

FAMILIA Y CONSTITUCIÓN *

Encarna ROCA TRÍAS

EL ordenamiento jurídico y el conjunto de normas están destinados a ordenar distintos aspectos de la convivencia. No es mi intención en este momento realizar una reflexión sobre cuestiones que en nuestras disciplinas están atribuidas a la filosofía del Derecho, aunque a nadie se le escapa que los problemas relacionados con el pensamiento jurídico nos competen a todos. Lo que quiero señalar es que en lo que concierne al Derecho civil existen sectores mucho más tecnificados, como son el Derecho hipotecario o las obligaciones en los que normalmente nadie, incluidos los parlamentarios, se atreve a formular objeciones sobre concretas soluciones normativas: el experto suele tener la palabra.

Sin embargo, el derecho de familia es objeto de noticias en todos los medios de comunicación; todos opinan sobre determinadas soluciones y ello porque en este campo, las regulaciones normativas sólo van a remolque de la realidad. Y los ejemplos que confirman lo que acabo de señalar están en la mente de todos, aunque baste el de la opción del matrimonio para regular las relaciones de las parejas formadas por personas del mismo sexo. Por ello, hablar de *Constitución y Familia* no resulta fácil: en primer lugar porque se suele confrontar la ideología de quien habla y la de quien escucha y todos sabemos que cuando se trata de enfrentar puntos de vista ideológicos es muy difícil llegar a un acuerdo. En segundo lugar, porque los cambios son tan rápidos que un libro muy específico sobre el análisis de cualquier regulación referida al ámbito familiar corre el riesgo de quedar obsoleta muy rápidamente. Intentaré en esta exposición superar el segundo de los inconvenientes; difícil me resultará superar el primero, aunque procuraré evitar tomas de partido ideológicas, sin ocultar que, evidentemente y como todo ser pensante, las tengo.

Y dicho esto y como plan de la exposición que seguirá, voy a dividir este trabajo en dos partes: En la primera se trazará un marco general de normas y de principios a los que hoy debe responder la regulación del Derecho de familia en España, fundado en los derechos especificados en la Constitución; en la segunda parte entraré en el estudio de algunas cuestiones tratadas por el Tribunal Constitucional en relación al derecho a contraer matrimonio y a las relaciones paterno-filiales, sin excluir la filiación.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto «Autonomía e imperatividad en el Derecho de Familia: la autorregulación de la convivencia familiar y sus crisis». Ref. SEJ 2005-08663-C02-01, del que es directora la autora.

I. EL MARCO CONSTITUCIONAL GENERAL

La Constitución española se inserta en aquel grupo de leyes fundamentales europeas que tiene como eje básico de la regulación tanto a la persona, como a los grupos en los que ésta se inserta. Esta dualidad, sin embargo no es contradictoria, porque el artículo 10 CE reconoce como «fundamento del orden político y de la paz social», unos principios que se refieren exclusivamente a la persona: «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás» constituyen el ámbito de actuación y, consiguientemente, el objeto de protección de la Constitución. Por ello, la protección de los grupos en los que las personas puedan integrarse, de acuerdo con el artículo 9.2 CE constituye un instrumento para lograr la protección del individuo, de acuerdo con el ya mencionado artículo 10 CE.

Lo anterior debe ser puesto en relación también con la protección de la familia, grupo que debe ser respetado, según dispone el artículo 9.2 CE, pero que no puede serlo en perjuicio o detrimento de los individuos que pertenecen al grupo. Y esta interpretación se aprecia claramente en el artículo 39 CE, puesto que en esta disposición la *protección de la familia* pasa por la *protección de los derechos de los hijos*. No debo adelantar, sin embargo, algunas de las conclusiones que deben sacarse de este planteamiento.

A. El programa constitucional relativo a la familia

Uno de los grupos en los que los individuos se insertan es, indudablemente, *la familia*. Por ello debe delimitarse de una forma muy clara cuál es la consecuencia de su protección que en general ordena el artículo 9.2 y que más específicamente determina el artículo 39 CE, porque una exacerbación de la protección a la familia como grupo, podría llevar a una hipertrofia, en el sentido que se arriesga a la sobreprotección de la familia como un grupo *a se*, que debería resistir cualquier propuesta legislativa, en una línea parecida a los viejos planteamientos italianos de principios del pasado siglo. Pero también se puede advertir que la exaltación de la protección los individuos, sin tener en cuenta si se hallan o no insertos en un grupo familiar lleva a otro peligro: el del *individualismo*, con la inmediata consecuencia de la inutilidad de la familia como medio protector de los derechos de los individuos que forman parte de ella. Tan mala es una cosa como otra.

