaration de religion ou croyances, ou

d'appartenance à un groupe culturel, linguistique, ethnique ou autres n'est demandée.

80. Il est vrai que certaines formes religieuses de prestation du consentement sont admises en droit espagnol, mais ces formes religieuses (catholique, protestante, musulmane et israélite) sont reconnues en vertu des accords passés avec l'État par ces confessions, et produisent donc les mêmes effets que le mariage civil, alors que d'autres formes (religieuses ou traditionnelles) ne sont pas reconnues. La Cour constate toutefois qu'il s'agit d'une différence dérivée de l'appartenance à une confession religieuse, non pertinente dans le cas de la communauté rom. Mais cette différence n'empêche pas ou n'interdit pas le mariage civil, ouvert aux Roms dans les mêmes conditions d'égalité qu'aux personnes n'appartenant pas à la communauté rom, et elle répond à des motifs que le législateur doit prendre en compte, et qui relèvent, comme le Gouvernement le souligne, de sa marge d'appréciation.

81. Partant, la Cour estime que le fait que les unions roms n'ont pas d'effets civils dans le sens souhaité par la requérante ne constitue pas une discrimination prohibée par l'article 14. Il s'ensuit que ce grief est manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

Por consiguiente, el Tribunal de Estrasburgo declaró que el Reino de España no había vulnerado el derecho al matrimonio, ni directamente ni mediante discriminación (arts. 12 y 14 del Convenio europeo de derechos humanos: CEDH). Aunque sí consideró que, en el caso, se había infringido el derecho a no ser discriminado en el derecho de propiedad, al haber denegado la pensión de viudedad de una mujer casada en 1971 por el rito gitano en términos que habían sido admitidos por las Administraciones públicas, generando una situación sustentada en la buena fe.

El legislador español, aunque obligado a ofrecer un matrimonio civil a todos los ciudadanos, no tiene vedada la posibilidad de admitir otras formas de celebrar el matrimonio. Así lo ha hecho, como describió la Sentencia *Muñoz Díaz contra España* (2009), con las cuatro confesiones religiosas con las que ha mantenido o establecido relaciones de cooperación (tal y como dispone el art. 16.3 CE):

- El matrimonio canónico, en virtud del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 en la Ciudad del Vaticano (BOE de 15 de diciembre);
- El matrimonio celebrado ante los ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, por la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con dicha Federación;
- El matrimonio celebrado según la propia normativa formal israelita ante los ministros de culto de las Comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas de España, por la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con dicha Federación; y

- El matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde el momento de su celebración, en virtud de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

La mecánica es idéntica en todos los casos: se reconocen los efectos civiles del matrimonio celebrado de conformidad con la respectiva religión ante sus ministros de culto; y, para el pleno reconocimiento de esos efectos, es requisito necesario y suficiente la inscripción del matrimonio religioso en el Registro Civil. La única variación es que el matrimonio por el rito musulmán solo surte plenos efectos civiles si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código civil, y expresan el consentimiento ante alguno de los dirigentes religiosos islámicos o imanes de las comunidades islámicas reconocidos y, al menos, dos testigos mayores de edad.

La jurisprudencia constitucional solo se ha pronunciado, hasta ahora, sobre los efectos civiles de los matrimonios de la Iglesia católica. Desde su primera Sentencia, se ha centrado en la perspectiva jurisdiccional: coherencia la actuación de los Tribunales eclesiásticos con los Tribunales civiles. La Sentencia 1/1981, de 26 de enero, admitió la constitucionalidad del reconocimiento civil de los matrimonios canónicos; así como el acuerdo con la Santa Sede en virtud del cual los Tribunales eclesiásticos ejercían jurisdicción sobre separación, validez y nulidad de dichos matrimonios. No obstante, matizó que los efectos civiles de las resoluciones eclesiásticas, regulados por la ley civil, son de la exclusiva competencia de los Jueces y Tribunales civiles: en el caso se trataba de los relativos a las relaciones paterno-filiales. El fundamento de esta doctrina se encuentra en los principios de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE) y de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE). Principios que obligaron a matizar, desde la entrada en vigor de la Constitución, la aplicación de reglas, como las derivadas del Concordato de 1953, que sólo encuentran sentido en el marco de “la confesionalidad del Estado y una concepción de la jurisdicción ... que no padecía por el ejercicio por los Tribunales eclesiásticos de funciones que, en cuanto se proyectan en el orden jurídico civil, podrían entenderse propias de la jurisdicción estatal”. Esta doctrina fue reafirmada por la Sentencia 6/1997, de 13 de enero, relativa a los efectos económicos y patrimoniales de la nulidad de un matrimonio canónico decretada por la jurisdicción eclesiástica.

El alcance de las potestades del Juez civil no dejó de suscitar polémica, en el caso de procesos eclesiásticos iniciados antes de la entrada en vigor de la Constitución, como atestigua la Sentencia de Pleno 209/1991, de 7 de noviembre, y el Voto particular suscrito por cinco de los Magistrados.

Que el legislador democrático pueda reconocer otras formas de celebrar el matrimonio no le obliga a hacerlo. Así lo declaró el Tribunal Constitucional en la Sentencia 69/2007, de 16 de abril (antecedente de la STEDH *Muñoz Díaz*, 2009, citada antes): el legislador puede válidamente limitar la concesión de pensiones de viudedad a quienes se encontraban casados legalmente; y “la unión celebrada conforme a los usos y costumbre gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para

contraer matrimonio”, por lo que no puede sostenerse la existencia de una discriminación. “Cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE [“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”], puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. En este sentido pudieran tomarse en consideración las peculiaridades y el carácter de minoría étnica de la comunidad gitana, en línea con los principios del Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965 (BOE de 17 de mayo de 1969), y con las previsiones de su art. 1.4. Ahora bien, en defecto de dicha regulación, no cabe pretender un trato desigual, bajo la invocación del art. 14 CE”.

Esta doctrina ha sido aceptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque una distinta valoración de las circunstancias del caso le haya llevado a estimar la demanda de la interesada contra el Reino de España, por vulneración del derecho a la propiedad, que es un derecho fundamental no susceptible de amparo constitucional a tenor de la legislación vigente (arts. 53.2 CE y 41 LOTC). Como vimos antes, la Sentencia *Muñoz Díaz* (2009) comprobó que “el matrimonio civil en España, vigente desde el año 1981, se encuentra abierto a todos”; “su regulación legal no implica ninguna discriminación por motivos religiosos o de otro tipo” (§ 79).

