

Sección del Tribunal Constitucional**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

291 *Sala Segunda. Sentencia 242/2015, de 30 de noviembre de 2015. Recurso de amparo 6469-2013. Promovido por doña Joana Tejado Hernández respecto de la Sentencia dictada por un Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Madrid en procedimiento de filiación. Alegada vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo: inadmisión del recurso de amparo por falta de invocación tempestiva del derecho fundamental.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asua Batarrita, Presidenta, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6469-2013, promovido por doña Joana Tejado Hernández, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Irene Martín Noya y asistida por la Abogada doña Virginia Carrasco López, contra el Auto de fecha 24 de septiembre de 2013, dictado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por el que se desestimó el recurso de queja interpuesto contra el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24, dictado en fecha 24 de junio de 2013, que acordó la inadmisión del recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de fecha 14 de marzo de 2013, dictada por el mismo órgano judicial, en el rollo de apelación núm. 1671-2012, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 4 de octubre de 2012, dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 8 de Madrid en el procedimiento de filiación núm. 1-2012. Ha comparecido y formulado alegaciones don Edgar A.B.P, representado por el Procurador de los Tribunales don Ángel Francisco Codosero Rodríguez y asistido por el Abogado don Jaime Uña-Llorens Uña-Orostivar. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Re, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 6 de noviembre de 2013, la Procuradora de los Tribunales doña Irene Martín Noya, en nombre y representación de doña Joana Tejado Hernández, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales referidas en el encabezamiento.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son los siguientes:

a) La representación procesal de don Edgar A.B.P. presentó demanda de reclamación de filiación paterna no matrimonial, por la que solicitaba se declarase que el actor era el padre biológico de la menor A.T.H., nacida el 17 de febrero de 2010 e inscrita en el Registro Civil de Madrid. Asimismo, en el suplico de la demanda solicita expresamente que, una vez firme la Sentencia, se remita testimonio de la misma al Registro Civil de Madrid para la inscripción y rectificación correspondiente «a fin de ordenar que tras el nombre de la niña

figure el primer apellido del padre, realizando cualquier otra rectificación que sea necesaria en el acta de nacimiento». Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid, dicho Juzgado se inhibió por Auto de fecha 4 de noviembre de 2011 (de conformidad con lo previsto en el art. 87 *ter.* 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el número 2 del mismo precepto), al Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 8 de Madrid que, por Auto de fecha 4 de febrero de 2012, aceptó la inhibición y acordó la incoación de procedimiento de filiación con núm. de registro 1-2012.

b) En su contestación a la demanda, presentada en fecha 12 de junio de 2012, la representación procesal de doña Joana Tejado Hernández, hoy recurrente en amparo, expone literalmente en el encabezamiento de su escrito de contestación (siendo suyas las mayúsculas), que: «venimos a CONTESTAR a dicha demanda SIN OPONERNOS a la misma», lo que se reitera en el suplico, en el que expone, siendo también suyas las mayúsculas, que: «se tenga por presentada CONTESTACIÓN SIN OPOSICIÓN a la demanda de filiación instada por la representación procesal de Edgar A.B.P.». En el cuerpo del escrito de contestación a la demanda se afirma que se está conforme con la realización de la prueba biológica acordada por el Juzgado «haciendo constar que no hay oposición a la demanda de paternidad».

Asimismo, en la contestación a la demanda se expone que la demandada tuvo una relación de noviazgo de cinco años con el demandante, de la que nació la niña cuya paternidad se reclama, pero que el padre de la menor no ha mantenido nunca una relación normalizada con la niña, ni ha contribuido a sufragar los gastos de la menor. También se constata que el día 2 de junio de 2011 fue agredida por el actor, don Edgar A.B.P. y se aporta una Sentencia de fecha 15 de junio de 2011, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 35 de Madrid, en los Autos de juicio rápido núm. 400-2011, por la que se condena al actor como autor de un delito de malos tratos en el ámbito familiar, previsto y penado en el art. 153.1 y 3 del Código penal, a la pena de nueve meses y un día de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante tres años y prohibición de aproximarse a doña Joana Tejado Hernández a una distancia no inferior a quinientos metros y de comunicarse con la misma por cualquier medio durante dos años. Sentencia que fue recurrida por el condenado, estando en esa fecha aún pendiente de resolución el recurso de apelación.