El campo de juego y por tanto, el equilibrio entre estos dos extremos queda delimitado por las disposiciones constitucionales que reconocen derechos fundamentales a los individuos como tales, ello sumado a las necesarias políticas de protección a la familia desde los distintos aspectos que enuncia el artículo 39.1 CE: los jurídicos, los económicos y los sociales.

Todo ello lleva a entender que existe un verdadero programa constitucional que intenta encontrar una ponderación entre la efectividad de los derechos fundamentales de los individuos con la protección de este grupo específico, que es la familia, sin que esto último produzca una disminución de derechos en perjuicio de los de sus componentes.

Pero lo anterior provoca preguntas de difícil respuesta: ¿cómo coordinar esta protección de los derechos fundamentales con la protección de un grupo que no

puede gozar del beneficio de la personalidad jurídica? ¿Son, por tanto, adecuadas con la Constitución la privación del acceso a soluciones concretas a grupos no constituidos conforme a las normas del derecho positivo? Estoy pensando, claro está, en las parejas no casadas.

B. La falta de definición constitucional de lo que deba considerarse como familia

Una respuesta coherente a las anteriores preguntas tropieza con un obstáculo, que algunos consideran importante, mientras que para otros constituye precisamente la clave del sistema democrático de la regulación de la familia. Lo que he venido en llamar *obstáculo* es la falta de definición de lo que en nuestra Constitución deba considerarse como *familia*. Ciertamente, como afirma Díez Picazo, «la familia es una realidad jurídica», de manera que «es familia aquello que el Derecho acota como familia y aquello que el Derecho regula cómo lo regula»; pero el propio autor contraponen este concepto al que sostiene la sociología, que considera la familia como algo ajeno al derecho. Un ejemplo clarificador de la opinión de Díez Picazo se puede encontrar en el artículo 1.1 de la ley catalana 18/2003, de 4 de julio, de ayuda a las familias (*de suport a les famílies*), cuando define la familia que es objeto de protección en la citada ley como «*eje vertebrador de las relaciones humanas y jurídicas entre sus miembros y como ámbito de transferencias compensatorias intergeneracionales e intrageneracionales*». Resulta claro que nos encontramos de lleno con una definición más sociológica que jurídica.

No es necesario ni conveniente reproducir aquí la discusión entre sociólogos y juristas sobre el concepto y el tipo de familia presente en una determinada sociedad y en un momento determinado; a ella se opone la idea de Díez Picazo, que acepto plenamente, quien expresa que la familia no es «una institución natural, sino que es un producto evidentemente cultural». De esta manera la Constitución española nos ofrece un concepto abierto, adaptable, que no plantea los problemas que ha ofrecido y aún sigue ofreciendo el artículo 29 de la Constitución italiana, cuando define la familia objeto de protección en aquel ordenamiento, como «*società naturale fondata sul matrimonio*», que según Sesta, es la fusión entre la propuesta católica, que intentaba garantizar el reconocimiento por parte del Estado de una comunidad preexistente al mismo Estado y por tanto, titular de derechos propios e inalienables, frente a una postura laica que quería evitar la imposición de un determinado modelo, sin tener en cuenta la complejidad y variabilidad histórica de la convivencia familiar. Una discusión parecida en España acabó por no introducir un concepto de familia que pudiera limitar y encorsetar futuras regulaciones de situaciones convivenciales a las que se considerara dignas de protección.

Por tanto, la Constitución española parte de un concepto abierto, adaptable y no constrictivo, aunque hay que reconocer que el ordenamiento jurídico juega un papel muy importante en la determinación de los modelos familiares que van a ser merecedores de tutela jurídica en un determinado momento histórico, como acaba de ocurrir con la aceptación del matrimonio de personas del mismo sexo.