C) Pluralidad de matrimonios

La poligamia no está reconocida en Derecho español: comete delito de bigamia, castigado con pena de prisión de seis meses a un año, quien “contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior” (art. 217 del Código penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre). No existe jurisprudencia constitucional en esta materia, aunque sí han ido surgiendo diversas cuestiones en la jurisprudencia especializada: en el orden social, sobre reparto de pensiones entre diversas esposas o sus hijos; en el orden civil, sobre reconocimiento de matrimonio celebrado en el extranjero; o en el orden contencioso-administrativo, en materia de permiso de residencia o reagrupación familiar, por ejemplo.

Es posible contraer nuevamente matrimonio, pero siempre que haya sido disuelto el anterior. En el ámbito académico se ha suscitado la duda de si la Constitución, cuando defiere a la ley la regulación de, entre otros aspectos, “las causas de separación y disolución” del matrimonio (art. 32.2 *in fine* CE), ha consagrado un derecho al divorcio.

En este punto, el Auto 444/1983 (4 de octubre, f.º 2) negó que el precepto constitucional hubiera creado un derecho directamente ejercitable: “no puede aceptarse la tesis central de la parte actora acerca de la existencia de un derecho fundamental de cada ciudadano a separarse legalmente de su cónyuge por su libre voluntad y con independencia de que exista o no una causa legal, con independencia de los efectos que pueda producir su ejercicio; cuando es lo cierto que tal pretendido derecho no sólo no se encuentra formulado expresamente en la Constitución, sino que la Norma Fundamental establece en su art. 32 el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica y remite a la Ley la regulación —entre otros aspectos— de los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y sus efectos”. Pero la cuestión acerca de la regulación legal de las causas de separación y divorcio, tanto las inicialmente previstas por la Ley 30/1981, de 7 de julio, como la flexibilización aprobada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, no ha sido objeto de recursos o cuestiones de inconstitucionalidad.

D) El matrimonio entre personas del mismo sexo

El tema que se encuentra ahora mismo en discusión es el del matrimonio entre personas del mismo sexo. El Auto 222/1994, de 11 de julio, inadmitió a trámite por carencia manifiesta de contenido un recurso de amparo porque se había denegado el derecho a percibir pensión de viudedad, así como una indemnización a tanto alzado, por el fallecimiento en accidente de la pareja homosexual del demandante; como la razón de la denegación era que no se encontraban casados, requisito imprescindible para causar derecho a las prestaciones solicitadas, la cuestión suscitada se centraba en la imposibilidad legal de los homosexuales de contraer matrimonio, ya que el artículo 44 del Código civil (versión de 1981) sólo se refería al matrimonio de dos personas de distinto sexo.

El Auto rechazó que esa norma vulnerara el principio constitucional de igualdad (art. 14 CE), porque “la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990)”. El Auto 222/1994 no dejó de observar que “este argumento viene avalado, además, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que opera aquí como canon de interpretación, al amparo de lo previsto en el art. 10.2 CE. En sendas Sentencias (caso *Rees*, 17 de octubre de 1986, y caso *Cossey*, 27 de septiembre de 1990), ha declarado que no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo no implica violación del art. 12 del Convenio de Roma, que al garantizar el derecho a casarse, se refiere al concepto tradicional de matrimonio entre dos personas de distinto sexo; y, que todo depende de la facultad que tienen los Estados contratantes de regular mediante las

leyes el ejercicio del derecho de casarse”. Concluyendo: “En suma, se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, tal como prevé nuestro Código civil; de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual. Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo”.

La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ha modificado radicalmente la situación, al admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Su texto, en esencia, dispone que “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”; y sustituye en todo el articulado del Código civil las palabras “marido” y “mujer” por “cónyuges” o “progenitores”. El juicio sobre su conformidad con la Constitución se encuentra pendiente de un recurso de inconstitucionalidad (núm. 6864-2005).

3. Los hijos naturales y adoptivos: biología y cultura

A) Filiación biológica y adoptiva

La igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación, afirmada con rotundidad en el apartado segundo del art. 39 CE, es la clave sobre la que se construye la doctrina constitucional sobre esta cuestión. Así lo muestra la Sentencia de Pleno 200/2001, de 4 de octubre, que declaró inconstitucional el artículo 41.2 del texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado (aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril). Según esta norma, los hijos adoptivos de un funcionario público que hubiera fallecido, sólo podían percibir la pensión de orfandad si, además de cumplir los requisitos generales, el funcionario adoptante había sobrevivido dos años, al menos, desde la fecha de la adopción. Esta Sentencia resolvió una cuestión interna de inconstitucionalidad, que había suscitado la Sala Primera al otorgar amparo al hijo de un funcionario en la Sentencia 46/1999, de 22 de marzo.

La Sentencia 200/2001 se funda en que la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, establecida por el artículo 14 de la Constitución, debe ser aplicada en conjunción con el artículo 39.2, “que obliga a los poderes públicos a asegurar ‘la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su

filiación' (STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b), de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad, incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE, ya que la filiación no admite categorías jurídicas intermedias (STC 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5)" (FJ 4). En el caso se constata la presencia de una discriminación prohibida por la Constitución por cuanto la norma introduce una diferencia de trato entre dos categorías de personas que constituyen situaciones subjetivas equiparables. Las situaciones son equiparables toda vez que, aunque "la Constitución no contiene una definición del instituto de la filiación", lo que deja un amplio margen al legislador a la hora de regular la institución de la adopción, el legislador ha "caracterizado la institución de la adopción en nuestro Ordenamiento jurídico como una forma o modalidad de filiación, estableciendo al respecto la nueva redacción que se dio al art. 108 del Código que 'la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción'" (FJ 6). Con anterioridad a esta redacción, la Ley distinguía entre adopción simple (no equiparada a la filiación por naturaleza) o plena, lo que justifica la solución dada en su día en la Sentencia 33/1983, de 4 de mayo, que consideró constitucional que se hubiera denegado una pensión de orfandad a una persona que había sido adoptada en forma simple.

Recientemente el Tribunal ha tenido ocasión de volver sobre la cuestión en la Sentencia 9/2010, de 27 de abril. La cuestión esta vez versaba sobre derechos hereditarios: las demandantes de amparo eran hijas adoptivas de un hijo del causante; pero el abuelo, en su testamento, había limitado la herencia a los descendientes "legítimos", lo que dio lugar a su exclusión. La Sentencia otorgó el amparo por discriminación contraria a la igualdad en materia de filiación.

