

LAS RELACIONES DE FAMILIA  
EN LA DOCTRINA  
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



ELISA PÉREZ VERA  
Académica de Número



REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN  
DE GRANADA

Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia  
y Legislación de Granada

*Coordinación:* José Soto Ruiz

*Diseño y maqueta:* Susana Martínez Ballesteros

*Depósito legal:* GR-635/2016

*I.S.B.N.:* 978-84-608-8047-9

*Imprime:* Entorno Gráfico, Granada.

«Publicación no venal»

Excmo. Sr. Presidente, señoras y señores académicos, autoridades, señoras y señores, amigos y amigas:

**Q**UIERO QUE MIS PRIMERAS PALABRAS sean para agradecer el honor que me hace esta Corporación al encomendarme la impartición de la conferencia inaugural del nuevo curso 2014-2015. Un curso en el que confío que la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada se constituya en referente de la vida jurídica granadina y de toda Andalucía oriental. Una aspiración sin duda ambiciosa, pero que resulta perfectamente factible si atendemos a la poderosa personalidad y a la valía de sus miembros.

## **PRESENTACIÓN**

Al abordar el tema que me propongo desarrollar se impone, ante todo una aclaración, ya que entiendo que su enunciado puede prestarse a equívocos. En efecto, podría pensarse que voy a exponer la doctrina de nuestro Tribunal de garantías constitucionales sobre cuál es el concepto de familia que se deriva de unos imperativos constitucionales que el Tribunal hubiera interpretado y fijado. Nada más lejos de la realidad. En este tema, como en tantos otros, la Constitución se presenta, como dijera el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en distinto

contexto, como «un marco de coincidencias suficientemente amplio para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7), permitiendo que sean las alternativas ofrecidas por las diversas fuerzas políticas las que plasmen, en cada momento, las concepciones que la sociedad tiene de una institución concreta. Así pues, la función del TC es, nada más y nada menos, que la de determinar si, en el establecimiento de una concreta regulación de algunos de los aspectos del derecho de familia, el legislador al dictar la norma y los jueces al aplicarla han traspasado los amplios límites fijados por la Constitución o conculcado alguno de los derechos fundamentales que en la misma se recogen.

En segundo término, las consideraciones que siguen tampoco se proponen analizar la doctrina del Tribunal en relación con la protección de la familia que, como principio rector, se enuncia en el art. 39 CE; una perspectiva sin duda apasionante y que constituye una interesante piedra de toque de la función que en el entramado constitucional desempeñan los principios rectores contenidos en el capítulo III del título I de nuestra Constitución<sup>1</sup>.

En contraste con ambos enfoques el propósito de mi intervención es el de aproximarme a la doctrina del Tribunal sobre las relaciones familiares, entendiendo por

---

1. Son abundantes las aportaciones al respecto. Ver, por todos, CÁMARA VILLAR, G.: «Familia y Constitución», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*. Asamblea Regional de Murcia-Universidad de Murcia, año 2002, nº 14, pp. 47-84.

tales tanto las que dan origen a la familia —con una consideración especial de las relaciones matrimoniales—, como las que se desarrollan en su seno, con énfasis en las relaciones de filiación. No obstante, teniendo en cuenta la deseable duración de este acto, por elemental prudencia, de las relaciones de filiación sólo me ocuparé al final de mi intervención cuando intente fijar los principios que las rigen, sin adentrarme en el análisis pormenorizado de la jurisprudencia constitucional.

## **INTRODUCCIÓN.**

### **EL MARCO CONSTITUCIONAL.**

Centrado en los términos expuestos, nuestro punto de partida ha de ser el tenor mismo de la Constitución en la que se establece un sistema de derechos y libertades que ha tenido un profundo impacto en el régimen del matrimonio y la familia. De hecho, la mera entrada en vigor de la Constitución provocó una profunda mutación de la legislación entonces vigente, contenida en la Ley de 24 de abril de 1958 que, a su vez, era consecuencia directa del Concordato con la Santa Sede de 27 de agosto de 1953. Legislación que presentaba los siguientes rasgos. En primer lugar, puede afirmarse que se producía una identificación entre familia y matrimonio, por lo que en puridad no cabía hablar, desde una perspectiva jurídica, de familias extramatrimoniales. En segundo término, la regla de base era que el matrimonio era el matrimonio canónico, ya que el matrimonio civil sólo podía contraerse si quedaba probado que ninguno de los contrayen-

tes profesaba la religión católica. Finalmente, de esta primacía del matrimonio canónico se derivaban otras consecuencias como la inexistencia de divorcio, una institución que nuestro Ordenamiento sólo conoció en los breves períodos en que estuvieron en vigor las leyes de matrimonio civil de 1870 y 1932.

En contraste con este estado de cosas, 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 admitido 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 de diciembre),

La Constitución reconoce además, 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), entre los que cobra especial relevancia a nuestros efectos, el derecho a la igualdad ante la ley de todos los españoles y la interdicción de discriminaciones, entre otras causas, por razón de sexo (art. 14 CE). Y junto a él, otro precepto constitucional que podría haber tenido —aunque, como veremos, no lo tuvo— un fuerte impacto en

el tema es el artículo 18.2 que proclama el derecho a la intimidad familiar.

Por otra parte, junto al catálogo de derechos fundamentales llamados a condicionar la elaboración y aplicación de las normas relativas al Derecho de familia, la Constitución dedica específicamente dos de sus preceptos al matrimonio y la familia. Se trata, respectivamente, del art. 32 que consagra el derecho de hombre y mujer a contraer matrimonio y del art. 39 relativo a la protección jurídica, social y económica de la familia<sup>2</sup>.

Es importante señalar que la norma sobre el matrimonio se encuentra encuadrada entre los derechos constitucionales, concretamente en la sección 2<sup>a</sup> del capítulo II del título I, titulado «De los derechos y deberes fundamentales». Por el contrario, el artículo 39 forma

---

2. El **artículo 32** dispone:

«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 e separación y disolución y sus efectos».

Por su parte, el **artículo 39** establece:

«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 sus 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».

parte de los principios rectores de la política económica y social (capítulo III del título I). Esta diferencia tiene consecuencias jurídicas de largo alcance, *ex* artículo 53 CE. En efecto, los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo vinculan directamente a todos los poderes públicos, «sin necesidad de mediación del legislador ordinario» (STC 80/1982, de 20 de diciembre), y su ejercicio ha de ser regulado por ley que respetará el contenido esencial del correspondiente derecho o libertad. Por el contrario, los principios rectores sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispongan las leyes que los desarrollen, aunque hay que destacar que su reconocimiento, respeto y protección debe informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Una situación que el profesor SERRANO describió, con frase feliz, al contraponer la familia como asunto de Estado, frente al matrimonio como derecho del ciudadano<sup>3</sup>.

Todas estas previsiones constitucionales son tuteladas por el Tribunal Constitucional, mediante los recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad. Sin embargo, sólo los derechos fundamentales y las libertades públicas enumerados en la sección primera del capítulo II (arts. 15 a 29), así como el derecho a la igualdad y a la objeción de conciencia al servicio militar (arts. 14 y 30.2), reciben una protección reforzada; en efecto, cualquiera puede

---

3. SERRANO MORENO, J.L.: «La familia como asunto de Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 4, 2001.



recabar su tutela ante los Tribunales ordinarios, por procedimientos especiales<sup>4</sup> y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE).