c) Una vez celebrada la vista oral, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 8 de Madrid dictó Sentencia, de fecha 4 de octubre de 2012, estimando la demanda y declarando que el actor es el padre biológico de la menor A.T.H. y, en consecuencia, ordenado que «en el asiento del nacimiento de la mencionada menor se efectúe la rectificación que proceda en consonancia a esta declaración, incluyendo el apellido paterno y referencia de que el padre de la misma es el referido». En el fallo también se recoge que «se inadmite la pretensión extemporánea de la demandada respecto de que se imponga un orden de apellidos, que en todo caso sería desestimada por no existir en el momento en que se realiza consentimiento entre los progenitores». En el fundamento de Derecho tercero de esta resolución se expone que «no procede admitir la petición de la demandada en el acto de la vista respecto de que se mantuviera en primer lugar los apellidos de la madre, para evitar gastos y perjuicios a la menor, pues en todo caso debería haberse efectuado con la contestación, y supone una reconvención no prevista en la ley procesal, y consiguientemente nada se resolverá sobre la misma».

d) La representación procesal de la parte demandada interpuso recurso de apelación. En dicho recurso se expone que «el objeto del presente recurso de apelación versa, exclusivamente, sobre la petición realizada por Joana Tejado Hernández al respecto de que se mantenga como primer apellido de la menor el de la madre y como segundo apellido de la menor, el del padre», aclarando que dicha petición no se incluyó en la contestación a la demanda porque la interesada transmitió este deseo a su abogada «días antes de que tuviera lugar la celebración del juicio. Por ello, fue en la vista del juicio oral donde se solicitó», y añadiendo que dicha solicitud no puede calificarse de reconvención

pues se trata de una petición de la madre de la menor realizada en la vista del juicio oral, que no requiere la práctica de prueba específica por ninguna de las dos partes.

En el recurso de apelación la parte recurrente expone que la petición se realiza «en atención a evitar daños y perjuicios a la menor, pues aun tratándose de una niña de corta edad, se le ha enseñado su nombre y sus apellidos, los cuales conoce y dice perfectamente a quien le pregunta quién es o cómo se llama», añadiendo otros inconvenientes como que «la menor consta registrada con el apellido materno en primer lugar, lógicamente, en la Seguridad Social ... Además de haber solicitado la madre de la menor ayudas y subvenciones en las que, igualmente, consta como primer apellido de su hija el materno», concluyendo que el cambio de orden de los apellidos «ocasiona ahora a la menor un perjuicio en lo que al orden de los apellidos se refiere que entendemos no debe asumir la niña cuando es el padre el que decidió primero no reconocerla y luego hacerlo a los tres años de vida de esta».

El Ministerio Fiscal presentó escrito impugnando el recurso de apelación al entender que la petición del cambio de apellidos resultó extemporánea, pues debió de haberse planteado en la contestación a la demanda, añadiendo que «cualquier introducción de un objeto nuevo en el juicio posterior a esta fase está vedada por el art. 406 en relación con el art. 400 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), referidos al momento preclusivo para formular nuevas pretensiones», sin que pueda apoyarse una nueva pretensión sobre la base de que la mandante no transmitió su deseo hasta días antes de la vista oral.

Mediante Sentencia de 14 de marzo de 2013, la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación razonando que «la petición de la parte apelante fue formulada por primera vez por la parte demandada en primera instancia en la vista (minuto 2), por lo que de conformidad con el art. 406 LEC, en relación con el art. 400 del mismo cuerpo legal es extemporánea, lo que bastaría para desestimar dicha petición», añadiendo que el demandante don Edgar A.B.P. se opone al cambio del orden de los apellidos «por lo que no se cumple la previsión contemplada en el párrafo segundo del artículo 109 CC». Por último, en dicha Sentencia se expone que: «esgrime la parte apelante en apoyo de su pretensión revocatoria perjuicio a la menor, pero ello ha carecido de corroboración probatoria».

e) La representación procesal de la parte demandada presentó escrito de interposición de recurso de casación, al amparo del art. 477.2.1 LEC, invocando «la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo (art. 14 CE)». Se argumenta que «la aplicación del art. 109 del Código Civil (CC) en relación con los arts. 49 a 53 de la Ley del Registro Civil (LRC) y el art. 194 del Reglamento del Registro Civil (RRC), por los que es desestimada la pretensión de esta parte vulneran de forma manifiesta el derecho de igualdad ante la ley y no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE», pues en caso de desacuerdo entre ambos progenitores prevalece la decisión del padre. En consecuencia, la defensa de la recurrente aduce que «se parte de una situación de desigualdad manifiesta por razón de sexo, que vulnera el principio de igualdad entre el padre (hombre) y la madre (mujer); segundo, se deja al libre arbitrio del padre (hombre) la decisión del orden de los apellidos de la menor, obviando motivos espurios y comportamientos del progenitor en lo que al reconocimiento de la filiación de la menor se refiere y tercero, se procede a una aplicación automática de la ley que perjudica a la menor y por ello debe corregirse y estimarse la petición».