La Sentencia 9/2010 no analiza el acto privado de disposición testamentaria pero sí la respuesta del órgano judicial, que confirmó una interpretación según la cual las descendientes adoptivas no podían considerarse descendientes legítimas en los términos del testamento. Esa interpretación de la cláusula testamentaria no respetó la interdicción constitucional de toda discriminación por razón de nacimiento: ni la exclusión de las hijas adoptivas se deduce inequívocamente de la voluntad del testador, ni cabía interpretar el testamento (otorgado antes del a aprobación de la Constitución de 1978) sin tener en cuenta el contexto constitucional actual:

"En efecto, no ha sido el causante al formular en su día la disposición testamentaria en el ejercicio de su libertad de testar, sino el órgano judicial al interpretar una expresión ambigua y, por tanto, en el ejercicio de la jurisdicción, quien ha creado un tratamiento jurídico discriminatorio a partir de un criterio como el relativo a la filiación adoptiva, que resulta expresamente prohibido por el art. 14 CE en relación con el art. 39.2 CE. A este resultado se llega por aplicación de la doctrina constitucional, a la que ya se ha hecho referencia, en virtud de la cual los órganos judiciales pueden vulnerar el art. 14 CE cuando interpretan las normas jurídicas con un criterio que produzca 'el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables,

siempre que la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en Derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada que en aquel caso se produce, lo cual supone que si existe esa alternativa de interpretación más conforme con la igualdad su no utilización equivale a una aplicación de la norma que el art. 14 CE no consiente' (SSTC 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8)" (STC 9/2010, FJ 4).

B) La fecundación in vitro

El Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las cuestiones que suscitan las nuevas tecnologías en el ámbito de la filiación con ocasión del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, en la Sentencia de Pleno 116/1999, de 17 de junio. De esta Sentencia interesa ahora la doctrina elaborada sobre la denunciada infracción de la "garantía institucional de la familia", que fue rechazada.

En cuanto a las alegaciones generales contra la Ley, permiten a la Sentencia 116/1999 recordar la amplitud del concepto de familia protegida por la Constitución, distinto del pretendido por los recurrentes:

"nuestra Constitución 'no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio', ni existe ninguna 'constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural' (STC 222/1992, fundamento jurídico 5, reiterada en la STC 47/1993, fundamento jurídico 2). Igualmente obvio resulta ... que, como es normal y arraigado en nuestra cultura, la noción constitucional de familia incluye relaciones sin descendencia (STC 222/1992, fundamento jurídico 4) ... No existe, por lo tanto, una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación (SSTC 289/1993 y 114/1997) ni, como queda dicho, el concepto constitucional de familia se reduce a la matrimonial (SSTC 184/1990 y 222/1992)" (FJ 13).

En cuanto a las alegaciones concretas, es de destacar la relativa al art. 5.5 de la Ley, que prescribe el anonimato de la donación de gametos y preembriones. El Tribunal considera perfectamente compatible esta disposición con el mandato constitucional conforme al cual la Ley ha de posibilitar la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE *in fine*). En efecto, el mandato constitucional no protege un derecho incondicionado, al margen de razones que lo desaconsejen. Por el contrario, el anonimato de la donación está justificado (la investigación en este caso no se orientaría a la constitución de un

vínculo jurídico), tiene una base racional (que conecta con el derecho a la intimidad de los donantes y la finalidad de evitar la disuasión en las donaciones) y no supone una imposibilidad absoluta, pues admite excepciones en circunstancias extraordinarias.

C) La investigación de la paternidad

De conformidad con el art. 39.2 *in fine* de la Constitución: “La ley posibilitará la investigación de la paternidad”. En torno a esta cuestión el Tribunal ha establecido una consolidada doctrina con dos piedras angulares: la práctica de la prueba biológica acordada por el órgano judicial con las debidas garantías no vulnera derechos fundamentales de la persona sometida a dichas pruebas; y la negativa a someterse a la prueba puede constituir un indicio de la paternidad, aunque no es prueba suficiente por sí misma, sino formando parte de un conjunto probatorio.

En la Sentencia 7/1994, de 17 de enero, de gran trascendencia en esta cuestión, el Tribunal otorgó el amparo a una madre soltera que reclamaba la paternidad de su hija, cuya demanda civil había sido desestimada por falta de prueba suficiente, pues las cartas y las fotografías aportadas solo acreditaban la existencia de una relación sentimental, pero eran insuficientes para acreditar la paternidad. Tanto el Juzgado como la Audiencia habían acordado la práctica de pruebas biológicas, con citación personal del demandado y advertencia de las consecuencias legales; pero no pudo ser llevada a cabo porque el varón demandado se había negado a facilitar la toma de muestras. La Sentencia 7/1994 declaró que la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico de alguna de las partes no vulnera los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad física y moral, cuando se encuentra debidamente motivada y se acomoda a las precauciones establecidas por la ley para evitar demandas frívolas o torticeras:

“Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación” (FJ 6).

Ejemplo de aplicación de la precitada doctrina es el Auto 276/1996, de 2 de octubre, que inadmite el recurso de amparo interpuesto por un matrimonio que se había negado a la práctica de unas pruebas biológicas, frente al demandante soltero que reclamaba la paternidad e impugnaba la filiación matrimonial. En la misma línea la Sentencia 95/1999, de 31 de mayo, deniega el amparo a la recurrente en amparo, demandada en el procedimiento, que se negó a someterse a la prueba biológica de forma injustificada.

En esta línea jurisprudencial se afirma, igualmente, que el uso de la negativa a someterse a la prueba biológica puede ser utilizada como indicio probatorio de paternidad, siempre que se cumplan determinadas garantías: la prueba ha debido ser acordada por el órgano judicial, en un proceso que solo puede ser incoado previa presentación de un principio de prueba, mediante resolución motivada y tomando en consideración la salud del demandado. El indicio que aporta la negativa injustificada a la prueba debe ser sumado al conjunto del caudal probatorio y ser, por tanto, un elemento de convicción en la valoración de la prueba; pero ello impide que una declaración de paternidad se apoye exclusivamente en la negativa a someterse a la prueba biológica, como en el caso resuelto por la Sentencia 29/2005, de 14 de febrero. Con la misma lógica, tampoco cabe utilizar como indicio en la valoración de la prueba la negativa a someterse a la prueba biológica cuando tal prueba no sólo no ha sido acordada por el órgano judicial sino que ha sido expresamente denegada. Por esta razón se amparó al recurrente en la Sentencia 177/2007, de 23 de julio.

D) La reclamación y la impugnación de la paternidad

La regulación dada por el legislador tanto a la reclamación como a la impugnación de la paternidad, en los artículos 133.1 y 136.1 Código civil, fueron objeto de cuestión de inconstitucionalidad, pues ambos preceptos establecían límites estrictos en el acceso a la justicia. En ambos casos el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de estos límites, respectivamente por las Sentencias 273/2005, de 27 de octubre, y 138/2005, de 26 de mayo, respectivamente.