La facultad de fijar qué modelos son dignos de ser regulados jurídicamente y cuáles no está atribuida a los poderes públicos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39.1 CE y es irrenunciable, porque aunque el propio concepto familiar sea

extrajurídico, la fijación de la política legislativa en la que deben fijarse estos modelos corresponde a los poderes públicos competentes, quienes deberán fijar el marco de las prestaciones sociales, de las relaciones entre los componentes de la familia, a cargo de quién deberá ir la asunción de las cargas familiares, cómo se constituye y se extingue una relación, cómo deben afrontarse las cargas impositivas, etc. Por tanto, los poderes públicos, a través del derecho, toman partido en la definición de un modelo y deben estar en disposición de discriminar, ofreciendo o negando la regulación, o matizando las soluciones.

C. Normas jurídicas y familia

La protección a la familia deriva de los planteamientos acordados en las Cartas de Derechos Humanos. En tal sentido no resulta en este momento errático hacer un repaso a los textos más importantes e influyentes en esta materia.

El artículo 16 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 10 de diciembre de 1948 reconoce el derecho de los hombres y de las mujeres, «a partir de la edad núbil», a «casarse y fundar una familia», sin que este derecho pueda ser impedido ni prohibido «por motivos de raza, nacionalidad o religión»; el párrafo tercero añade que «la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado», formulación repetida en el artículo 23 de la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, de 21 de diciembre de 1965. Por el contrario, los textos europeos son más abiertos, sin contener ninguna definición de familia, como ocurre en el artículo 8 del *Convenio europeo para la protección de los Derechos humanos y las libertades fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950, en una fórmula que no se repite exactamente en el artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, de 10 de diciembre de 2000, cuando dice que «se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio». Los textos europeos reconocen el *derecho a fundar una familia*, pero no definen lo que deba considerarse como tal. Y a ello hay que añadir el gran problema de la relación entre *familia y matrimonio*.

En consecuencia, y como antes ya he dicho, la familia que recibe protección constitucional en España no aparece definida, siguiendo, si se quiere, el esquema marcado en las Declaraciones de Derechos Humanos en el contexto europeo, que sirven de marco de referencia. Por esta vía, no se produce una intrusión de los poderes públicos en intereses exclusivamente particulares, sino que la Constitución viene a determinar un marco de actuación para los sectores público y privado. Los elementos básicos de este sistema van a ser: i) La protección pública a la familia, y ii) la protección de los derechos fundamentales de los individuos, que será el marco insuperable tanto para los particulares como para los sectores públicos implicados.

En consecuencia, la protección de los derechos fundamentales va a ser la clave del sistema diseñado en el artículo 39 CE porque: i) identifican las obligaciones de los poderes públicos, sus límites y el momento y circunstancias en que es obligada o posible su actuación; en este sentido es perfectamente aceptable una ley como la orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *Medidas de protección integral contra la Violencia de Género*, puesto que se trata de la protección de los derechos fundamentales de las mujeres que sufren cualquier género de violencia, es decir, que ven

violados por sus cónyuges sus derechos fundamentales; ii) distribuyen las funciones entre el sector público y el privado. De aquí que pueda deducirse lo que en otras obras he identificado como el *sistema mixto*, es decir aquel en que el Estado y los organismos públicos están obligados a posibilitar la efectividad de los derechos fundamentales de los individuos y por ello se justifica la organización del sistema sanitario, la del sistema educativo, la intervención del juez en las situaciones de conflicto tanto entre cónyuges, como frente a los menores, las prestaciones sociales por familiares, etc. Y a los particulares incumbe la prestación de determinados servicios asistenciales, que también tienen como finalidad la efectividad de los propios derechos fundamentales en el grupo, como son la potestad de los padres, la tutela, las prestaciones por alimentos y pensiones, etc. A tal efecto, la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de protección jurídica del menor*, establece un sistema subsidiario de protección pública de aquellos menores cuyos padres o personas encargadas de su amparo primordial no actúan debidamente; lo que llevará a la protección del menor que se encuentre en situación de desamparo, considerando el artículo 172.2 CC que esta situación se produce cuando «a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores», «éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material», lo que conducirá, según el artículo 12.1 *in fine* de la mencionada LO 1/1996, a «la asunción de la tutela por ministerio de la ley». Este es un claro ejemplo de funcionamiento de este sistema mixto, basado en la colaboración entre los sectores privado y público, que se repite en otras manifestaciones como la que deriva de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, que no sólo incide en el ámbito privado, sino en el sector tributario.

Las normas que regulan este complejo constituyen lo que denominamos *Derecho de familia*, por lo que en algunos aspectos de fuerte componente público deben tener la característica de la *imperatividad*.