El que ni el derecho a contraer matrimonio ni la protección debida a la familia sean susceptibles de amparo explica que la mayoría de las sentencias sobre matrimonio y familia hayan sido pronunciadas en procesos de control de leyes. Ciertamente, numerosas resoluciones de amparo han abordado cuestiones relacionadas con la familia y el matrimonio, pero lo han hecho desde la perspectiva de derechos susceptibles de ser tutelados por dicha vía. En este plano revisten especial importancia el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y las garantías procesales (art. 24), así como los de igualdad ante la ley y de no discriminación (art. 14).

---

4. En un primer momento la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, estableció un procedimiento basado en los principios de preferencia y subsidiaridad, pero esta regulación ha ido siendo sustituida progresivamente, hasta el punto de que hoy solo se encuentran vigentes sus disposiciones final, derogatoria y transitoria. En la actualidad la protección de los derechos fundamentales es sectorial, localizándose en los arts. 114 a 122 bis LJCA, en la LECrim, tras la reforma operada por la Ley 38/2002, en los arts. 177 a 184 de la Ley de la Jurisdicción Social, y en la LEC que, no establece ningún procedimiento especial, pero dispone que los procedimientos en que se discuta la protección de derechos fundamentales serán objeto de tramitación preferente. Además hay que tener en cuenta la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, aplicable para la protección de tales derechos.

Por el contrario, como acabo de avanzar, el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) no ha encontrado un desarrollo similar al que ha recibido el derecho al respeto a la vida familiar del artículo 8 del Convenio europeo de Derechos humanos, como recordaban las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, (FJ 11) y 186/2013, de 4 de noviembre, (FJ 6). El criterio quedó tempranamente apuntando en el Auto 276/1983, de 8 de junio, que declaró 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.*

Más adelante, el fundamental Auto 473/1987, de 22 de abril, inadmitió a trámite, por carencia manifiesta de contenido, el recurso de amparo planteado por unos abuelos que no habían obtenido de los tribunales de menores, la guarda y custodia de sus nietos, y que invocaban el artículo 18.1. Su petición fue declarada una «pretensión extraña al restablecimiento o preservación de los derechos susceptibles de amparo, en la que no puede entrar el Tribunal Constitucional». En consecuencia, estas cuestiones atinentes a la situación familiar son analizadas por la doctrina constitucional, exclusivamente, en clave de garantías procesales.

El citado criterio ha sido mantenido sin fisuras hasta nuestros días, como muestra el Auto 28/2001, de 1

de febrero, que inadmitió el amparo solicitado por una Administración pública que había asumido la guarda y custodia de unos menores desatendidos o en situación de riesgo; en su Auto, 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, entendiendo que se trata de una ponderación 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 pre-adoptivo 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<sup>5</sup>.

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

---

5. Véanse también las SSTC 71/2004, de 19 de abril, y 176/2008, de 22 de diciembre.

y desarrollar los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan; aunque, en todo caso, competen al Estado las reglas relativas a las formas de matrimonio y la ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8 CE). Como consecuencia de esta compleja distribución de competencias, se han planteado no pocos problemas que, en su vertiente competencial, no retendrán nuestra atención<sup>6</sup>.

### **RELACIONES EN EL ORIGEN DE LA FAMILIA. ESPECIAL REFERENCIA AL MATRIMONIO.**

Como ya he adelantado el precepto de la Constitución de 1978 que nuclearmente hace incompatible con ella el régimen jurídico del matrimonio vigente hasta su promulgación es el artículo 16 que proclama el derecho a las libertades, ideológica y religiosa. En él:

*[...] se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.*

De donde se deriva, como señala el apartado 3 del propio artículo, que «ninguna confesión tendrá carácter estatal». En efecto, de esta «neutralidad» del Estado

---

6. En la actualidad, se encuentran pendientes ante el Tribunal dos recursos de inconstitucionalidad de contenido competencial: El RI 2845-2007, planteado frente a una norma dictada por la Comunidad Autónoma de Galicia, y el RI 9888-2007, en que la norma impugnada procede de la Comunidad Autónoma de Valencia.

respecto de las creencias religiosas de los ciudadanos se derivan importantes consecuencias: en primer lugar, ningún matrimonio religioso —ni siquiera el celebrado ante la Iglesia católica, sociológicamente mayoritaria en nuestro país— podrá ser considerado paradigma de la institución; por el contrario, en segundo término, todos los matrimonios celebrados por algún rito religioso (incluido el católico) para tener efectos civiles habrán de ser reconocidos por el Estado. En tercer lugar, aunque la vinculación no sea tan inmediata, se amplía el concepto de familia legalmente protegida, en la medida en que no se condiciona en su origen a un determinado tipo de matrimonio y en que, en virtud del derecho a la libertad ideológica, puede existir al margen de la institución matrimonial.

De hecho, como ha quedado apuntado, la Constitución española disocia los conceptos de familia y de matrimonio: los poderes públicos deben proteger a la familia, y la ley debe regular el matrimonio, asegurando la plena igualdad jurídica entre hombre y mujer (respectivamente, arts. 39 y 32 CE).

La disociación de ambas nociones se refleja claramente en la Sentencia 222/1992 (de 11 de diciembre, FJ 5), que declaró inconstitucional que la Ley de arrendamientos urbanos no reconociera a las parejas de hecho el derecho del supérstite a subrogarse en la vivienda familiar. En ella se afirmó con toda claridad:

*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 a 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.*

De esta forma, la misma sentencia que declara la protección constitucional de las familias de origen no matrimonial, subraya la relevancia social y jurídica del matrimonio para la vida familiar, lo que justifica que lo estudiemos en primer lugar.

### ***El matrimonio***

Son muchos los pronunciamientos del TC sobre la constitucionalidad de la normativa rectora del matrimonio. Ante todo, el Tribunal extrajo la consecuencia obligada de que la entrada en vigor de la Constitución

implicó que el matrimonio canónico dejara de ser la forma ordinaria 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 XXX 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 de hecho a los convivientes *more uxorio* que contrajesen el matrimonio que constituía el requisito de la prestación pública. El Tribunal entendió así que no podía admitirse que la falta de libertad religiosa que

sufrió la demandante prolongara sus efectos en un contexto sustancialmente diferente.

Por consiguiente, la Constitución impone al legislador que establezca el matrimonio civil como regla general, y así hizo la Ley de 1981, en términos que no merecen ningún reproche constitucional ni desde la óptica de la protección internacional de los derechos humanos. Así lo ha reconocido el TEDH en su Sentencia *Muñoz Díaz c. España*<sup>7</sup>, en un litigio en el que la demandante pretendía que se declarara contrario al Convenio de Roma de 1950 el no reconocimiento de efectos civiles de los matrimonios celebrados según el rito gitano. En el caso, el Tribunal europeo dijo que

*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 vraie 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'Etat par ces confessions, et produisent donc les mêmes effets que le mariage civil, alors que d'autres formes (religieuses ou traditionnelles)*

---

7. STEDH, de 8 de diciembre de 2009. Asunto 49151/07, *Muñoz Díaz c. España*.



*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.*

En estos términos, el Tribunal de Estrasburgo declaraba que el Reino de España no había vulnerado el derecho al matrimonio, ni directamente ni mediante discriminación (arts. 12 y 14 del CEDH).

En suma, 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 con cuatro confesiones religiosas con las que ha mantenido o establecido relaciones de cooperación (tal y como prevé el art. 16.3 CE), empezando por el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 (BOE de 15 de diciembre), en relación con el matrimonio canónico. Junto a él las Leyes 24, 25 y 26 de 1992 aprobaron los Acuerdos de Cooperación del Estado español con las Entidades

Religiosas Evangélicas, las Comunidades Israelitas y la Comunidad Islámica<sup>8</sup>.