De conformidad con el artículo 133.1 del Código civil: “La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida”. La cuestión de inconstitucionalidad se planteó por cuanto esta norma impedía al progenitor no matrimonial reclamar la filiación, salvo que estuviera respaldada por la posesión de estado. La Sentencia 273/2005, de 27 de octubre (y la Sentencia 52/2006, de 16 de febrero), declaró inconstitucional este precepto por considerar que, efectivamente, vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en la vertiente de acceso a la jurisdicción. La fundamentación de la Sentencia parte de la necesaria conexión en este supuesto del art. 24.1 CE con el principio rector de protección a la familia del art. 39 CE.

Respecto al deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE), la Sentencia recuerda que “la jurisprudencia constitucional ha insistido en que del mismo no se deduce un deber para los poderes públicos de dispensar su amparo, indiferenciadamente y sin matices, a todo género de unidades familiares, pues es evidente que el legislador puede establecer diferencias entre unas y otras en atención a distintos criterios que resulten racionales, dentro de la libertad de configuración de que goza en el desarrollo de los principios recogidos en el art. 39 CE [SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 4 b), y 47/1993, de 8 de febrero, FJ 2]” (FJ 6). Lo cual hace posible que, en uso de su libertad el legislador haya optado por limitar la posibilidad de reclamación de la filiación en los términos expresados en el precepto cuestionado.

Ahora bien, la Sentencia considera que la solución establecida por el legislador vulnera el mandato constitucional que dispone que la ley posibilitará la investigación de la paternidad (art. 39.2 *in fine* CE):

“aunque no pueda hablarse de la existencia de un derecho de los progenitores sobre los hijos como correlato de la existencia de los deberes que les impone el art. 39.3 CE, sin embargo, la investigación de la paternidad no puede quedar reducida a un derecho del hijo, con exclusión de toda iniciativa por parte de los progenitores, pues también a éstos alcanza un interés en el conocimiento de la verdad biológica. En este sentido, en la ya citada Sentencia 138/2005 hemos señalado que el mandato del constituyente al legislador de posibilitar la investigación de la paternidad ‘guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona’ (FJ 4)” (FJ 7).

A partir de esta premisa, la Sentencia constata que el legislador ha redactado la norma previa ponderación de los intereses en presencia, pero con la consecuencia de la total ignorancia de los intereses del progenitor biológico, sin que esta situación pueda considerarse proporcionada:

“el legislador ha ignorado por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial. En efecto, la opción del legislador cercena de raíz al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, impidiéndole así instar la investigación de la paternidad; esto es, en la ponderación de los valores constitucionales involucrados realizada por el legislador se ha anulado por completo uno de ellos, sin que la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas. Pues bien, el sacrificio que se impone no resulta constitucionalmente justificado

desde el momento en que, aparte de que podría haber sido sustituido por otras limitaciones (como la imposición de límites temporales a la posibilidad de ejercicio de la acción), el sistema articulado por nuestro ordenamiento no permite, en ningún caso, el planteamiento y la obligada sustanciación de acciones que resulten absolutamente infundadas, desde el momento en que, a tal efecto, se prevé que ‘en ningún caso se admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde’ (art. 767.1 LEC [Ley de enjuiciamiento civil] y, anteriormente, el derogado art. 127 CC)” (FJ 7).

También fue cuestionada la constitucionalidad del artículo 136 del Código civil, que regula la acción para impugnar la filiación matrimonial. La duda se centraba en el plazo establecido por la ley para que el marido niegue que es el padre del hijo de su mujer: el plazo es de un año, contado a partir del día en que se produjo la inscripción de la filiación en el Registro Civil, siempre y cuando el marido y supuesto padre conociese el hecho del nacimiento del hijo. El precepto hace que el plazo para el ejercicio de la acción empiece a correr aunque el marido ignore que no es el progenitor biológico. Las Sentencias 138/2005, de 26 de mayo, y 156/2005, de 9 de junio, declararon inconstitucional este precepto “en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil”. La razón es que vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en su vertiente de acceso a la justicia.

La Sentencia 138/2005 establece la premisa de que “en la medida en que ciertas pruebas biológicas han permitido determinar con precisión la paternidad ... cobra todo su sentido el mandato del constituyente de que la Ley posibilite la investigación de la paternidad, cuya finalidad primordial es la adecuación de la verdad jurídico-formal a la verdad biológica, adecuación vinculada a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)”, “tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona”. Al cumplimiento de ese mandato constitucional se dirigió la reforma del Código civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que dio nueva redacción a los preceptos comprendidos en el título V de su libro I, reguladores de las relaciones paterno-filiales, entre ellos el art. 136, que contempla la acción de impugnación de la paternidad matrimonial.

La Sentencia admite que es lícito que el legislador fije un plazo máximo para impugnar la filiación matrimonial, en aras de la seguridad jurídica de las relaciones familiares, la estabilidad del estado civil de las personas y de los intereses de los hijos. Tampoco ofrece dudas de constitucionalidad que el indicado plazo de caducidad tenga, en principio, como término inicial la fecha de inscripción de la filiación en el Registro Civil, ya que la finalidad de la referida acción no es sino destruir los efectos de la paternidad proclamada por los asientos registrales, permitiendo la desaparición, entre los sujetos afectados, de un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial. Tampoco merece

reproche desde la perspectiva constitucional que se incorpore como excepción la previsión de que el mencionado plazo no comenzará a correr si quien ha sido reputado legalmente como padre no conoce todavía el nacimiento del hijo. Lo que se declara inconstitucional es que el legislador no haya previsto, a los efectos de que el plazo para el ejercicio de la acción comience a transcurrir, que el padre legal desconozca que no es el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como su hijo:

“Es aquí donde el precepto resulta contrario a la Constitución, en lo que tiene de norma excluyente. El enunciado legal, al referirse tan sólo al marido que desconoce el nacimiento del hijo, entraña la exclusión a contrario de quien, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, sin embargo desconoce su falta de paternidad biológica, quedando de este modo al margen de la previsión legal. Pues bien, esa exclusión *ex silentio* tiene como consecuencia una imposibilidad real de ejercitar la acción impugnatoria por el marido que adquiere conocimiento de la realidad biológica una vez transcurrido un año desde que se hizo la inscripción registral. Esta exclusión resulta tanto menos justificada cuanto el conocimiento de ambos datos —el nacimiento del hijo inscrito y que no se es progenitor biológico— son presupuestos ineludibles no ya para el éxito de la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial, sino para la mera sustanciación de la pretensión impugnatoria ya que en materia de acciones de filiación nuestro ordenamiento prevé que ‘en ningún caso se admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde’ (art. 767.1 de la Ley de enjuiciamiento civil y, anteriormente, el derogado art. 127 CC). La imposibilidad de ejercitar la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial mientras falte un principio de prueba, que sólo puede aportarse si existe el previo conocimiento de la discrepancia del Registro Civil con la realidad biológica, aboca al principio *actiones nondum natae nondum praescribuntur* (art. 1969 CC)” (FJ 4).