Por Auto de fecha 24 de junio de 2013, la Audiencia Provincial de Madrid acuerda declarar «la inadmisión del recurso de casación» al entender que «el motivo no es admisible pues el proceso no fue específicamente instado para la tutela judicial de los derechos fundamentales, tal y como, según jurisprudencia reiterada del TS, exige el cauce del art. 477.2.1 LEC, dado que el acceso a la casación por la citada vía no se produce por el simple hecho de que la materia litigiosa se refiera o afecte a un derecho fundamental, sino que es preciso que su tutela jurisdiccional haya constituido el específico objeto del litigio, tramitado bien conforme a las reglas del juicio ordinario, bien por el cauce incidental previsto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, lo que no es el caso».

f) Contra esta última resolución se interpuso recurso de queja, que fue desestimado por Auto de 24 de septiembre de 2013 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en el que se reitera que la recurrente «utiliza una vía casacional inadecuada, pues habiéndose sustanciado el procedimiento por razón de la materia su acceso a la casación sólo habría sido posible por la vía del art. 477.2.3 LEC, siempre que se acreditara la existencia de 'interés casacional', lo que en el presente caso no se ha realizado por la parte recurrente al utilizar la vía del ordinal primero del art. 477.2 LEC. Debe añadirse que el acceso a la casación por la vía del citado art. 477.2.1 LEC no se produce por el simple hecho de que la materia litigiosa se refiera o afecte a uno de los derechos fundamentales reconocidos por la Norma Suprema, sino que es preciso que su tutela jurisdiccional haya constituido el específico objeto del litigio, lo que no es el caso, teniendo esta Sala reiterado que es el objeto del proceso el que determina este cauce específico de acceso al recurso de casación, por lo que es únicamente aplicable a los juicios relativos a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución y que hayan sido vulnerados en la realidad extraprocesal (por ello se excluye el art. 24 CE), de ahí que la previsión normativa contemple en este caso la recurribilidad en casación de las sentencias recaídas en procesos referidos a la tutela civil del honor, intimidad, imagen u otro derecho fundamental, mas no en aquellos atinentes a derechos reales, contratos o cualesquiera otra cuestión civil o mercantil, en los que no cabe utilizar el referido ordinal primero del art. 477.2 por el simple medio de citar como infringido un precepto constitucional, aunque tenga relación con la materia debatida en el pleito; y en el presente supuesto en que el litigio versa sobre reconocimiento de paternidad, es obvio que no han constituido objeto de un proceso para la tutela civil de derechos fundamentales».

El Tribunal Supremo insiste en que la vía de impugnación empleada por la recurrente resulta inadecuada, añadiendo que la vía ajustada era la del «interés casacional» prevista en el ordinal 3 del citado precepto, sin que en el presente caso se hubiera acreditado la existencia del mismo por ninguna de las tres vías establecidas en el art. 477.2.3 LEC, es decir, por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales o por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años, de la que no exista jurisprudencia de la Sala sobre ella o sobre normas de similar contenido.

3. En la demanda de amparo se denuncia «la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo (art. 14 CE)», en este sentido se aduce que «la aplicación automática de los arts. 109 CC y 194 RRC, al caso en cuestión, genera una situación de desigualdad entre las partes, pues se otorga al padre la capacidad última de decisión al respecto de establecer el orden de los apellidos de la menor», sin atender a otros hechos relevantes como que el actor inicialmente decidió no reconocer dicha paternidad y lo hizo tres años después del nacimiento de la niña, momento en el que había recaído sobre él una condena por violencia de género, siendo la víctima la madre de la menor, sin que a la fecha el padre haya asumido ninguna carga económica a favor de la niña.

Asimismo, se argumenta que la ley deja al libre arbitrio del padre, por el sólo hecho de ser varón, la decisión sobre el orden de los apellidos de la menor si no existe acuerdo entre los progenitores, lo que evidencia una situación de desigualdad por razón de sexo que vulnera el art. 14 CE. Insiste la parte recurrente en que el art. 194 del Reglamento del Registro civil «atenta de forma flagrante el principio de igualdad entre hombre y mujer, pues impone que el primer apellido del menor sea el del padre, es decir, el del hombre, frente al primer apellido de la madre, es decir, el de la mujer, que por este sólo hecho (ser mujer, por tanto, por razón de sexo) queda relegada al segundo lugar. Por ello, la discriminación hacia la mujer se hace patente», situación de desigualdad que, a juicio de la recurrente, no se corrige en el art. 109 CC ni, en el caso que nos ocupa, en las resoluciones judiciales recurridas, que, además, tampoco valoran el consiguiente perjuicio ocasionado a la niña, quien ve modificado el orden de sus apellidos, lo que le puede provocar confusión en relación con su identidad, además de otros inconvenientes de naturaleza administrativa.