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, siempre que los contrayentes acrediten su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el encargado del Registro Civil, y que hayan prestado su consentimiento ante las autoridades religiosas competentes y, al menos, dos testigos mayores de edad. El matrimonio puede ser inscrito inmediatamente tras su celebración o en cualquier momento posterior mediante presentación de certificación de la autoridad religiosa ante la que se haya celebrado en la que consten las circunstancias exigidas por la legislación civil.

Desde fecha temprana la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de los efectos civiles de los matrimonios celebrados por la Iglesia católica, con una perspectiva jurisdiccional, buscando cohesionar la ac-

---

8. Ley 24/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas en España;

Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España;

Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comunidad Islámica de España.

tuación 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 del Acuerdo con la Santa Sede en virtud del cual los tribunales eclesiásticos ejercen 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 las relaciones paterno-filiales).

El fundamento de esta doctrina se encuentra en los principios de aconfesionalidad (art. 16.3 CE) y de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE). Principios que han obligado a matizar desde la entrada en vigor de la Constitución la aplicación de reglas derivadas del Concordato de 1953 que sólo encontraban sentido en el marco de

*[...] la confesionalidad del Estado y [de] 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.*

Ahora bien, 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*, antes citada): el legislador no puede válidamente limitar la concesión de pensiones de viudedad a quienes se encontraban casados legalmente, pero «la unión celebrada conforme a los usos y cos-

tumbres 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, añadirá el Tribunal, es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del art. 9.2 CE, 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 sobre la suficiencia del matrimonio civil del ordenamiento español, como hemos señalado, ha sido aceptada por el TEDH, aunque una distinta valoración de las circunstancias del caso le llevaran a condenar a 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)<sup>9</sup>.

---

9. En efecto el TEDH consideró que, en el caso, se había infringido el derecho a no ser discriminado en el disfrute del derecho de propiedad, al haber denegado la pensión de viudedad de una

Así pues, puede decirse que el Tribunal Constitucional ha considerado acorde con la Constitución la exigencia de determinados requisitos para que matrimonios celebrados en forma religiosa puedan surtir los efectos propios del matrimonio civil regulado por la ley y abierto a todos. Como excepción cabe referirse a la desconcertante STC 199/2004, de 15 de noviembre. En ella se otorgó el amparo al demandante frente a las resoluciones administrativas y judiciales que le habían negado la pensión de viudedad, en aplicación del art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado, que era aplicable al caso, y que circunscribe el reconocimiento de tal derecho a «quienes sean o hayan sido *cónyuges legítimos* del causante». Tales resoluciones habían considerado que el matrimonio canónico celebrado en el seno de la Comunidad Cristiana Popular de una Parroquia y que no había sido inscrito en el Registro Civil por expreso deseo de los contrayentes, no les daba esa consideración.

La Sentencia al delimitar el problema señala que,

*[...] en puridad, la norma aplicada no contiene de modo expreso el requisito de la inscripción registral y aunque diferencia entre situaciones matrimoniales y convivencia de hecho, no lo hace de modo expreso entre matrimonios registrados y no registrados, [ya que las resoluciones recurridas reconocen la existencia de un vínculo matrimonial] [F] 5].*

---

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.

De donde, continua,

*[...] el reconocimiento de la existencia de un vínculo matrimonial y la afirmación de que el matrimonio ha sido celebrado obligan a considerar equiparables ambas situaciones a los efectos de la prestación cuestionada y, en todo caso, impide exigir para el otorgamiento de la pensión un requisito adicional [...]*

*No se trata aquí, añade, de un problema de reconocimiento o falta de reconocimiento de un matrimonio celebrado bajo la normativa de un Estado ajeno al español, sino de un matrimonio válidamente celebrado de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico.*

Para concluir que,

*[...] cuando la Administración introduce un elemento generador de una desigualdad artificial [se refiere a la inscripción] y tal elemento se confirma por el órgano judicial, impidiendo, con ello, que la norma jurídica sea aplicada, introduciendo, así, una desigualdad no justificada contraria al art. 14 CE procede, en consecuencia, otorgar el amparo solicitado [F] 6).*

La decisión de la que disiento totalmente tuvo dos votos particulares discrepantes del Magistrado Vicente Conde Martín de Hijas y de mí misma, en los que, respectivamente, destacamos, por una parte, el papel central que tiene en nuestro ordenamiento la inscripción registral (V. Conde), y, por otra, que las circunstancias del caso ponen de relieve:

*[...] la actuación del demandante, perfectamente coherente, encaminada a negar su compromiso matrimonial ante cualquier instancia civil [...]*

*Así resultaría de la inscripción como hijo de padres solteros del hijo habido por la pareja o de la reclamación inicial planteada por el recurrente a la Administración de la pensión que pudiera corresponderle, como pareja de hecho conviviente con la funcionaria fallecida.*

Pues bien, señale entonces,

*[...] tal comportamiento, fruto de la libre determinación, debe ser respetado pero con conciencia de que supone el incumplimiento objetivo de requisitos legalmente impuestos por el legislador; un incumplimiento deliberado e intencional de resistencia al régimen legal al que resulta razonable asignar las consecuencias que la Administración y el órgano judicial han alcanzado en estos autos, cuando concluyen que están ante una pareja de hecho, a la que, según reiterada jurisprudencia, no resulta inconstitucional, ex art. 14 CE, denegar la pensión solicitada.*

Como acabo de señalar, entiendo que esta decisión del Tribunal, que bien puede explicarse por el peso cultural de la religión católica en nuestra sociedad, se aviene mal con una doctrina que, hasta ese momento, había apostado resueltamente por la aconfesionalidad del Estado, proclamada en el artículo 16.3 CE<sup>10</sup>.

---

10. Con posterioridad al cierre del texto, el Tribunal Constitucional ha pronunciado la Sentencia 194/2014, de 1 de diciembre, en la que, ciñéndose a las circunstancias del caso que entiende diferentes a las que originaron la STC 199/2004, desestima el recurso de amparo interpuesto por el cónyuge superviviente de un matrimonio islámico no inscrito en el Registro Civil, entendiendo que no ha habido lesión del principio de igualdad del art. 14 CE, «ya que no resulta posible comparar la situación del recurrente ni con los ma-

### *El matrimonio entre personas del mismo sexo*

Durante décadas la unión de personas del mismo sexo fue tratada por el Tribunal Constitucional como una subespecie de las parejas de hecho, con independencia de que en tales supuestos era la imposibilidad legal, y no la voluntad de las personas implicadas, la que determinaba la ausencia de cobertura legal de la situación; falta de regulación que no podía entenderse como una laguna del ordenamiento ya que no afectaba a ningún derecho constitucionalmente protegido. Ejemplo paradigmático de este período es el Auto 222/1994, de 11 de julio, que inadmitió a trámite por carencia manifiesta de contenido un recurso de amparo frente a la denegación de una pensión de viudedad, así como de 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 art. 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 porque

*[...] la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un dere-*

---

trimonios inscritos ni tampoco con los matrimonios no inscritos válidamente contraídos» (FJ 5).



*cho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32<sup>a</sup>) 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 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 que,

*[e]n 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 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 cuanto al derecho a contraer ma-

rimonio, alteró 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» (art. 44 C.c.); y sustituye en todo el articulado del Código civil las palabras «marido» y «mujer» por «cónyuges» o «progenitores». La Ley fue impugnada en el RI 6864/2005, que ha sido resuelto por la STC 198/2012, de 6 de noviembre, que desestimó el recurso al entender que no existe tacha de inconstitucionalidad en la Ley recurrida.