E) El desamparo: padres biológicos contra adoptivos

La doctrina constitucional en torno a los procedimientos de declaración de desamparo, asunción de tutela, constitución de acogimiento y procedimiento de adopción se construye sobre la lógica de que, estando en juego intereses de la mayor trascendencia han de extremarse las garantías procesales respecto de todos los intervinientes: de los progenitores biológicos y de los propios menores, sin duda, y también de otras personas afectadas.

En este ámbito los asuntos se plantean como regla general en clave de indefensión. A ello suele unirse la alegación de vulneración del derecho a la integridad física y moral del menor (art. 15 CE), con la consecuente exigencia de motivación reforzada. Sólo excepcionalmente el asunto se plantea en otros términos. Es el caso resuelto por la

Sentencia 260/1994, de 3 de octubre, que deniega el amparo promovido por la Generalidad de Cataluña frente a la resolución judicial que revocó su decisión de asumir la tutela de los menores integrados en la secta "Niños de Dios" y en que el amparo se centraba en la vulneración del derecho de los menores a la educación (art. 27.1 CE).

En relación con la prohibición de indefensión en el proceso del progenitor biológico es de gran importancia la Sentencia 143/1990, de 26 de septiembre, que otorga el amparo a la madre del menor acogido, y finalmente adoptado, por otra familia. En el procedimiento de adopción la madre biológica fue citada por edictos, a pesar de que el Juez pudo llegar a conocer sin la menor dificultad su domicilio, pues constaba en las actuaciones practicadas ante el Tribunal Tutelar de Menores en el precedente expediente de protección del menor de edad. La Sentencia se limitó a aplicar la doctrina general relativa a las comunicaciones edictales a los procesos judiciales, no sin dejar de subrayar que en los procedimientos judiciales de adopción, en los que están en juego "intereses de la mayor importancia en el orden personal y familiar, resulta especialmente necesaria la comparecencia de los padres biológicos del menor adoptado, lo que le obliga a rodear de las mayores garantías y del más escrupuloso celo los actos judiciales de comunicación con estos últimos que se practiquen en tales procedimientos" (FJ único).

En esa misma línea, la más reciente Sentencia 58/2008, de 28 de abril, otorga amparo a otra madre biológica que no pudo intervenir en el proceso de adopción en los términos previstos por la ley: el órgano judicial no tuvo a la madre biológica por personada y parte en el procedimiento, prescindió del asentimiento de la madre sin establecer la razón, a pesar de que la madre se opuso expresamente a la adopción, y rechazó la conversión del proceso de jurisdicción voluntaria en contencioso, como pree la Ley de enjuiciamiento civil en su artículo 781.

Por el contrario, cuando el progenitor biológico no ha sufrido indefensión material en el procedimiento se deniega el amparo. Es el caso de la Sentencia 298/1993, de 18 de octubre, en el que la madre biológica alegaba indefensión en el procedimiento de declaración de desamparo de su hijo.

La Constitución también salvaguarda la intervención en el proceso del propio menor. En la Sentencia 221/2002, de 25 de noviembre, se otorga el amparo en un caso en el que había sido ordenado que una menor regresara con la familia de adopción después de que, una vez adoptada, había sido nuevamente declarada en situación de desamparo e integrada en una nueva familia de acogida. La decisión judicial había sido dictó sin la preceptiva audiencia de la menor (art. 9 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor) y con una motivación que el Tribunal Constitucional consideró defectuosa: el órgano judicial descartó la alegación del daño psíquico que el retorno ocasionaría a la menor sin evaluar si tal riesgo existía en aquel momento, pues los peritajes tenían dos años de antigüedad.

Los mismos vicios se aprecian en el caso resuelto por la Sentencia 71/2004, de 19 de abril, que otorga el amparo a los recurrentes, los acogedores de la menor, frente a la

orden de ejecución de la cesación del acogimiento preadoptivo y de las medidas para la progresiva reintegración de la menor a la madre biológica. La decisión que mantiene la ejecución no entra a valorar las circunstancias sobrevenidas que fueron alegadas en contra de la ejecución. Igualmente el paso del tiempo determinó que, si bien la menor podía no ser oída en el primer procedimiento, al momento del procedimiento de ejecución había alcanzado el juicio suficiente para hacer necesaria su audiencia. Debe señalarse que en la Sentencia 221/2002, el Tribunal también apreció la vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral de la menor (art. 15 CE), mientras que en la Sentencia 71/2004 se descartó por considerar que las situaciones no eran sustancialmente iguales: primero, porque la evaluación del riesgo relevante para la menor se ha de apreciar con inmediación y, segundo, por ser la contraparte, en este caso, la madre biológica cuando, en aquél, lo eran los padres adoptivos.

Por fin, el Tribunal también ha procurado asegurar la intervención en el proceso de otros interesados. La Sentencia 124/2002, de 20 de mayo, otorgó amparo a los acogedores preadoptivos de dos menores, a quienes no se había permitido que actuaran como parte en el proceso iniciado por la madre biológica contra la Administración pública, oponiéndose a la declaración de desamparo de sus hijos y a la constitución de un acogimiento familiar por parte de la Junta de Andalucía.

F) La guarda y custodia y el régimen de visitas

En lo atinente a estas cuestiones, la doctrina constitucional se dirige eminentemente a controlar si la motivación que sustenta la atribución de la guarda y custodia a uno u otro progenitor y el establecimiento de un determinado régimen de visitas es constitucionalmente admisible o no.

Así, en la Sentencia 141/2000, se otorgó el amparo a un padre separado, cuyos derechos de visita a sus hijos habían sido drásticamente reducidos, a petición de la madre, por su pertenencia al Movimiento Gnóstico Cristiano Universal. La Sentencia declaró que la resolución judicial había vulnerado el derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE) del padre. Aunque no dejó de advertir que los padres tienen límites en el ejercicio de sus derechos:

“frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser

ponderados teniendo siempre presente el ‘interés superior’ de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)” (STC 141/2000, FJ 5).

Lo que determinó en el caso el otorgamiento del amparo era la desproporción que se apreciaba en las medidas adoptadas, toda vez que, una vez prohibida la participación de sus creencias a sus hijos, acordada por el Juez de instancia, la Audiencia Provincial añadió sin motivación la reducción del régimen de visitas, privándole de las que le correspondían en las vacaciones de verano, navidad, semana santa y las fallas, y reduciendo las visitas de fin de semana alternos desde las 10 horas hasta las 20 horas del sábado y el domingo, con expresa prohibición de que los menores pernatasen con su padre.