4. Mediante providencia de 26 de junio de 2014, la Sala Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), requerir atentamente a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo para que en el plazo de diez días remitiera certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de queja 188-2013; a la Sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid a fin de que en el plazo de diez días remitiera certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso 1671-2012; y al Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 8 de Madrid, para que en el plazo de diez días remitiera certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes a los Autos de filiación 1-2012, interesándose al propio tiempo el emplazamiento de quienes fueron parte en el procedimiento, a excepción de la parte demandante de amparo, ya personada, para que pudieran comparecer en el plazo de diez días en el presente proceso constitucional.

5. Por diligencia de ordenación de la Secretaria de Justicia de la Sala Segunda de 29 de julio de 2014 se tuvo por personado a don Edgar A.B.P. y, conforme se interesa, se libró oportuna comunicación al Ilustre Colegio de Abogados de Madrid a fin de que, si procede, se designen Abogado y Procurador de oficio para que asuman su defensa y representación en las presentes actuaciones.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaria de Justicia de la Sala Segunda de 11 de septiembre de 2014 se tuvo por designados del turno de oficio para la representación y defensa de don Edgar A.B.P. al Procurador de los Tribunales don Ángel Francisco Codosero Rodríguez y al Abogado don Jaime Uña-Llorens Uña-Orostivar. Asimismo se procedió, conforme a lo establecido en el art. 52.1 LOTC, a dar vista de las actuaciones por plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

7. La representación procesal de don Edgar A.B.P. presentó su escrito de alegaciones en este Tribunal el 25 de septiembre de 2014, exponiendo, en primer lugar, que la petición que eleva la recurrente en amparo se planteó extemporáneamente en la vía judicial ordinaria vulnerando los arts. 753, 405 y 406 LEC. Y ello, «porque el art. 753 LEC, que regula las disposiciones generales aplicables al proceso de paternidad, establece que tal procedimiento se regirá por los trámites del juicio verbal y que se contestará la demanda presentada en el plazo de 20 días, conforme a lo establecido en el art. 405 de la LEC» y, por tanto, entiende que «la demandante de amparo debería haber solicitado en la contestación a la demanda o por vía de reconvencción que se conservase en el Registro Civil en primer lugar el apellido de la madre, sin que pueda hacerse esa petición «ex novo» el día de la vista oral, porque si el juez concediese dicha petición la sentencia sería incongruente al otorgar algo que no consta pedido en el suplico de la contestación a la demanda». En consecuencia, afirma que «de estimarse el presente recurso de amparo, debería modificarse la LEC e introducir la posibilidad de que tanto el demandante como el demandado puedan modificar iniciado el juicio sus peticiones».

En segundo lugar se alega que la demandante incurrió en un incumplimiento de los presupuestos formales para la admisión del recurso de casación, ya que la vía del art. 477.2.1 LEC está reservada para los juicios relativos a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 CE, que no es el caso que nos ocupa, por lo que el acceso a la casación sólo habría sido posible por la vía del art. 477.2.3 LEC, si se acredita «interés casacional», cosa que no hizo la recurrente.

Razones que se consideran suficientes para que se desestime el recurso de amparo y a las que se añade, como cuestión de fondo, que es la hija menor la única titular del derecho a los apellidos, por lo que tanto el padre como la madre actúan en la misma posición de igualdad en este proceso, como tutores de los derechos de la hija mientras esta es menor, entendiendo que no hay razón para considerar que uno de los progenitores tiene «más razón que otro» en cuanto al de orden los apellidos, sino que será la hija la que decidirá al respecto cuando sea mayor de edad.

8. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones en este Tribunal el 13 de octubre de 2014 solicitando, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 53 y 55 LOTC, el otorgamiento del amparo.

Tras hacer un resumen de los antecedentes y una síntesis del contenido de la demanda de amparo, el Fiscal expone que el orden de los apellidos en los casos de determinación de la filiación paterna y materna viene fijado en el art. 109 CC, que ha de ponerse en conexión con lo dispuesto en el art. 53 de la Ley del Registro Civil, en su redacción dada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, así como con el art. 194 RRC, en su redacción dada por Real Decreto 193/2000, de 11 de febrero y, finalmente, con el art. 197 RRC, que prevé que en los supuestos de inscripción posterior de la filiación paterna, como sucede en el presente caso, se deberá fijar el orden de los apellidos del hijo. El Fiscal concluye que en defecto de acuerdo o cuando no se ejercita la opción de forma explícita, el art. 109 CC apela al criterio que fije la ley y, puesto que ni en el art. 53, ni en el art. 55, ambos de la Ley del Registro Civil, en su actual redacción, se hace mención alguna a dicho orden, debe acudir a lo dispuesto en el art. 194 RRC, que fija el criterio legal dando preferencia al apellido paterno sobre el materno, por lo que, a juicio del Fiscal, el padre sigue gozando de una posición preferente en el ámbito de la decisión sobre los apellidos y, con ello, el modelo legal es notablemente deficitario en orden a garantizar plenamente el principio de igualdad entre los progenitores, al no erradicar el criterio de discriminación por razón de sexo que deriva de la preferencia legal del apellido paterno.