Para llegar a esa conclusión el TC, tras rechazar otras posibles causas de inconstitucionalidad, bien por su falta de autonomía, bien porque se podían descartar «sin mayores dificultades» (FJ 2), se centra en la denunciada vulneración del art. 32 CE que, recordemos, dispone que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». En su análisis, el Tribunal contrasta la posibilidad legal de que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio con el doble contenido que la doctrina constitucional ha asignado al citado art. 32, que incluye una garantía institucional del matrimonio y un derecho a contraerlo.

En el primer plano, partiendo de que la garantía institucional del matrimonio implica su protección «frente a la acción legislativa que pueda intentar suprimirl[o] o desnaturalizarl[o]» (FJ 7), entiende el Tribunal que la orientación sexual de los contrayentes estuvo ausente en los debates constituyentes respecto del matrimonio.

*Así, el art. 32 CE manifestaba la voluntad del constituyente por afianzar la igualdad entre el hombre y la mujer, sin resolver otras cuestiones, lo cual no significa que implícitamente acogiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, si nos limitamos a realizar una interpretación literal y sistemática, pero tampoco significa que lo excluyera [F] 8).*

Pero, más allá de lo discutible que puede resultar esta última afirmación, el Tribunal va a construir su respuesta sobre una «interpretación evolutiva» de la Constitución, a través de la cual «se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad». Siguiendo este planteamiento, la Sentencia continúa diciendo que

*[t]ras las reformas introducidas [...] la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como «comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento».*

Por tanto, igualdad entre los cónyuges, voluntariedad y manifestación de la misma serían las notas esenciales del matrimonio, de tal modo que

*[...] el régimen jurídico del matrimonio y consecuentemente la imagen jurídica que la sociedad se va forjando de él, no se distorsiona por el hecho de que los cónyuges sean de distinto o del mismo sexo [F] 9).*

En este extremo, aun asumiendo un fallo que personalmente comparto, creo que la vía seguida, la «interpretación evolutiva» de la Constitución en los términos en que lo hace la Sentencia, encierra riesgos de futuro que, tal vez, podrían haberse evitado si se hubiera asumido que lo que había evolucionado históricamente en su significado era el núcleo esencial de la «garantía institucional» contenida en el artículo 32 CE, como señala en su Voto Particular concurrente, el Magistrado Manuel Aragón Reyes.

En cuanto al derecho al matrimonio como derecho constitucional, señala el Tribunal como «siendo un derecho de titularidad individual no lo es de ejercicio individual, puesto que exige de otra persona para realizarse». Pues bien, en la medida en que la Ley 13/2005 permite que el ejercicio del derecho se concrete con una persona del mismo sexo, no estamos ante una «ampliación del elenco de titulares del derecho individual, sino ante una modificación de las normas de su ejercicio». En suma, lo que ha hecho

*[...] el legislador en uso de la libertad de configuración que le concede la Constitución es modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio sin afectar a su contenido, ni menoscabar el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales [FJ 11].*

### ***La convivencia more uxorio***

El contenido normativo del derecho a contraer matrimonio, proclamado en el artículo 32 CE, incluye, sin duda, tanto la libertad para casarse, como la libertad

de no hacerlo. La jurisprudencia constitucional ha relacionado en ocasiones la decisión de no celebrar matrimonio con la libertad de creencias, reconociendo el carácter ideológico que puede tener la toma de postura ante esta institución. Así, la STC 47/1993, de 8 de febrero (FJ 4) y, más recientemente, las SSTC 198/2012, de 6 de noviembre (FJ 10) y 93/2013, de 23 de abril (especialmente, FFJJ 7 y 8); todas ellas se pronuncian en términos similares que quedan bien reflejados en la STC 66/1994, de 28 de febrero, cuando afirma que

*[...] 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 SSTC 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, como subrayó esta última declarando la 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 [F] 7].*

No obstante, hasta fecha reciente, la cuestión que centró la atención de la jurisprudencia fue la licitud de que la ley trate mejor a los matrimonios que a las uniones no matrimoniales. La doctrina constitucional en este punto se ha desarrollado en torno a las siguientes premisas: 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 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 LGSS entonces vigente (texto refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo), así como de una disposición adicional de la Ley 30/1981, de 7 de julio (la adicional décima, ap. 2), que reintrodujo el divorcio en la institución matrimonial, y que reconocía el derecho a la pensión de viudedad de quienes no hubieran podido contraer ma-

trimonio 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].*

Pues bien, esta doctrina se mantuvo hasta que la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, modificara el art. 174.3 LGSS 1994, reconociendo esta prestación a determinadas parejas de hecho, con una regulación que ha sido declarada inconstitucional en cuanto exigía como requisito para obtener la prestación la existencia de hijos comunes con el causante, lo que resultaba imposible para las parejas de hecho homosexuales en la fecha relevante (STC 41/2013, de 14 de febrero). En otros términos, el legislador puede no extender a las parejas de hecho determinadas prestaciones reconocidas a las parejas matrimoniales,

pero si en uso de sus amplias facultades de configuración decide hacerlo de una manera selectiva los criterios o requisitos a que las someta no pueden vulnerar el principio de no discriminación, consagrado en el art. 14 CE.

Por otra parte, la Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, incluye también otro argumento, cuyo desarrollo no agota, cuando señala: «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 esa 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 LAU, texto refundido aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre).

Del mismo modo, abundando en la idea de que las diferencias legales —esta vez entre parejas de hecho— han de tener justificación suficiente, la STC 40/2014, de 11 de marzo, ha declarado la inconstitucionalidad del párrafo quinto del artículo 174.3 LGSS, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que remitía a la legislación de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio todo lo relativo a la consideración y acreditación de las parejas de hecho. Ello conducía a una diferencia de trato, en cuanto al derecho a la pensión de



viudedad, «en un ámbito en que el mantenimiento de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional deriva del art. 14 CE en relación con el art. 149.1.17 CE». Resultado discriminatorio al que se llegaba por vía de remisión, con lo que podría entenderse, incluso, que:

[...] *el Estado [...] está obviando las atribuciones que le confiere el art. 149.1.17 CE, ignorando que, como hemos declarado reiteradamente, las competencias tienen carácter irrenunciable* [STC 228/2012, de 29 de noviembre, HJ 6 j) y las allí citadas] [FJ 5].

Por otra parte, al abordar los problemas de constitucionalidad en la regulación de alguno de los efectos de las uniones extramatrimoniales, como he apuntado, la doctrina del Tribunal Constitucional ha tenido en cuenta el elemento esencial de si hubo libertad para contraer matrimonio o no, porque solo si la respuesta es positiva puede entenderse que la convivencia *more uxorio* fue una opción libremente elegida. 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 VP); 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).

Pues bien, este elemento —el de que la unión de hecho responde a una elección libre, no condicionada jurídicamente— resultará decisivo en las sentencias dictadas por el Tribunal resolviendo los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra leyes autonómicas y que han hecho que el Tribunal tenga que abordar frontalmente lo que, en principio, se presentaría como el negativo de una institución jurídica. Por la amplitud y generalidad con que en ella se plantea el régimen de las uniones de hecho, tomaremos como punto de referencia la STC 93/2013, de 23 de abril<sup>11</sup>, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

En relación con el motivo de inconstitucionalidad centrado en la invasión de la competencia exclusiva estatal del art. 140.1.8 sobre las formas del matrimonio, el Tribunal va a subrayar, reiterando su doctrina tradicional, las diferencias entre matrimonio y unión de hecho, que:

*[e]l matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema y el derecho a contraerlo es un dere-*

---

11. Debe verse, igualmente, la STC 81/2013, de 11 de abril, relativa a la Ley de la Comunidad de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho, en que se declaran inconstitucionales, por motivos competenciales, sus artículos 4 y 5 que incluían reglas propias de la legislación civil.