Los graves problemas que suscita la atribución de los derechos de guarda y custodia de los hijos comunes entre los padres, en procesos por separación o divorcio, han dado lugar a distintos pronunciamientos. La Sentencia 144/2003, de 14 de julio, amparó al padre de una niña de dos años de edad, porque su guarda y custodia había sido atribuida a la madre en aplicación mecánica de la preferencia que establecía el Código civil a favor de las madres en el caso de menores de siete años (antiguo art. 159 CC, derogado por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. La Sentencia consideró que esa atribución había vulnerado los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad del recurrente (arts. 24.1 y 14 CE). De hecho, el artículo 159 del Código civil había dado lugar a una cuestión de inconstitucionalidad, precisamente por discriminar a los padres, que había sido declarada extinguida por pérdida de objeto, a la vista de su derogación y falta de aplicabilidad, por el Auto 438/1990, de 18 de diciembre.

Por el contrario, la Sentencia 176/2008, de 22 de diciembre, denegó amparo a un padre cuyos derechos de visita habían sido reducidos, mientras llevaba a cabo un tratamiento para cambiar de sexo. La Sentencia, tras examinar numerosos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y la jurisprudencia europea, afirma que la condición de transexual está protegida por la prohibición de discriminaciones del art. 14 CE, incluida en la cláusula final relativa a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Por ende, no resulta constitucionalmente admisible una decisión judicial que suprima, suspenda o limite el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con fundamento, de forma principal y exclusiva, en la transexualidad de alguno de los progenitores. Sin embargo, se recuerda que, en aras del principio del interés superior del menor, cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los padres pueda repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad de su hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste (STC 141/2000). Las Sentencias de instancia y apelación, sin embargo, habían justificado la restricción del régimen de visitas, no en la transexualidad del padre, sino en su inestabilidad emocional mientras pasaba de ser hombre a mujer: el informe pericial psicológico había advertido que el cambio suponía la existencia de un

riesgo relevante de alteración de la salud emocional y el desarrollo de la personalidad del menor:

“En suma, una decisión judicial o de otro poder público que suprima, suspenda o restrinja los derechos del progenitor en relación con sus hijos menores, cuya *ratio decidendi* descansa de manera decisiva, expresa o implícitamente, en la orientación sexual de dicho progenitor supone una diferenciación discriminatoria proscrita por el art. 14 CE, pues en ningún caso el mero dato de la orientación sexual o, más específicamente, de la disforia de género puede erigirse en justificación objetiva y razonable para dispensar un trato discriminatorio en perjuicio de ese progenitor en el marco de sus relaciones paternofiliales. Ello implica que resulte exigible que la resolución judicial (o, en su caso, administrativa) que en estos casos pueda acordar una supresión o limitación de derechos del progenitor transexual en relación con sus hijos menores, extreme, al formular su juicio de ponderación, y teniendo siempre presente el interés prevalente del menor, la justificación de la necesidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas acordadas, de suerte que el escrutinio de la resolución permita descartar, sin sombra de duda alguna, que la orientación sexual o la disforia de género del progenitor haya sido el verdadero motivo de la decisión adoptada” (FJ 7).

El interés superior del menor tiene un alcance de carácter general. Así lo muestra la Sentencia 217/2009, de 14 de diciembre, que otorga amparo por la inadmisión de un recurso de reposición, fundado en una razón formalista contraria al derecho a la tutela judicial; la Sentencia subraya que la decisión judicial, dictada en un procedimiento de modificación del régimen de visitas, es también censurable por perjudicar el interés del menor afectado. Por su parte, la Sentencia 120/2002, de 20 de mayo, que otorga amparo frente a la inadmisión de un recurso en un procedimiento de sustracción internacional de menores, insiste en esa misma perspectiva.

Por último, debe anotarse que están pendientes de resolución dos cuestiones de inconstitucionalidad en relación con el artículo 92.8 del Código civil que establece la custodia compartida por su posible incompatibilidad, entre otros, con los arts. 14, 24 y 39 CE (CC II 776-2010 y 8912-2006).

4. La relaciones de hecho en materia de familia

A) Convivencia more uxorio

El contenido normativo del derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE) incluye, sin duda, la libertad para casarse y, asimismo, para no hacerlo. La jurisprudencia constitucional ha relacionado en ocasiones la decisión de no celebrar matrimonio con la libertad de creencias, reconociendo el carácter ideológico de la toma de postura ante esta institución. Así, la Sentencia 47/1993 (8 de febrero, f.º 4, o bien la STC 66/1994, de 28 de febrero) afirma:

“si bien la Constitución reconoce el derecho a contraer matrimonio, este derecho no entraña correlativamente, es obvio, un deber u obligación; por lo que tampoco está justificado reprochar a un miembro de una unión matrimonial que no haya contraído matrimonio, cualquiera que sea la causa de tal decisión, ya que el contraerlo o no contraerlo pertenece al ámbito de la libertad de la persona y, tanto en uno como en otro caso, esa decisión se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas”.

Cuestión distinta es el régimen jurídico que el legislador puede establecer para las distintas estructuras de convivencia. Desde las Sentencias 209/1988, de 10 de noviembre, y 45/1989, de 20 de febrero, ha quedado claro que el legislador no puede perjudicar a ninguna persona por haberse casado: este principio condujo a la declaración de inconstitucionalidad del régimen entonces vigente del impuesto sobre la renta de las personas físicas, precisamente porque gravaba más a las personas casadas que a quienes no lo estaban. “Si la carga tributaria que pesa sobre una persona integrada en una unidad familiar es mayor que la que pesa sobre otro contribuyente con idéntico nivel de renta, pero no integrado en una unidad de este género (o, lo que es lo mismo, mayor que la que pesaría sobre esa misma persona si no constituyera parte de una familia, a efectos fiscales), es evidente que no sólo se lesiona el principio de igualdad, sino que directamente se va en contra del mandato constitucional que ordena la protección de la familia, a la que, al obrar así, no sólo no se protege, sino que directamente se la perjudica” (STC 45/1989, f.º 7).

La cuestión que mayor atención ha exigido de la jurisprudencia ha sido la licitud de que la ley trate mejor a los matrimonios que a las uniones no matrimoniales, creadas por la pura convivencia de hecho de una pareja. La doctrina constitucional en este punto se ha desarrollado en torno a las siguientes constantes: es constitucionalmente admisible el tratamiento diferente del matrimonio y la unión de hecho, pero dentro de los límites propios del principio de igualdad ante la ley; y siempre que la unión de hecho no sea el resultado de la imposibilidad de contraer matrimonio.