De acuerdo con lo expuesto, el Fiscal considera que, pese a la situación legal vigente en el momento en que se produjeron los hechos objeto del presente recurso de amparo, el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres debe presidir la interpretación y aplicación de las normas por parte de los Tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como en los textos internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y que instan a los Estados a erradicar de sus ordenamientos jurídicos nacionales todo atisbo de discriminación de la mujer, citando en este sentido la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificada por España el 5 de enero de 1984; la Decisión del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 4 de agosto de 2009; y la Recomendación 1271 (1995) del Consejo de Europa, relativa a las discriminaciones entre hombres y mujeres para la elección del apellido y la transmisión del apellido de padres a hijos, que insta a los Estados miembros a adoptar medidas apropiadas para implementar la estricta igualdad entre madres y padres en la transmisión de los apellidos a sus hijos.

En consecuencia, el Fiscal afirma que coincide con los términos de la lesión constitucional denunciada por la demandante de amparo, toda vez que el criterio legal de preferencia o de primacía del apellido paterno sobre el materno en defecto de acuerdo entre los progenitores es frontalmente contrario al principio constitucional de igualdad y no discriminación por razón de sexo proclamado en el art. 14 CE, citando en este sentido la STC 39/2002, FJ 5, así como diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, de entre los que cabe destacar los casos *Ünal Tekeli c. Turquía*, de 16 de noviembre de 2004; *Cusan y Fazzo c. Italia*, de 7 de enero de 2014 y *Losonci Rose y Rose c. Suiza*, de 9 de noviembre de 2010, de los que se desprende que para el Tribunal Europeo de Derecho Humanos la imposición del apellido paterno, sin opción o excepción alguna, es una regla discriminatoria contra las mujeres.

El Fiscal añade que en el caso que nos ocupa el cambio de apellidos acordado en las resoluciones judiciales impugnadas se hizo sin valorar el posible perjuicio ocasionado a la hija, quien de esta forma «ve modificada su identidad de forma drástica en los primeros años de su vida cuando aprende quién es, cómo se llama, en definitiva, como decimos, su identidad», argumentando que si bien en la demanda de amparo no hay una invocación expresa del derecho al nombre de la menor, como derecho integrado dentro del más amplio derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE) y como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), desde un criterio de flexibilidad en la tutela de los derechos fundamentales que inspira la doctrina constitucional (SSTC 35/2006, FJ 2,

y 191/2011, FJ 6) podría entenderse que no hay obstáculo alguno en examinar también el amparo solicitado desde la perspectiva de los derechos fundamentales de la hija menor, lo que contaría con el precedente de la STC 167/2013, de 7 de octubre. Así, el Fiscal considera que los Tribunales ordinarios debieron ponderar el interés de la hija menor, como interés de carácter prevalente, por lo que las resoluciones judiciales impugnadas habrían vulnerado también el derecho a la propia imagen de la menor (art. 18.1 CE).

9. Por providencia de 26 de noviembre de 2015, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 30 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La demanda de amparo se dirige contra las resoluciones judiciales que aparecen reflejadas en el encabezamiento de la presente Sentencia, por vulneración «del derecho a la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo, previsto en el art. 14 CE». Se aduce que la aplicación automática de los arts. 109 del Código civil (CC) y 194 del Reglamento del Registro civil (RRC) genera una situación de desigualdad entre las partes, al otorgar al padre la capacidad última de decisión en relación con el orden de los apellidos de la menor, pues la ley deja al libre arbitrio del padre, por el sólo hecho de ser varón, la decisión sobre el orden de los apellidos de la menor si no existe acuerdo entre los progenitores, lo que evidencia una situación de desigualdad por razón de sexo que vulnera el art. 14 CE. Para la parte recurrente los arts. 194 RRC y 109 CC vulneran de forma flagrante el principio de igualdad entre hombre y mujer, lo que no se corrige en las resoluciones judiciales recurridas que, además, tampoco valoran el consiguiente perjuicio ocasionado a la niña, que ve modificado el orden de sus apellidos.