*cho 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».*

Las evidentes diferencias, continúa la Sentencia, desde la esencia misma de una y otra realidades, «impiden su equiparación conceptual», por lo que la Ley Foral impugnada no incurre en la denunciada invasión competencial (FJ 5). Por lo demás, sentada la premisa de que la Ley Foral no regula una forma de matrimonio, entiende la Sentencia que «en modo alguno puede verse comprometido el derecho consagrado en el art. 32.1 CE en su vertiente negativa» (FJ 7), que era otra de las causas de inconstitucionalidad alegadas.

Pero en donde la Sentencia comentada resulta especialmente enriquecedora de la doctrina constitucional sobre la materia es en el análisis que realiza en torno a la posible colusión de la norma impugnada con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 CE. Señala el Tribunal:

*[b]ajo el concepto de unión de hecho se agrupa una diversidad de supuestos de parejas estables que no obstante su heterogeneidad, comparten ciertas notas comunes que permiten conformar una noción general unitaria. En efecto, la unión de hecho puede caracterizarse, en principio, como una «relación estable de convivencia more uxorio, cuyo elemento definitorio común queda cifrado en la voluntad libremente configurada de permanecer al margen del Derecho en cuanto a las consecuencias jurídicas inherentes a la institución matrimonial a que se refiere el art. 32 CE».*

Desde esta óptica, no dejan de ser anómalas las situaciones de aquellas parejas que teniendo la voluntad explícita de contraer matrimonio, se encontraron con impedimentos legales que le impidieron hacerlo. Eliminadas tales trabas, es elemento esencial de la pareja de hecho «su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal». En consecuencia,

*[e]l libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado tanto si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia more uxorio, como si trataran de imponer el establecimiento, contra la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por éstos.*

De lo dicho no se deduce que el legislador tenga que permanecer al margen de esa realidad social, aunque tal ha sido la posición dominante en los sistemas jurídicos tributarios del Código de Napoleón. Ahora bien, al tratar de la unión de hecho el legislador ha de respetar determinados límites, ya que, en palabras del Tribunal:

*[...] supondría una contradictio in terminis, convertir en «unión de derecho» una relación estable puramente fáctica integrada por dos personas que han excluido voluntariamente acogerse a la institución matrimonial, con su correspondiente contenido imperativo de derechos y obligaciones.*

*Obviamente, el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impulsieran a los integrantes de la pareja unos efectos que,*

*precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por tanto, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10,1 CE [FJ 8].*

A partir de las anteriores consideraciones la Sentencia analiza los preceptos de la Ley Foral Navarra, declarando la inconstitucionalidad de aquéllos que conducían a la atribución *ex lege* de la condición de pareja estable —la convivencia de un año o la existencia de hijos en común—, a la que se asociaban derechos y obligaciones, al margen de la voluntad conjunta de los integrantes de la pareja. Inconstitucionalidad que se extiende a todas las normas de la Ley de naturaleza preceptiva que prescindían de su asunción voluntaria por los dos integrantes de la unión. De hecho, como señala el propio Tribunal, únicamente quedan al margen de este reproche:

*[...] algunas previsiones concretas de la Ley, las cuales —a pesar de no contemplar expresamente la necesidad de la asunción previa de su contenido— sólo serán de aplicación, por su propia naturaleza, cuando los integrantes de la pareja estable expresamente lo soliciten [caso de las normas relativas a la posibilidad de la adopción (art. 8) y al régimen de la función pública (art. 13)].*

#### **RELACIONES EN EL SENO DE LA FAMILIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA FILIACIÓN.**

Por cualquiera de las vías examinadas en el epígrafe anterior se puede llegar al establecimiento de una

familia, constitucionalmente protegida, aunque no deben minimizarse los matices diferenciadores. Y es que, mientras:

*[...] la unión de hecho puede conducir, aunque no necesariamente, a la constitución de una familia, consecuencia que nuestra jurisprudencia ha vinculado [...] a su materialización efectiva por la existencia de hijos o la existencia de una efectiva voluntad de crearla, [en el caso de las uniones matrimoniales, la familia] se constituye en el momento de contraer matrimonio [STC 93/2013, cit., FJ 8].*

No obstante, hay que insistir, cualquiera que sea el origen de la familia ésta se encuentra protegida por el principio rector que asegura su protección y la de los hijos, de tal modo que las relaciones de filiación se erigen en el otro gran eje de estas reflexiones.

En primer lugar, trataré de la problemática suscitada por el establecimiento de la paternidad —tanto dentro como fuera del matrimonio—, para pasar, a continuación a tratar de la filiación adoptiva, en contraste con la filiación biológica; para concluir me referiré a algunos de los problemas constitucionales suscitados por el régimen jurídico de las relaciones paterno-filiares y, por extensión, por la protección de la infancia. Pues bien, si el primer ámbito de problemas se encuentra presidido por la búsqueda de la adecuación de la verdad jurídica a la realidad, entre otros medios posibilitando la investigación de la paternidad (último inciso del art. 39.2 CE), los dos restantes han de examinarse a la luz del principio que proclama la igualdad de los hijos ante la ley «con independencia de su filiación» (art. 39 CE).

### ***El establecimiento de la filiación***

Presupuesto necesario de las relaciones paterno-filiares es que la filiación pueda ser determinada. A tal fin, el ordenamiento cuenta tanto con la investigación de la paternidad como con los mecanismos de reclamación e impugnación de la misma.

**a) *La investigación de la paternidad.*** De conformidad con el art. 39.2 *in fine* de la Constitución, «[l]a 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.
- La negativa a someterse a la prueba puede constituir un indicio de la paternidad, pero no es prueba suficiente por sí misma, sino que ha de ser valorada formando parte de un conjunto probatorio.

En la Sentencia 7/1994, de 17 de enero, 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 sólo 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 al demandado y advertencia de consecuencias legales; pero tales pruebas no

podieron ser llevadas a cabo porque el demandado se había negado a facilitar la toma de muestras. La Sentencia 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, demandada en el procedimiento, que se negó a someterse a la prueba biológica de forma injustificada.

Por tanto, es doctrina asentada que la negativa a someterse a la prueba biológica puede ser utilizada como indicio probatorio de paternidad, siempre que se cumplan determinadas garantías; en esencia que la prueba haya sido acordada por el órgano judicial en un proceso que sólo 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, convirtiéndose así en un elemento de convicción en la valoración de la prueba. De este modo una declaración de paternidad no puede apoyarse exclusivamente en la negativa a someterse a la prueba biológica, como en el caso resuelto por la STC 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 STC 177/2007, de 23 de julio.

**b) *La reclamación y la impugnación de la paternidad.***

En estrecha relación con la problemática suscitada por la investigación de la paternidad se sitúa tanto la reclamación como la impugnación de la paternidad, reguladas en los artículos 133.1 y 136 del Código Civil. Ambos pre-

ceptos, que establecían límites estrictos en el acceso a la justicia por parte de los progenitores, fueron objeto de cuestiones de inconstitucionalidad. En los dos supuestos el Tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de estos límites, respectivamente, por SSTC 273/2005, de 27 de octubre, y 138/2005, de 26 de mayo.

De conformidad con el art. 133.1 del Código civil, «[1]a 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 STC 273/2005<sup>12</sup> (y la STC 52/2006, de 16 de febrero), declaró inconstitucional este precepto por considerar que vulnera el derecho 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 con el principio rector de protección a la familia del art. 39.2 CE.