Estas constantes están presentes en la Sentencia de Pleno 184/1990, de 15 de noviembre, que declara conforme a la Constitución que la norma legal requiriese la condición de viuda o viudo del cónyuge causante para tener derecho a la pensión de viudedad, excluyendo a las parejas de hecho del disfrute de la pensión. Así, confirmó la validez del artículo 160 de la Ley general de la Seguridad Social entonces vigente (texto refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo; en la actualidad, el art. 174.3 LGSS 1994, modificado por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, reconoce la prestación a determinadas parejas de hecho); así como de una disposición adicional de la Ley 30/1981, de 7 de julio (la adicional décima, apartado 2), que reintrodujo el divorcio en la institución matrimonial, que reconocía el derecho a la pensión de viudedad de quienes no hubieran podido contraer matrimonio antes de su vigencia, pero condicionándolo a que el fallecimiento de uno de ellos hubiera acaecido con anterioridad a la vigencia de la Ley:

“Es claro que en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia” (FJ 3).

La Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, incluye también otro argumento, que no agota: “Sin embargo, el razonamiento anterior no conduce a afirmar que toda medida que tenga como únicos destinatarios a los cónyuges, con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y en todos los casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su art. 14” (FJ 2). Precisamente a esta línea de razonamiento responde la Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre, que declaró inconstitucional que la ley reservase a los matrimonios el derecho del cónyuge superviviente a subrogarse en el arrendamiento de la vivienda familiar (art. 58.1 de la antigua Ley de arrendamientos urbanos, texto refundido aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre):

“Ningún problema de constitucionalidad existiría si el concepto de familia presente en el art. 39.1 de la Constitución hubiera de entenderse referido, en términos exclusivos y excluyentes, a la familia fundada en el matrimonio. No es así, sin embargo. Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que

manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter 'social' de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por lo tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo” (FJ 5).

“Una doctrina constante de este Tribunal ... viene estableciendo que los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas. La norma excluyente cuya constitucionalidad está aquí en cuestión muestra —tal como ya se ha adelantado— una finalidad protectora de la familia, pero la diferenciación que introduce entre el miembro supérstite de la pareja matrimonial y el que lo sea de una unión de hecho no sólo carece de un fin aceptable desde la perspectiva jurídico-constitucional que aquí importa, sino que entra en contradicción, además, con fines o mandatos presentes en la propia norma fundamental” (FJ 6).

Por último, en la Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, también está presente un último elemento esencial: si efectivamente hubo libertad para contraer matrimonio o no. La casuística atendida por el Tribunal sobre este tópico es muy amplia. Así, se ha otorgado el amparo a la pareja de hecho que recibe un trato distinto cuando no pudo contraer matrimonio por estar él casado, antes de la Ley 30/1981 (SSTC 260/1988, de 22 de diciembre, 155/1998, de 13 de julio), porque su pareja (viuda) no quiso casarse para evitar que los hijos de ella fueran al servicio militar (STC 47/1993, de 8 de febrero, con un Voto particular), o por la oposición de la pareja de la recurrente a contraer matrimonio religioso, siendo necesaria una declaración sobre sus creencias (constitucionalmente inadmisibles) para poder celebrar matrimonio civil (STC 180/2001, de 17 de septiembre). Por el contrario, no se ha otorgado amparo cuando no se contrajo

matrimonio por convicción (STC 66/1994, de 28 de febrero) o porque la ley no reconocía el matrimonio homosexual (ATC 222/1994, de 11 de julio).

B) Los hijos habidos fuera del matrimonio

Como ya se ha indicado, la doctrina constitucional en materia de filiación se comprende como consecución del principio de igualdad ante la ley de los hijos: adoptivos o biológicos y, dentro de éstos, matrimoniales o extramatrimoniales.

“La filiación por naturaleza ... puede tener lugar tanto dentro como fuera del matrimonio, no existiendo diferencia alguna entre una y otra modalidad en su origen. Por consiguiente, la condición extramatrimonial no podría aceptarse como causa de desigualdad de trato dado que sería expresión de una minusvaloración a la que la Constitución quiere poner barrera, pues es notoria la posición de desventaja y, en esencia, de desigualdad sustancial que históricamente han conllevado las relaciones extramatrimoniales frente a las matrimoniales, así como los efectos desfavorables para los hijos nacidos en aquéllas” (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 6).

La explícita proclamación constitucional de que los hijos son “iguales ... ante la ley con independencia de su filiación” (art. 39.2 CE) ha dado lugar a una vigorosa jurisprudencia, iniciada por la Sentencia 80/1982, de 20 de diciembre. En ella se anuló unas sentencias civiles que habían conocido de un litigio sobre filiación extramatrimonial nacido de hechos anteriores a la entrada en vigor de la Constitución e incoado, igualmente, antes de esa fecha. Más aún, el pleito había sido fallado en la instancia antes de la vigencia de la Constitución; las sentencias enjuiciadas en sede de amparo habían sido dictadas en grado de apelación y de casación. El Tribunal Constitucional subrayó que la Constitución es “nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal”; norma que es vinculante para todos los poderes públicos (“entre los cuales se insertan obviamente ‘los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial’: art. 117 CE) “desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional”.

La conclusión obtenida por esa importante Sentencia fue que “todo español tiene desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución” los derechos y libertades fundamentales proclamados en ella. Por lo cual no puede perpetuarse, vigente la Constitución, ninguna situación contraria a los derechos fundamentales, aun cuando hubiera surgido de conformidad con la legislación preconstitucional. Los efectos provocados por la entrada en vigor de la Constitución, en particular en lo relativo a su núcleo de derechos y libertades, “produce necesariamente efectos incluso sobre los procesos pendientes, actuando así como límite al principio según el cual un proceso

debe resolverse con arreglo a la legislación vigente en el momento de interposición de la acción”. Las sentencias que conocieron en grado de recurso fueron anuladas en amparo, para que resolvieran de conformidad con la Constitución al revisar la sentencia del Juzgado de primera instancia, “válida en su día, pero no firme” antes de la entrada en vigor de la Norma de 1978. La Sentencia advirtió lúcidamente que esta eficacia desde el mismo 29 de diciembre de 1978 “no implica la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo”, que desplegó todos sus efectos en esa fecha que, desde entonces, ha quedado marcada indeleblemente en nuestro Derecho: el día en que la Constitución fue publicada, tal y como prescribe su disposición final.