II. LOS MODELOS FAMILIARES EN RELACIÓN AL RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE SUS MIEMBROS

Lo que he dicho hasta aquí no puede llevar a la conclusión de que existe en España un modelo que prefiera los aspectos familiares sobre los individuales. El Derecho constitucional español no coloca los intereses de la familia entendida como grupo de forma preferente a los derechos de los individuos que la forman. Esta afirmación tiene una demostración clarísima en los artículos 32 CE y 14 CE, que luego tiene su aplicación en el artículo 39 CE. Todo ello significa que en el caso que exista un conflicto entre el derecho del individuo y el interés familiar, deberá tener preferencia en la solución el derecho del individuo porque se trata de un derecho fundamental; mientras que en el caso que el conflicto se plantee en cuestiones que no tengan nada que ver con los derechos fundamentales, la preferencia en la decisión se dará a la familia porque esta es un instrumento para el desarrollo de los individuos. Una demostración de que lo que estoy planteando está recogida en las disposiciones reguladoras de las relaciones familiares y se encuentra en los artículos relativos a las potestades de los padres que ejercen la patria

potestad; efectivamente, el artículo 154 CC establece la obligación de los padres de representar a sus hijos mientras sean menores de edad, obligación que se regula más pormenorizadamente en el artículo 162 CC, que, sin embargo, excluye de la representación «los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo», de modo que la obligación de representación deja de tener sentido en el momento en que el menor puede ejercer por sí mismo estos derechos. Siguiendo con la metodología que se utiliza en este trabajo, para demostrar esta realidad deben ponerse algunos ejemplos, de cómo la ley trata el gran problema de la capacidad de los menores para decidir en lo relativo a sus derechos fundamentales; así la ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, considera a cualquier *paciente*, como titular del derecho a la información; es más, el artículo 5.2 dice que «será informado, incluso en caso de incapacidad». Además, cuando el artículo 9.3 regula la prestación del consentimiento por representante, establece con relación a los menores que «cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención», el consentimiento será prestado por su representante; sin embargo, «cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, *no cabe prestar el consentimiento por representación*». De aquí que hay que llegar a una conclusión importante a estas alturas de esta exposición: lo que se denomina *interés familiar* y lo que se conoce como *interés del menor* tienen como contenido los derechos fundamentales implicados.

A partir de aquí, ¿cómo se organizan los distintos sistemas jurídicos? Porque hay que partir de la base de que como consecuencia de las disposiciones sobre derechos humanos aprobadas a nivel internacional y adoptadas por los distintos estados por medio de la ratificación correspondiente, se ha implantado la regla del reconocimiento y efectividad de los derechos fundamentales de los ciudadanos en general, pero con variantes en lo que se refiere a la coordinación entre las acciones públicas y las privadas. Así hay que considerar que esta uniformidad ha producido lo que se ha venido en denominar *modelo occidental de familia* (Glendon) en el que el derecho que regula las relaciones jurídicas familiares está en gran parte formado por normas de derecho público y, por tanto, está sujeto al derecho del Estado, con independencia de la religión que profesen los ciudadanos, que sólo pertenece al campo de su conciencia en virtud del derecho, también fundamental, a la libertad religiosa. Que algunas instituciones estén o no aceptadas en los distintos países, como ocurre con el divorcio en Malta o el aborto en Irlanda, o que no se admita la técnica de la fecundación asistida de forma amplia, como ocurre en Italia, no impide que el derecho del Estado correspondiente no se aplique a todos los ciudadanos, porque no es lo mismo la influencia de determinados factores a la hora de elaborar las leyes, que la aplicación del derecho de una forma u otra según la religión que profese el ciudadano destinatario de la norma. Un ejemplo claro de lo que estoy intentado explicar lo tenemos en España con relación a la forma del matrimonio y los acuerdos de cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España; con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España, aprobados respectivamente por las leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, y en particular su artículo 7, que establece el reconocimiento de las formas matrimoniales específicas, siempre, sin

embargo, que se cumplan los requisitos establecidos en el Código Civil para la validez del matrimonio; en estos casos, la aceptación de una determinada forma como válida para contraer matrimonio, no excluye ni el cumplimiento de los requisitos, ni la aplicación de la norma estatal relativa a los efectos del matrimonio.

Por tanto, el modelo *occidental* va a consistir en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los individuos, limitada para la protección de los derechos fundamentales implicados y en este sentido es absolutamente significativa la norma del artículo 1328 CC, que declara nulas las estipulaciones contenidas en los capítulos matrimoniales que sean «limitativa[s] de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge».