Respecto del deber de los poderes públicos de asegurar la protección de la familia (art. 39.1 CE), la Sentencia recuerda que «la jurisprudencia constitucional ha insistido en [...] [el] deber para los poderes públicos de dispensar su amparo, indiferenciadamente y sin mati-

---

12. Aunque fui Ponente de esta Sentencia no comparto ni el fallo ni la argumentación que lo apoya, en los términos que manifesté en mi Voto Particular.

ces, a todo género de unidades familiares», aunque «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 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, entendiéndose que:

*[...] 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 [F] 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 de progenitor biológico, sin que esta situación pueda considerarse proporcionada, ya que:

*[...] 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 y, anteriormente, el derogado art. 127 CC) [FJ 7].*

También fue cuestionada la constitucionalidad del art. 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; plazo que 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 de hijo. Pues bien, 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, pues, es que la norma vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la justicia.

La STC 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.*

Hay que recordar que precisamente 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 del libro I, reguladores de las relaciones paterno-filiales, entre ellos al impugnado art. 136.

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, de 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 otra que destruir los efectos de la paternidad proclamada por los asientos registrales, permitiendo, la desaparición, entre los sujetos afectados, del vínculo jurídico en que consiste la 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, el supuesto de 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 LEC 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 acciones nondum natae nondum praescribuntur (art. 1969 CC) [FJ 4].*

### ***Hijos naturales e hijos adoptivos: biología y cultura***

En los ordenamientos jurídicos occidentales, entre los que se encuentra el español, junto a la filiación que tiene su origen en la procreación, existe la filiación adoptiva. Con manifestaciones que se remontan a la Antigüedad Clásica —aunque se ignoren en otras civilizaciones, como la islámica— la adopción es una ficción jurídica por la que una persona pasa a ser considerada descendiente de quien no lo es por naturaleza. Se trata de una institución cultural sujeta, por ello mismo, a evolución que en el caso de la adopción es perfectamente perceptible cuando se ha pasado de considerarla un medio para que una familia consiga un hijo, a percibirla como un mecanismo que permite que un menor se integre en una familia. Pero, al margen de matices que tienen mucho que ver con la evolución de las ideas sobre los derechos de los menores, lo cierto es que en nuestro Ordenamiento la adopción establece una filiación jurídica, que viene a añadirse a la filiación biológica con plena equiparación de efectos, una vez que el legislador ha optado por la

adopción plena como la única que tiene esa consideración. Una opción que en sí misma no viene impuesta por la Constitución que, como veremos, admite fórmulas de acogimiento que no generan lazos paterno-filiares.

Pues bien, en el tema de la adopción 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. Así lo muestra la Sentencia de Pleno 200/2001, de 4 de octubre, que declaró inconstitucional el artículo 41.1 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<sup>13</sup>.

La Sentencia 200/2001 se funda en que la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, establecida por el artículo 14 CE, 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),*

---

13. La Sentencia resuelve una cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por la Sala Primera del Tribunal, tras haber concedido el amparo al hijo adoptivo de un funcionario en su Sentencia 46/1999, de 22 de marzo.



*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, FJ5) [FJ 4].*

En el caso se constata la presencia de una discriminación prohibida 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 en la nueva redacción que se dio al art. 108 del Código civil 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.

Más recientemente el Tribunal volvió sobre la cuestión en la Sentencia 9/2010, de 27 de abril. La cuestión versaba sobre derechos hereditarios: las demandantes de amparo eran hijas adoptivas de un hijo del causante que,

en su testamento, había limitado la herencia a los descendientes «legítimos».

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 de la 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 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, FJ3; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8) [STC 9/2010, FJ 4].*

En cuanto a quien puede adoptar, dos recientes sentencias del TC han puesto fin, al menos en el plano constitucional, al debate abierto sobre la adopción por matrimonios y parejas de hecho homosexuales. La primera posibilidad se deducía de la nueva redacción que la Ley 13/2005, de 1 de julio, dio al apartado 4 del artículo 175 del Código Civil que, sin aludir expresamente a la orientación sexual de los adoptantes, «posibilita la adopción conjunta de menores por matrimonios entre personas del mismo sexo», en expresión de la STC 198/2012. La norma fue impugnada por entender que vulneraba el artículo 39.2, en especial, el deber de protección integral de los hijos. En su Sentencia, el Tribunal recuerda que el Estado debe asegurarse de que las personas elegidas como adoptantes sean las que pueden ofrecer al menor las condiciones de acogida más favorables y que «no existe certeza que permita afirmar actualmente que esas condiciones no puedan ser proporcionadas por una pareja homosexual», para continuar señalando que:

*[...] [e]l ordenamiento jurídico que no reconoce un derecho fundamental a adoptar, prevé mecanismos suficientes en las disposiciones que regulan la adopción nacional [...] e internacional [...], como para garantizar la preservación del interés superior del menor en el proceso de adopción [FJ 12].*

En consecuencia, se rechaza la tacha de inconstitucionalidad en la adopción por matrimonios formados por personas del mismo sexo. Conclusión reiterada en la

también citada STC 93/2013 en relación con el artículo 8 de la Ley Foral navarra 6/2000 que hace posible la adopción conjunta de menores por parejas estables homosexuales (FJ 12).

*Algunos problemas constitucionales en relación  
con el contenido material de las relaciones paterno-filiares*

Dada la diversidad de aspectos que se plantean bajo esta rúbrica cabría en rigor deferir, sin más, su examen ya que no pueden abordarse en su integridad en este contexto. No obstante y aun aceptando que los problemas suscitados exigirían un tratamiento pormenorizado que queda pendiente, entiendo que el tema de esta conferencia requiere al menos su planteamiento.

Así ocurre de modo muy especial con la situación de *los hijos habidos fuera del matrimonio*, aunque sólo sea porque ofreció al Tribunal la ocasión perfecta para afirmar el carácter normativo de la Constitución. Como sabemos, en contraste con situaciones pretéritas, el tratamiento constitucional de esta cuestión responde al principio de igualdad ante la ley de los hijos, adoptivos o biológicos, y dentro de éstos, de los matrimoniales tanto como de los extramatrimoniales. Como afirmara el TC en fecha relativamente reciente:

*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 po-*

*ner 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].*

Con anterioridad, 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 muy temprana y esclarecedora STC 80/1982, de 20 de diciembre. En ella se anularon unas sentencias civiles que habían conocido de un litigio sobre filiación extramatrimonial, por 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, no así las sentencias dictadas en grado de apelación y de casación que fueron las enjuiciadas en amparo. El TC 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» (FJ 1).

La conclusión obtenida por esta 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 funda-

mentales, 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 el proceso debe resolverse con arreglo a la legislación vigente en el momento de interposición de la acción» (FJ 2). Las sentencias que conocieron en grado de recurso fueron anuladas en amparo, para que los tribunales resolvieran de conformidad con la Constitución al revisar la sentencia del Juzgado de primera instancia, «válida en su día, pero no firme». 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.