La Sentencia 154/2006, de 22 de mayo, responde a la realización de la igualdad no ya formal sino sustancial. El Tribunal otorgó amparo frente a la resolución judicial que, aplicando una norma formalmente neutra, ocasionaba un resultado discriminatorio. La recurrente reclamaba para su hijo extramatrimonial una indemnización por fallecimiento del padre en accidente de trabajo. La indemnización estaba prevista en beneficio de hijos, matrimoniales o no, para el supuesto de fallecimiento de ambos progenitores. Esta circunstancia no concurría, lo que condujo al órgano judicial a desestimar la pretensión. La Sentencia observa que la norma no es formalmente discriminatoria pero materialmente sí, pues en el caso de fallecimiento de un progenitor, si el hijo es matrimonial, el progenitor superviviente sí tiene derecho a otras indemnizaciones, a las que no puede acceder si el progenitor no se encuentra casado. En consecuencia, la denegación de la indemnización reclamada tiene un impacto perjudicial en el caso del hijo extramatrimonial. A la luz de esta realidad, el Tribunal declara la existencia de una discriminación indirecta, originada precisamente en una interpretación neutra de una norma formalmente neutra: “la vulneración del derecho fundamental también deberá declararse si la norma, o una interpretación judicial de la misma formalmente neutra en el trato a unos y otros hijos, ocasiona en los hijos extramatrimoniales un impacto o resultado adverso” (FJ 8).

En esta línea de avance en la igualdad de los hijos es también interesante el tratamiento dado por el Tribunal al ya derogado art. 487 bis del Código penal de 1973 (introducido por la Ley Orgánica 3/1989), que tipificaba como punible el impago de prestaciones económicas derivadas de crisis matrimoniales, dejando al margen a los hijos extramatrimoniales. Es inmediato que la norma provocaba una discriminación por razón de nacimiento y así lo reconoció el Tribunal:

“el legislador, ejerciendo su libertad de configuración normativa, puede elegir libremente proteger o no penalmente a los hijos en las crisis familiares frente al incumplimiento por sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumben y judicialmente declaradas, pero una vez hecha esta elección no puede dejar al margen de la protección a los hijos no matrimoniales sin incidir en una discriminación por razón de nacimiento que proscribe el art. 14 de la Constitución” (STC 74/1997, de 21 de abril, FJ 4, confirmada luego por Sentencia de Pleno 67/1998, de 18 de marzo, f. 5).

Sin embargo, el fallo de la primera Sentencia había denegado el amparo: la STC 74/1997, de 21 de abril, razonó que el órgano judicial no podía efectuar una interpretación extensiva de la norma, que era de carácter penal, por vedarlo el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE); tampoco hay un derecho de la víctima a obtener la condena penal de otro. Poco tiempo después, el Pleno, aun manteniendo la constatación de que los hijos extramatrimoniales eran discriminados por la norma legal, modificó los efectos del fallo: la Sentencia 67/1998, de 18 de marzo, coincide con la anterior en que el Tribunal penal no podía evitar el resultado discriminatorio, dejando sin castigo el impago de pensiones alimenticias por parte de un padre no casado, en acatamiento del principio de legalidad penal; pero el Tribunal no renuncia a reconocer en el fallo la “patente discriminación por filiación” y otorga el amparo si bien en términos puramente declarativos: “declarar que ha sido vulnerado el derecho de su hijo a no ser discriminado por razón de nacimiento”.

C) Otros familiares: en particular, los abuelos o hermanos

Para finalizar, conviene advertir que la jurisprudencia constitucional se ha referido siempre a la familia nuclear: los padres y los hijos. Los conflictos en los que han sido protagonistas los miembros de la familia en sentido amplio, tales como abuelos o hermanos, no han sido nunca examinados desde la perspectiva del principio constitucional de protección de la familia. Si este precepto constitucional, artículo 39 CE, resulta o no aplicable a situaciones en que se ven involucrados familiares de segundo o ulterior grado, es una cuestión abierta.

Así, ya se mencionó que la pretensión de unos abuelos de que les fuera confiada la guarda y custodia de sus nietos, sometidos a la jurisdicción de los Tribunales de menores, fue desechada de plano por el Tribunal: el Auto 473/1987, de 22 de abril, inadmitió a trámite por carencia manifiesta de contenido el recurso de amparo donde se suscitaban los derechos de los abuelos, por considerar que su pretensión era “extraña al restablecimiento o preservación de los derechos susceptibles de amparo, en la que no puede entrar el Tribunal Constitucional con arreglo a los artículos 41.3, 44.1 b) y 54 de su Ley Orgánica”.

También resulta significativo que la amplia jurisprudencia recaída sobre la fijación por ley de baremos para fijar la cuantía de las indemnizaciones por lesiones y daños causados en accidentes de tráfico (a partir de la Sentencia 181/2000, de 29 de junio), nunca ha tomado en consideración la existencia de parentesco de las personas que, según la ley, se han visto privadas de toda indemnización, a pesar de que con anterioridad la jurisprudencia, aplicando el principio general de resarcimiento de los daños culposos (art. 1902 del Código civil), sí les había reconocido derecho a

indemnización. Así, la Sentencia 244/2000, de 16 de octubre, rechazó la demanda de unas sobrinas, sin dar la menor relevancia a la existencia de parentesco con la tía que había fallecido en el accidente de circulación. La Sentencia 190/2005, de 7 de julio, sostuvo la constitucionalidad de que la ley excluyera completamente la indemnización de los hermanos mayores de edad de la víctima del accidente, sin dar relevancia especial a la existencia o no de una familia. Igualmente, en un caso extremo, la Sentencia 231/2005, de 26 de septiembre, sostuvo la constitucionalidad de que el baremo legal negara toda indemnización a los hermanos mayores de edad de la víctima del accidente, a pesar de que en el caso se trataba de una minusválida que era atendida por su hermana, fallecida en el accidente de circulación.

En estas Sentencias se sostuvo que “ninguna exigencia constitucional impone que toda persona que sufra un daño moral por la muerte de alguien en accidente de circulación haya de ser indemnizada”, pues “no existe un concepto constitucional de perjudicado ni de beneficiario de la indemnización en la materia regulada por los preceptos cuestionados” (SSTC 190/2005, FJ 5, y 231/2005, FJ 9). También se afirmó que “la diferenciación mayoría-minoría de edad es, sin duda, en línea general, constitucionalmente legítima —aparece expresamente recogida en el art. 12 CE—, dando lugar a status jurídicos distintos, que, entre otras consecuencias, determinan una mayor protección de los menores, como la propia Constitución también reconoce —arts. 39.3 y 4 CE—. Estas previsiones constitucionales tienen, pues, virtualidad bastante para generar un trato favorable. Así las cosas, no puede considerarse contrario a las exigencias de igualdad que impone el art. 14 CE que los hermanos menores de edad de la víctima gocen de una protección (la derivada del reconocimiento de la condición de perjudicado-beneficiario) que no se dispensa a los mayores de edad” (SSTC 190/2005, FJ 4, y 231/2005, FJ 8). En ningún momento se consideró relevante el principio constitucional de protección a la familia.