Pero el modelo que venimos en denominar *occidental* no se aplica de la misma forma en todos los países; existen dos variables:

1.^a *Modelo único*. La familia y el derecho que la regula se organiza según las creencias que son participadas por la mayor parte de la sociedad, aunque no sean aceptadas de forma unánime. Por ello la forma legal adoptada no se adapta a todos los posibles modelos existentes en aquella sociedad y en aquel momento concreto. Existen muchos ejemplos que pueden ilustrar lo que significa esta alternativa: así las relaciones entre personas del mismo sexo pueden dejarse sin regulación porque una parte mayoritaria de la sociedad las excluya en su acervo cultural, aunque en otros lugares se considere que estas relaciones deben merecer incluso el reconocimiento del acceso a la forma matrimonial y tenemos por ello, la pluralidad de modelos existente en este momento en los países europeos que van desde la absoluta ignorancia del tema (Irlanda) hasta su reconocimiento como matrimonio (Holanda, Bélgica y España). Otro ejemplo lo tenemos en la discusión acerca de si deben reconocerse o no efectos jurídicos a las convivencias *more uxorio* entre personas de distinto sexo que eligen cohabitar sin haber contraído matrimonio: desde la idea francesa *les concubins passent de la loi, la loi passe d'eux* y que se mantiene aun en el artículo 515.1 al 8, introducido por la ley de 15 de noviembre de 1999, que modificó el Code, regulando lo que se denomina PACS, hasta ordenamientos como el catalán que reconocen una situación muy parecida a la del matrimonio, siempre que se hayan cumplido determinados requisitos. Finalmente un ejemplo claro, quizá más claro que los que he puesto sobre la mesa hasta ahora, lo constituye la exigencia de la monogamia como requisito para la validez del matrimonio: las sociedades occidentales no reconocen la validez del segundo matrimonio contraído estando aún en vigor el primero y por ello se excluye la poligamia sea cual sea la ideología religiosa que la permita, ya sea islámica o de otro tipo, como ocurre con los componentes de la secta Amish en Estados Unidos.

En todos los casos que se han examinado como ejemplo, existe un modelo fundado en unas creencias participadas por un importante grupo de ciudadanos, que se imponen a los que están en minoría, que no podrán ver nunca reconocida la situación en que se encuentran; el ejemplo de la poligamia es, sin duda, el más significativo.

2.^a *El modelo de la tolerancia*. En algunos países la familia se estructura en torno a un modelo aséptico, sin una proyección de una moral o de una ideología común. Se definen, eso sí, los límites de la permisividad, como ocurre por seguir con el ejemplo anterior, con la prohibición de la poligamia, y se deja el resto a las

decisiones personales. Un ejemplo de este tipo de estructuras familiares lo proporciona Suecia.

Como es bien obvio, no hay ningún ordenamiento jurídico que responda en estado puro a uno o a otro de los ejemplos que acabo de citar, porque en general se mezclan soluciones que pueden encuadrarse en uno u otro modelo; siempre hablamos de tendencias, aunque en algunos aspectos, la uniformidad resulta notable, como ocurre en la regulación de los derechos de los hijos, con la progresiva eliminación de las diferencias entre los efectos de la filiación matrimonial y los de la no matrimonial. Pero quizá España pudiera alinearse entre los países de *modelo único*, aunque las competencias autonómicas en estas materias hacen algunas veces muy teórico pretender alinear a nuestro país en una determinada tendencia. Para tener más elementos de juicio voy a examinar dos temas cuyo desarrollo puede llevarnos a conclusiones quizá más adecuadas que las que pudieran sacarse de una discusión tan abstracta. Se trata de estudiar un poco más pormenorizadamente el derecho a contraer matrimonio y los derechos fundamentales en las relaciones paterno-filiales.

III. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

A) El planteamiento de la cuestión

El artículo 12 de la Convención europea de los Derechos del Hombre dice: «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho a casarse y fundar una familia según las leyes nacionales». La interpretación tradicional de la Corte Europea de los Derechos Humanos ha estado referida a casos en que la legislación de uno de los países firmantes de la mencionada Carta había impedido el matrimonio de transexuales, entendido el tema desde el punto de vista de aquella persona que habiendo nacido como perteneciente a un determinado sexo, cambiaba para pasar a pertenecer a un sexo distinto como consecuencia de tratamientos médicos. Son conocidos los casos *Cossey v UK* (sentencia de 27 de septiembre de 1990), *Reess v UK* (sentencia de 17 de octubre de 1986) y *Sheffield & Horsham v UK* (sentencia de 30 de julio de 1998); en todos ellos se trataba de si se ajustaba o no al Convenio europeo el rechazo de las autoridades inglesas del reconocimiento de la nueva identidad sexual de personas transexuales operadas. Y en todos ellos, la Corte no consideró que la prohibición de matrimonio fuese contraria al mencionado artículo 12 de la Carta, porque para el ejercicio del derecho a contraer matrimonio este artículo se remite a «las leyes nacionales», que tienen plena competencia para definir quiénes van a estar legitimados para casarse y quiénes no.

Sin embargo, esta situación cambia en los dos casos decididos el 11 de julio de 2002; se trata de los casos *Goodwin v UK* y *I v UK*, en los que la Corte considera, por primera vez, distintos el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia que aparecen juntos en el mismo artículo y que hasta el momento de dictarse las dos sentencias referidas, habían sido considerados uno en función del otro. Entre otros argumentos, la Corte considera que la incapacidad de una pareja para concebir un hijo no es en sí misma suficiente para privar a los miembros de esta pareja del derecho a contraer matrimonio y añade que la Corte no está convencida de que hoy

pueda continuar admitiendo que los términos expresados en la Carta implican que el sexo deba ser determinado por criterios exclusivamente biológicos.

«98. Reexaminando la situación en 2002, la Corte observa que de acuerdo con el artículo 12 se encuentra garantizado el derecho fundamental del hombre y de la mujer de casarse y formar una familia. Sin embargo, el segundo aspecto no es una condición del primero y la incapacidad para concebir y educar un hijo no debería en sí mismo comportar la privación del derecho debido en la primera parte del artículo 99. El ejercicio del derecho a casarse comporta consecuencias sociales, personales y jurídicas[...]. 100. Ciertamente, la primera frase contempla expresamente el derecho de un hombre y una mujer a casarse. La Corte no está convencida que hoy pueda continuar admitiéndose que estos términos implican que el sexo debe ser determinado según criterios puramente biológicos», como había declarado el juez Ormrod en el famoso caso inglés *Corbet v Corbett*.

Hasta aquí el resumen de los razonamientos más importantes en relación al matrimonio, que llevan a los siguientes elementos: i) debe separarse el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia; ii) la imposibilidad de concebir dentro de la pareja no es un elemento determinante para declarar quién tiene o no derecho a contraer matrimonio; iii) aunque la regulación del matrimonio se deje a los derechos nacionales, las limitaciones que éstos establezcan no pueden reducir el derecho a un grado tal que afecte la propia sustancia del mismo. Sin embargo, debe ponerse de relieve que la Corte no había considerado nunca un obstáculo para la validez del matrimonio ni la edad de los contrayentes, ni el que estaba afectado por una esterilidad de uno de los miembros de la pareja (Díez Picazo Gimeno).

La declaración relativa a las competencias de los legisladores nacionales con relación a la regulación del matrimonio plantea una doble pregunta, que esta sentencia no soluciona: la primera se refiere a cómo debe determinarse el sexo si éste, aun cuando no sea un elemento determinante, sigue siendo básico en la regulación matrimonial en los países adheridos al Convenio de Europa. La segunda pregunta es qué significado hay que dar a la expresión de que no se puede reducir el matrimonio de tal manera que la propia sustancia del mismo venga afectada. Estas preguntas no tienen respuesta, por ahora, en la jurisprudencia de la Corte europea. Porque, en definitiva en estas sentencias se sigue con la idea de que la sustancia del matrimonio requiere la presencia de un hombre y una mujer, ya que no hay que olvidar que estas decisiones se formulan en dos casos de transexualidad y si de acuerdo con la Corte, los conceptos de hombre y mujer no son sólo biológicos, para dar mayor seguridad jurídica a los afectados, la Corte quizá hubiera debido ser más concreta.

De todos modos, el artículo 9 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (10 diciembre 2000) formula la cuestión del sexo con relación al matrimonio de una forma mucho más abierta al establecer que «se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio». En esta redacción han desaparecido los sujetos titulares del derecho a contraer matrimonio, aunque se mantiene la referencia a las leyes nacionales. Por ello puede decirse que esta nueva redacción ampara una decisión como la española, de admitir la validez del matrimonio de dos personas del mismo sexo.