Por su parte, la STC 154/2006, de 22 de mayo, responde a la realización de la igualdad no sólo formal sino sustancial. En el caso, la recurrente reclamaba para su hijo extramatrimonial una indemnización por fallecimiento del padre en accidente de trabajo; indemnización que estaba prevista en beneficio de hijos, matrimoniales o no, para el supuesto de fallecimiento de ambos progenitores. La norma que la establecía era, pues, una norma formalmente neutral; no obstante, el Tribunal otorgó amparo frente a la resolución judicial que, al aplicarla, ocasionó

un resultado discriminatorio. En efecto, materialmente, en el caso de fallecimiento de un progenitor, si el hijo es matrimonial, el progenitor supérstite tiene derecho a otras indemnizaciones, a las que no podía acceder el progenitor que no se encontraba casado. En consecuencia, la denegación de la indemnización reclamada tenía 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 a los hijos extramatrimoniales un impacto o resultado adverso [FJ 8].*

También es interesante el tratamiento dado por el Tribunal al ya derogado art. 487 bis del Código penal de 1973 (introducido por la LO 3/1989), que tipificaba como punible el impago de prestaciones económicas derivadas de crisis matrimoniales, dejando al margen a los hijos extramatrimoniales. Es claro que la norma provocaba una discriminación por razón de nacimiento y así lo reconoció el Tribunal que declaró:

*[...] 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 ma-*

*trimoniales 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, FJ 5].*

Sin embargo, pese a la claridad con que se expresaba, el fallo de la primera Sentencia (STC 74/1997) fue denegatorio del amparo al entender que el órgano judicial no podía efectuar una interpretación extensiva de la norma, dado su carácter punitivo, por vedarlo el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). Poco tiempo después, el Pleno, manteniendo la constatación de que los hijos extramatrimoniales eran discriminados por la norma legal, modificó los efectos del fallo. Así la STC 67/1998 coincide con la anterior en que el Tribunal penal no podía evitar el resultado discriminatorio, pero en este caso el Tribunal no renuncia a reconocer en el fallo la «patente discriminación por filiación» y otorga el amparo si bien en términos puramente declarativos, acordando «declarar que ha sido vulnerado el derecho de su hijo a no ser discriminado por razón de nacimiento».

Por lo demás, no faltan *otros pronunciamientos sobre el régimen jurídico de las relaciones paterno-filiares*, en que el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la relación de la guarda y custodia de los menores con la *libertad ideológica y religiosa de los progenitores* o su condición sexual o de género. Así, en la STC 141/2000, se otorgó el amparo a un padre separado cuyos derechos de visita habían sido drásticamente reducidos, a petición de la madre, por su pertenencia al Movimiento Gnóstico Cris-



tiano 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, al decir que:

*[...] 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 su 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 de 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].*

Por tanto, lo que determinó en el caso el otorgamiento del amparo fue 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, privando al progenitor de las que le correspondían en las vacaciones de verano, navidad, semana santa y 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 pernoctasen con su padre.

De la *necesaria igualdad entre los miembros de la pareja en las relaciones con sus hijos* se ocupó la STC 144/2003, de 14 de julio, que 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<sup>14</sup>.

Por el contrario, la STC 176/2008, de 22 de diciembre, denegó amparo a un padre cuyos derechos de visita habían sido reducidos, mientras llevaba a cabo un *tratamiento de cambio de sexo*. La Sentencia, tras examinar numerosos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y la jurisprudencia europea, afirma que la condición transexual está protegida por la prohibición de discriminación del artículo 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,

---

14. De hecho, el artículo 159 del Código civil había dado lugar a una cuestión de inconstitucionalidad, precisamente por discriminar a los padres, que se declaró extinguida por pérdida de objeto, a la vista de su derogación y falta de aplicabilidad, por el Auto 438/1990, de 18 de diciembre.

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 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 patológico 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 paterno-filiales. 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 acor-*

*dadas, 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]*<sup>15</sup>.

Por otra parte, en relación con los *derechos de los menores en los procedimientos que les atañen*, el Tribunal ha afirmado tanto su *derecho a ser oído*, si las circunstancias no aconsejan lo contrario, como que el interés superior del menor es un principio que tiene un alcance general. En cuanto a la audiencia del menor, y en línea con la jurisprudencia internacional de Derechos Humanos, el TC entiende que la Constitución también la salvaguarda. En la STC 221/2002, de 25 de noviembre, se otorga el amparo en un caso en el que se había ordenado que una menor regresara con la familia adoptiva después de que, tras la adopción, había sido nuevamente declarada en situación de desamparo e integrada en una nueva familia de acogida. La decisión judicial se 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 TC consideró defectuosa, ya que el órgano judicial había descartado la alegación del daño psíquico que el retorno ocasionaría a la menor sin evaluar si tal riesgo existía en aquel momento, dado que no había sido oída y los peritajes tenían dos años de antigüedad.

---

15. Planteado el tema ante el TEDH, éste no apreció lesión de los derechos del recurrente, avalando de este modo la doctrina transcrita. Sentencia *P.V. c. España*, de 30 de noviembre de 2010.

Los mismos vicios se aprecian en el caso resuelto por la STC 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 pre-adoptivo y de las medidas para la progresiva reintegración de la menor a la madre biológica. La decisión que mantenía la ejecución no había entrado a valorar las circunstancias sobrevenidas que habían sido alegadas en su contra, ni tomó en consideración que el paso del tiempo suponía que, si bien la menor pudo no ser oída en el primer procedimiento, al momento de la ejecución, había alcanzado el juicio suficiente para hacer necesaria su audiencia.

En cuanto a la afirmación del *interés superior del menor* como principio central que ha de inspirar la adopción de cuantas medidas les afecten, se encuentra, como hemos visto, desde hace más de una década en muchas decisiones del Tribunal, que recientemente recordaba que:

*[...] en materia de relaciones paterno-filiares [...] el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004, de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7). El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia [STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 4].*

Con igual convicción, la STC 217/2009, de 14 de diciembre, que otorgó el amparo frente a la inadmisión de un recurso de reposición, fundado en una razón formalista contraria al derecho a la tutela judicial, 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. Con el mismo fundamento, la STC 120/2002, de 20 de mayo, amparó a la parte actora frente a la inadmisión de un recurso en un procedimiento de sustracción internacional de menores. Tema este último, el de la *sustracción internacional de menores*, del que, por la propia naturaleza de su jurisdicción, sólo de manera incidental se ha ocupado el Tribunal Constitucional, aunque haya dejado rastros en sus decisiones que permiten concluir que considera constitucionalmente admisible la ponderación de intereses que realizan los convenios internacionales en la materia, que vinculan a España. Así, por ejemplo, en la Providencia de inadmisión del Recurso de Amparo 6583-2002, en la que se afirma que:

*[...] nos hallamos ante una decisión judicial en la que se ponderan razonadamente las diversas circunstancias e intereses en conflicto, las causas previstas en el art. 13 del Convenio de La Haya<sup>16</sup>, y el interés del menor, y concluye de forma motivada sobre la procedencia de su restitución a Alemania, sin que presente fundamento la queja constitucio-*

---

16. Se refiere al Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, ratificado por España (BOE 24 agosto 1987).

*nal planteada [...], razones por las que procede rechazar la demanda en su integridad.*

Ahora bien, si el interés superior del menor forma parte de la *ratio decidendi* de las decisiones que versan directamente sobre su situación, no puede decirse lo mismo cuando el tema debatido es otro, aunque las consecuencias de lo decidido le afecten directamente. Esta es al menos la situación que refleja la STC 186/2013, de 4 de noviembre. En ella se deniega el amparo a una ciudadana argentina contra la que se había dictado una orden de expulsión y que era madre de una menor española cuyo padre español estaba en la cárcel. El Tribunal examina la situación de la menor de tres años, cuando se inicia el proceso, en relación con las libertades de residencia y circulación (art. 19 CE), invocadas en la demanda, y tras recordar la necesidad de que se tenga en cuenta el interés superior del menor, concluye que:

*[...] aunque se ejecute la decisión administrativa de expulsión de su madre del territorio nacional, [la menor] seguirá teniendo importantes elementos de arraigo en España [sus abuelas residen en España] que hacen viable en la práctica que opte, en aras de la prevalencia de su propio interés, por permanecer en España, de modo que dicha expulsión no impedirá el disfrute efectivo de las libertades que como ciudadana española le reconoce el art. 19 CE [FJ 5].*

Curiosa, y cicatera, manera de entender el interés superior del menor, sin tomar en consideración algunos de sus derechos esenciales, como el de mantener el contacto con sus padres, salvo que su separación sea

necesaria atendiendo a dicho interés, tal y como se recoge, por ejemplo, en el art. 9 del Convenio sobre los derechos del niño<sup>17</sup>.