Por el contrario, la representación procesal de don Edgar A.B.P. interesa la denegación del amparo alegando, en primer lugar, el incumplimiento de los presupuestos procesales y las reglas del proceso de reclamación de paternidad, argumentando que la petición de la recurrente se planteó extemporáneamente en la vía judicial ordinaria, vulnerando los arts. 753, 405 y 406 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). En segundo lugar, aduce que la recurrente utiliza una vía inadecuada al interponer el recurso de casación, toda vez que tal recurso no podía ser admitido por la vía del art. 477.2.1 LEC, sino sólo utilizando el cauce previsto en el art. 477.2.3 LEC, siempre que se acredite «interés casacional». Por último, entiende que no se produce vulneración del art. 14 CE, pues la hija menor es la única titular del derecho a los apellidos y tanto el padre como la madre actúan en la misma posición de igualdad en este proceso.

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa, en los términos que se han reproducido con detalle en los antecedentes, que se dicte Sentencia estimando el recurso de amparo por vulneración de la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 14 CE y del derecho a la propia imagen de la menor previsto en el art. 18.1 CE.

Entiende el Fiscal que la ley sigue dando preferencia al apellido paterno sobre el materno y, en consecuencia, que el modelo legal es notablemente deficitario en orden a garantizar plenamente el principio de igualdad entre los progenitores, por lo que han de ser los órganos judiciales quienes corrijan esta desigualdad en el momento de interpretar y aplicar las normas. Asimismo, considera que los órganos judiciales también han de valorar el posible perjuicio ocasionado a la menor, quien ve modificada su identidad con el cambio de apellidos, aclarando que, si bien en la demanda de amparo no hay una invocación expresa del derecho al nombre, como derecho integrado dentro del más amplio derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE), desde un criterio de flexibilidad en la tutela de los derechos fundamentales que inspira la doctrina constitucional (SSTC 191/2011, FJ 6 y 35/2006, FJ 2), podría entenderse que no hay obstáculo alguno en examinar también el amparo solicitado atendiendo a la eventual vulneración del art. 18.1 CE de la menor.

2. Aunque ninguna de las partes comparecidas ha puesto en duda la especial trascendencia constitucional de este recurso, que es requisito para su admisión de

conformidad con los arts. 49.1 y 50.1 b) de nuestra Ley Orgánica reguladora, esta condición de requisito de admisión y por consiguiente de orden público procesal (entre otras, STC 113/2012, de 24 de mayo, FJ 2, y las allí citadas), así como exigencias de certeza y buena administración de justicia (STEDH de 20 de enero de 2015, caso *Arribas Antón c. España*, apartado 46) obligan a explicitar el cumplimiento de ese requisito para hacer así reconocibles los criterios empleados al efecto por este Tribunal.

En el presente caso, este Tribunal decidió admitir el recurso de amparo porque su objeto podría dar ocasión para aclarar nuestra doctrina en materia de derecho de igualdad, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [supuesto b) de los enunciados en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2], y además, en segundo lugar, porque dicho objeto permitía a este Tribunal valorar si la eventual vulneración del derecho fundamental que se denuncia proviene de la ley [supuesto c) de la STC 155/2009, FJ 2, antes citada]. Lo cual no significa necesariamente que esos dos factores relevantes para decidir la admisión del recurso deban trasladarse al núcleo de nuestra razón de decidir sobre el fondo del recurso, como ya tuvimos ocasión de aclarar en la STC 9/2015, de 2 de febrero, FJ 3.

3. A tenor de lo expuesto en el fundamento jurídico primero, debemos pronunciarnos en primer lugar respecto de los óbices de admisibilidad aducidos por la representación procesal de don Edgar A.B.P., antes de entrar a analizar, en su caso, las quejas planteadas en la demanda de amparo. Este análisis no encuentra obstáculo en el momento procesal en que nos hallamos pues, según este Tribunal ha declarado repetidamente, los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan sanados porque la demanda haya sido inicialmente admitida, de modo que la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede siempre abordarse en la Sentencia, de oficio o a instancia de parte, pudiendo dar lugar a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos, sin que sea obstáculo el carácter tasado de los pronunciamientos previstos en el art. 53 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC; por todas, SSTC 7/2007, de 15 de enero, FJ 2; 242/2007, de 10 de diciembre, FJ 2; 43/2008, de 10 de marzo, FJ 2; 28/2011, de 14 de marzo, FJ 3, y 168/2012, de 1 de octubre, FJ 3).