B) El derecho a contraer matrimonio por personas del mismo sexo

Si bien en Europa algunos países, como el nuestro, han solucionado de una forma drástica el acceso al matrimonio de personas del mismo sexo, la cuestión está lejos de ser solucionada en el derecho comparado. Y ante el por ahora, silencio de la Corte europea, no deja de ser interesante el examen rápido de otros sistemas jurídicos.

1.º En *Los Estados Unidos*, una jurisprudencia bastante constante ha negado este derecho a las personas del mismo sexo, incluida la *Defense of Marriage Act (DOMA)*, que impide casarse a personas del mismo sexo, ya que su matrimonio va a ser considerado nulo de pleno derecho. Antes de la aprobación de la DOMA, se había negado este derecho con el argumento que no admitir este tipo de matrimonio no violaba derechos fundamentales como la igualdad. Así, en el caso *Adams v Howerton*, el Tribunal Supremo de California, en 1980, declaró que el no reconocimiento de las parejas del mismo sexo no violaba el derecho a la igualdad; en el caso *Dean v District of Columbia*, en 1995, se argumentó sobre la base que la denegación de una licencia matrimonial a una pareja del mismo sexo no violaba tampoco ningún derecho constitucional y a la pregunta sobre si de acuerdo con las cláusulas constitucionales (*due process clause*), el derecho fundamental de los heterosexuales se extendía también a los homosexuales, la respuesta del Tribunal de Columbia fue muy clara y rotunda: no. En el bien conocido y muy citado caso *Baker v Nelson*, decidido en 1971 se habían ya utilizado los mismos argumentos y llegado a la misma respuesta, porque se consideró que la institución del matrimonio consiste en la unión de un hombre y una mujer y comporta la procreación y cuidado de los hijos, tal como está establecido en el libro del Génesis, en la Biblia.

Pero en tiempos más recientes, los Tribunales Supremos de Hawai, Alaska, Vermont y Massachussets han rechazado estos argumentos tradicionales y al mismo tiempo, la solución de la DOMA. En el caso *Baer v Lewin*, el Tribunal Supremo de Hawai, en 1993, todo y aceptando que el ligamen entre matrimonio y procreación evidencia que el derecho fundamental a contraer matrimonio contempla las uniones entre hombres y mujeres, sin embargo, considera que la limitación relativa a los matrimonios del mismo sexo constituye una discriminación por razón de sexo, que impide a las personas casarse sobre la base exclusiva de su sexo. En el caso *Brause v Bureau of Vital Statistics*, decidido por el Tribunal Supremo de Alaska en 1998, la cuestión relevante no era si el matrimonio está tan enraizado en la tradición que debe ser considerado como un derecho fundamental, sino si la libertad de elección del compañero está también fundada en las tradiciones americanas. El caso *Baker v State of Vermont*, en 1999 considera que si el Estado permite a las parejas del mismo sexo adoptar y por otra parte, que muchas parejas de sexo distinto contraen matrimonio por razones muy distintas de las de la procreación, debe ordenarse al Estado de Vermont poner en vigor una legislación que extienda los privilegios de los matrimonios a las parejas del mismo sexo, aunque no necesariamente ello deba realizarse permitiendo su acceso al matrimonio. Finalmente, el caso *Goodridge v Dept of Public Health*, decidido en 2003 por el Tribunal Supremo de Massachussets considera también que la exclusión de las parejas del mismo sexo del acceso al matrimonio viola la Constitución del Estado de Massachussets.

2.º El modelo nórdico resulta algo diferente en el planteamiento, aunque las consecuencias sean prácticamente iguales al patrón matrimonial; lo que difiere es la

forma de acceso a los efectos previstos legalmente. Dinamarca fue en 1989 el primer país europeo en tomar una decisión positiva en relación al reconocimiento de las parejas formadas por personas del mismo sexo; en esta fecha se aprobó la primera ley que autorizaba el registro de las parejas homosexuales, con efectos prácticamente idénticos al matrimonio, con excepción de lo relativo a la filiación. Se han aprobado leyes posteriores en Noruega (1993), Suecia (1994), Islandia (1996) y Finlandia (2001). A partir de la ley danesa, las diferentes legislaciones nórdicas han aceptado la aplicación de las reglas relativas a las consecuencias económicas del matrimonio, las reglas sobre impedimentos para contraerlo, el divorcio, los derechos sucesorios, las normas sobre impuestos, los derechos sociales, etc.