- 
17. Convención sobre los derechos del niño, hecha en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989 (BOE de 1 de diciembre de 1990). El tema fue llevado ante el TEDH. Pues bien, con posterioridad a que se pronunciara esta Conferencia, el litigio ha experimentado un giro inesperado con la Declaración unilateral ofrecida por el Reino de España al Tribunal, con fecha 27 de noviembre de 2014, en la que admite que se ha vulnerado el derecho a la vida familiar, tal y como se reconoce en el artículo 8 del CEDH, y el derecho a un recurso efectivo, por la aplicación incorrecta del art. 57.2 en relación con los criterios contemplados en el art. 57.3.b) de la L.O. 4/2000, que exigen tener en cuenta las consecuencias que una expulsión tendría para el interesado y los otros miembros de su familia. Como compensación a la violación del art. 8 «ofrece revocar y dejar sin efecto el acuerdo administrativo por el que se decretó la sanción de expulsión del territorio nacional de la demandante». En cuanto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, la Declaración entiende que el remedio en el futuro consiste en la declaración del TC, en la misma Sentencia en que denegó el amparo, en la que afirmó que la normativa interna se debe aplicar «[...] verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del art. 57.2 LOEx que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/140/CE, de 28 de mayo, del Consejo». Criterio, añade la Declaración del Gobierno español, que «vincula en lo sucesivo a los Jueces y Tribunales ordinarios, conforme a lo que dispone el art. 5.1 de la Ley Orgánica 1/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial». La aceptación expresa por la demandante de tales términos, ha conducido al Tribunal Europeo a entender que, lograda una transacción, procede «eliminar el asunto del registro», conforme prevé el art. 39 del Convenio (Decisión del 17 de marzo de 2015).



## A MODO DE CONCLUSIÓN

Aún a riesgo de incurrir en una simplificación que desvirtúe alguna de las afirmaciones anteriores, creo que se impone reconducir a unos cuantos puntos clave la doctrina que acabo de esbozar.

I. En primer lugar, hay que insistir en que *la familia constitucionalmente protegida* no se reduce a la que tiene origen en el matrimonio. Existen otras familias, como corresponde a una sociedad plural:

1) En cuanto al *matrimonio*, la Constitución impone al legislador el establecimiento del *matrimonio civil* como regla general. Lo que resulta compatible con el reconocimiento de ciertas formas religiosas de prestación del consentimiento (en la actualidad, la católica, protestante, musulmana e israelita), aunque otras formas (religiosas o tradicionales) puedan no ser reconocidas.

En otro orden de cuestiones, el Tribunal ha declarado que *el matrimonio entre personas del mismo sexo* no afecta al contenido ni menoscaba el derecho al matrimonio de las personas heterosexuales, ni conculca la garantía institucional de que goza la institución matrimonial, *ex art. 32* de la Constitución. En efecto, para el Tribunal Constitucional las notas esenciales del matrimonio —o sea, la igualdad entre los cónyuges, la voluntad de contraerlo y su manifestación—, componen una imagen jurídica que no se distorsiona por el hecho de que los cónyuges sean del mismo sexo.

2) En relación con las *parejas de hecho*, el Tribunal ha señalado que ni es una institución jurídicamente garantizada ni existe un derecho constitucional expreso a su establecimiento, por lo que cabe que el legislador no extienda a las parejas de hecho determinadas prestaciones reconocidas a las parejas matrimoniales, siempre que no vulnere el principio de no discriminación (art. 14 CE). Ahora bien, tampoco existe norma constitucional que obligue al legislador a permanecer al margen de la realidad social que estas uniones suponen. Pero al hacerlo tiene un límite: no puede convertir en «unión de derecho» una relación estable puramente fáctica, ya que ello además de constituir una *contradictio in terminis* podría vulnerar la vertiente negativa del derecho a contraer matrimonio, es decir, el derecho a no contraerlo.

## II. En segundo término, respecto de las *relaciones en el seno de la familia*:

1) El *establecimiento de la filiación* ocupa un lugar destacado en la doctrina constitucional, que se ha ocupado ampliamente de la *investigación de la paternidad*, junto a la *reclamación e impugnación de la filiación*. En ambos supuestos, ha señalado su «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» (STC 273/2005, de 27 de octubre, FJ 7).

2) En cuanto a la **adopción**, dos extremos a destacar: por una parte, la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación es la clave sobre la que se construye toda la doctrina constitucional en la materia; por otra, el Tribunal ha considerado que no existe obstáculo constitucional a la adopción por matrimonios o parejas de hecho homosexuales.

3) De nuevo el principio de igualdad es el que preside la doctrina del Tribunal en relación con el contenido material de las **relaciones paterno-filiares**, incluidas las que afectan a los hijos habidos fuera del matrimonio. Todo ello en aplicación de la explícita proclamación constitucional de que los hijos son «iguales [...] ante la ley con independencia de su filiación» (art. 39.2 CE).

4) El Tribunal Constitucional también se ha ocupado de los **derechos de los menores** en los procedimientos que les atañen afirmando, tanto su *derecho a ser oídos*, salvo que las circunstancias del caso aconsejen lo contrario, como el alcance general que en esta materia tiene el *principio del interés superior del menor*, como criterio inspirador de las decisiones que les puedan afectar (art. 39.4 CE).

Finalmente, **una última reflexión**. A modo de conclusión les he presentado los grandes principios que, en mi opinión, presiden la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en un tema proteico, que se presenta bajo mil formas. Ir más allá, intentando establecer alguna consideración que lo reduzca a unidad, sólo será posible si

se mantiene en el plano más general y abstracto. Pues bien, manteniéndome a ese nivel, y con independencia por tanto del juicio que me merezcan algunas de sus decisiones, entiendo que el Tribunal Constitucional ha realizado una magnífica labor de interpretación e integración de los principios constitucionales que presiden las relaciones familiares. El respeto de los derechos fundamentales de los integrantes de la pareja, la igualdad entre los mismos y el respeto de los derechos de los menores, son todos ellos pilares que deberían contribuir a una más sana convivencia familiar que, por extensión, debería traducirse en una sociedad más justa. El que posiblemente no lo haya logrado por completo, no es más que la prueba incontrovertible de los límites del Derecho, que los juristas tenemos que asumir, so pena de caer en el cinismo o la desesperanza.

Muchas gracias por su atención. He dicho.

*NOTA BENE*

---

Un resumen de este trabajo, adaptado a conferencia, constituyó la *Lección Magistral* de Apertura del Curso Académico 2014-2015 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, celebrada el día 28 de octubre de 2014 en el salón de actos del Ilustre Colegio de Abogados de Granada.

# Índice

Presentación .....	5
Introducción.	
El marco constitucional. ....	7
Relaciones en el origen de la familia.	
Especial referencia al matrimonio. ....	14
<i>El matrimonio</i> .....	16
<i>El matrimonio entre personas del mismo sexo</i> .....	26
<i>La convivencia more uxorio</i> .....	30
Relaciones en el seno de la familia.	
Especial referencia a la filiación. ....	39
<i>El establecimiento de la filiación</i> .....	41
<i>Hijos naturales e hijos adoptivos: biología y cultura</i> .....	49
<i>Algunos problemas constitucionales en relación     con el contenido material de las relaciones paterno-filiares</i> .....	54
A modo de conclusión .....	67



CONSEJERÍA DE EMPLEO  
Y CONOCIMIENTO