Se alega en primer lugar que la petición que eleva la recurrente en amparo se planteó extemporáneamente en la vía judicial ordinaria. Y ello, porque el art. 753 LEC, que regula las disposiciones generales aplicables al proceso de filiación, establece que el procedimiento se regirá por los trámites del juicio verbal y que se contestará a la demanda presentada en el plazo de 20 días, conforme a lo establecido en el art. 405 LEC. Por tanto, la representación procesal de la hoy demandante de amparo debería haber solicitado en la contestación a la demanda de determinación legal de la filiación paterna extramatrimonial que, de ser reconocida la paternidad, se mantenga en primer lugar el apellido de la madre –exponiendo las razones que a bien tuviera aducir–, no siendo posible plantear dicha solicitud *ex novo* el día de la vista oral.

En relación con esta alegación, debemos comenzar constatando, como ha quedado reflejado con detalle en los antecedentes, que en el suplico de la demanda de reclamación de filiación paterna interpuesta por la representación procesal de don Edgar A.B.P. se solicitaba expresamente, además del reconocimiento de paternidad de la menor, la inscripción y rectificación correspondiente en el Registro Civil de Madrid «a fin de ordenar que tras el nombre de la niña figure el primer apellido del padre, realizando cualquier otra rectificación que sea necesaria en el acta de nacimiento». No obstante lo anterior, y como también consta en los antecedentes, la contestación a la demanda se realizó sin oposición a dicha pretensión, afirmando literalmente, tanto en el encabezamiento de dicho escrito, como en el suplico, que «venimos a contestar a dicha demanda sin oponernos a la misma».

Fue posteriormente, en la vista oral, cuando la defensa de la demandante de amparo se opuso al cambio en el orden de los apellidos, solicitando al órgano judicial que se mantuviera en la inscripción registral como primer apellido de la menor el de la madre. Solicitud que el Fiscal calificó en ese momento de extemporánea, tal y como se refleja en el acta del juicio oral. Dicha extemporaneidad se refleja en el fallo y se motiva en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia de 4 de octubre de 2012 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 8 de Madrid. Pero además, la reconoce la propia defensa de

la recurrente en el recurso de apelación interpuesto contra dicha resolución, al afirmar que la petición de desestimar la solicitud del padre sobre el orden de los apellidos, «no se incluyó en la contestación a la demanda porque Joana Tejado Hernández la transmitió a la Letrado firmante días antes de que tuviera lugar la celebración del juicio. Por ello, fue en la vista del Juicio Oral donde se solicitó».

Pues bien, el art. 405.1 LEC prevé, entre otros extremos, que en la contestación a la demanda «el demandado expondrá los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, alegando las excepciones materiales que tuviere por conveniente». La contestación a la demanda es, por tanto, el acto procesal en el que el demandado fija su posición frente a la pretensión o pretensiones formuladas por el actor, y en el que se han de exponer los argumentos pertinentes para fundamentar dicha oposición y, en su caso, proponer los medios de prueba o la aportación de documentos que considere necesarios, con el consiguiente efecto preclusivo caso de no ejercitar dicha facultad procesal.

Por otro lado, como es sabido, dicha preclusión no afecta de forma exclusiva y autónoma a la primera instancia, sino que se proyecta sobre los demás grados jurisdiccionales de los que conozca ese proceso, lo que se hace patente en el recurso de apelación, que se configura como una *revisio prioris instantiae* y no como un *novum iudicium*. También en el recurso de casación, como ha insistido reiteradamente el Tribunal Supremo, al prohibir el planteamiento en el escrito de interposición, de «cuestiones nuevas» no tratadas en la instancia (últimamente entre otras, SSTS 170/2015, de 26 de marzo, y 198/2015, de 17 de abril, de la Sala Primera).

Finalmente, también afecta al presente proceso constitucional, debido al carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo, que resultará desvirtuada si ante ella se trajeran cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se ha dado ocasión de pronunciarse a los órganos del Poder Judicial, que son los que de modo directo y en primer término garantizan los derechos fundamentales que la Constitución proclama» (STC 53/2012, de 29 de marzo, FJ 2; en igual sentido: SSTC 201/2000, de 24 de julio, FJ 2; 130/2006, de 24 de abril, FJ 4, y 132/2006, de 27 de abril, FJ 2, entre otras).

4. No obstante lo anterior, a la vista de las resoluciones recurridas se desprende que, tanto la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 8 de Madrid, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, si bien constatan la extemporaneidad de la solicitud de la demandante respecto del orden de apellidos de la menor, hacen una valoración respecto del fondo de dicha pretensión. Así, en la Sentencia de 4 de octubre de 2012 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 8 de Madrid se afirma que: «además téngase en cuenta que conforme a los artículos 49 y 53 de la Ley del Registro Civil y el art. 194 del Reglamento del Registro Civil, si la filiación está determinada por ambas líneas y, a salvo la opción prevista en el art. 109 del Código Civil, en su redacción actual dada por la Ley 40/1999, el primer apellido es el del padre y el segundo apellido el primero de los personales de la madre. La inversión del orden de los apellidos puede hacerse, pero mediando común acuerdo de los progenitores». Por su parte, la Sentencia de 14 de marzo de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid, tras afirmar que, de conformidad con el art. 406 LEC en relación con el art. 400 del mismo Cuerpo Legal, la petición es extemporánea, añade que el demandante don Edgar A.B.P se opone al cambio del orden de los apellidos «por lo que no se cumple la previsión contemplada en el párrafo segundo del artículo 109 CC», sin que el perjuicio ocasionado a la menor que aduce la demandante, cuente con ningún tipo de corroboración probatoria.

En consecuencia, podría entenderse que, pese a lo extemporáneo de la solicitud, los órganos judiciales entran a valora la cuestión de fondo, quedando así salvada la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo.

5. Sin embargo, como se ha expuesto con detalle en los antecedentes, la primera vez que la representación procesal de la recurrente plantea la queja que hoy se eleva en amparo, esto es, la eventual vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) derivada de la prevalencia del apellido del padre respecto del de la madre, es en el recurso de casación.

Dicha vulneración no se denuncia en primera instancia, ni en el recurso de apelación, pues los argumentos que se elevan para fundamentar la petición se centran exclusivamente en defender los intereses de la menor, con el fin de evitarle posibles perjuicios, pero nada se alega en relación con la vulneración del derecho a la igualdad, ni se puede inferir tal invocación de la argumentación de la demandante, por lo que no se puede reprochar a estos órganos judiciales el no haber realizado ningún juicio de igualdad, ni ponderación alguna al respecto, pues no cabe deducir que la queja haya quedado acotada «en términos tales que permitan al órgano judicial entrar a conocer de las específicas vulneraciones aducidas» (SSTC 212/1993, de 28 de junio, FJ 1, y 117/2002, de 20 de mayo, FJ 2, entre otras).

Esta falta de denuncia de la vulneración también constituye una causa de inadmisión del recurso de casación pues, como ya hemos indicado, no cabe el planteamiento en esta instancia de «cuestiones nuevas» no tratadas con anterioridad. Causa de inadmisión que se une a la ya señalada en sendos Autos de la Audiencia Provincial de Madrid y del Tribunal Supremo, al haberse utilizado el cauce previsto en el art. 477.2.1 LEC, en vez del recogido en el art. 477.2.3 LEC, como habría sido procedente y cuyo defecto de interposición la demanda de amparo no cuestiona, prescindiendo de dar argumentos que permitan justificar la procedencia de su recurso, por lo que, además de la falta de invocación del derecho, debemos aplicar la doctrina fijada en el Auto 198/2010, de 21 de diciembre, FJ 2, al haber utilizado un cauce erróneo de casación.

6. De acuerdo con lo expuesto y atendiendo a los requisitos de admisibilidad del recurso de amparo previstos en el art. 44 LOTC, la demanda de amparo no cumple con el requisito previsto en el art. 44.1 c) LOTC, que condiciona la admisión de todo recurso de amparo al cumplimiento del requisito inexcusable de que «se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello».

Razones por las que este Tribunal no puede enjuiciar *ex novo* la vulneración del art. 14 CE que aduce la recurrente, dado que los órganos judiciales no tuvieron la oportunidad de entrar en el fondo de dicha pretensión por las razones que ya se han explicado, debiendo preservarse el carácter subsidiario del recurso de amparo que tiene como finalidad facilitar que los Jueces y Tribunales puedan cumplir su función de tutelar los derechos y libertades, así como la de conseguir que los órganos judiciales ordinarios remedien por sí mismos la violación que ellos causen del derecho o libertad fundamental (SSTC 201/2000, de 24 de julio, FJ 2; 130/2006, de 24 de abril, FJ 4; 132/2006, de 27 de abril, FJ 2, y 53/2012, de 29 de marzo, FJ 2, entre otras), dándoles «la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo constitucional» (por todas, SSTC 59/2007, de 26 de marzo, FJ 2, y 228/2007, de 5 de noviembre).

En consecuencia, procede inadmitir el presente recurso de amparo en aplicación de los apartados a) y c) del art. 44.1 LOTC, sin pronunciamiento en cuanto al fondo de las quejas planteadas en la demanda.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Inadmitir el recurso de amparo promovido por doña Joana Tejado Hernández.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a treinta de noviembre de dos mil quince.—Adela Asua Batarrita.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Antonio Narváez Rodríguez.—Firmado y rubricado.