3.º Finalmente algunos países europeos, concretamente Holanda, Bélgica y España han admitido como solución el matrimonio de personas del mismo sexo, aunque con efectos de distinto grado, ya que en Bélgica la admisión del matrimonio se produce a los únicos efectos de las relaciones personales y matrimoniales de los miembros de la pareja, dejando aparte la cuestión de la filiación que, por el contrario, no se distingue en España ni en Holanda, con algunos problemas que evidentemente no voy a analizar aquí porque lo único que nos interesa en este momento es el tratamiento constitucional de la cuestión. A tal efecto, el Tribunal Constitucional español había dicho en 1994 que «se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial» (auto 222/1994, de 11 de julio). Por su parte, el Consejo de Estado fue parcialmente favorable a la propuesta de regulación contenida en el Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en relación al derecho a casarse. El Consejo de Estado afirmaba de forma rotunda que la expresión «hombre» y «mujer» utilizada en el artículo 32 CE, «no impide, por sí y a priori, que el legislador pueda extender a parejas homosexuales, en términos del Tribunal Constitucional, “un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio”», aunque según este dictamen, el Anteproyecto presentaba «serias dudas», a la vez que consideraba que los objetivos de la ley se podrían obtener por otros medios, «sin necesidad de alterar los perfiles propios o los principios sobre los que se articula la institución matrimonial». De esta manera, el Consejo de Estado tomaba una opción, por decirlo de alguna manera *prudente*, porque mantenía la constitucionalidad de la decisión, aunque, en un juicio de oportunidad y no de legalidad, consideró más adecuado utilizar otra vía para resolver el problema planteado, decantándose por una solución más parecida a la de los países nórdicos.

Díez Picazo Gimeno plantea unos serios interrogantes en lo que se refiere a la interpretación del artículo 32 CE; dice que la expresión «el hombre y la mujer» que aparece en el mencionado artículo puede ser objeto de dos interpretaciones distintas; una, entender que «consagra un puro derecho subjetivo» y de acuerdo con ello, «habrá que concluir que el artículo 32 CE impide al legislador suprimir el matrimonio entre hombre y mujer», pero que no le impide ampliarlo. Mientras que si el artículo 32 se interpreta como una garantía institucional, se sustraería la materia a la libre disponibilidad del legislador. Parece que la opción del legislador es la de considerar el matrimonio como un derecho subjetivo, lo que le ha permitido regularlo de la forma que lo ha hecho en la ley 15/2005. No pienso que esta opción sea contraria a la regulación constitucional y, por tanto, me inclino por aceptar la primera de las interpretaciones propuestas por Díez Picazo Gimeno, de manera que el artículo 32 CE puede interpretarse de una forma más abierta que el Consejo de

Estado, aunque una cosa es garantizar al hombre y a la mujer el derecho a contraer matrimonio y otra cosa distinta es ampliarlo a otros supuestos, lo que no prohíbe el artículo 32 CE ni los propios textos de Derechos humanos ligados con nuestro ordenamiento.

IV. DERECHOS FUNDAMENTALES Y RELACIONES PATERNO-FILIALES

Debo recordar antes de proseguir que antes he dicho que el sistema constitucional español de protección a la familia se configura como un sistema mixto, en el que la defensa de los sujetos «débiles», se atribuye primariamente a la familia, a través de las potestades otorgadas a los padres o tutores, para atribuirse a las instituciones públicas sólo en el caso que fallen los mecanismos primarios. Ello ha llevado al Tribunal Constitucional y también al Tribunal Supremo a crear toda una doctrina en torno a la filiación y a las relaciones paterno-filiales, aunque muy posiblemente las consecuencias de toda esta doctrina no han sido pensadas directamente en el sentido a que me estoy refiriendo.

A. La determinación de la filiación

Como resulta bien conocido, el Código Civil se modificó en 1981 en el sentido de equiparar los efectos de las distintas clases de filiación y así el artículo 108 CC aun reconociendo la posibilidad de que existan distintos orígenes, acaba reconociendo que «la filiación matrimonial, la no matrimonial y la adoptiva, surten los mismos efectos». Esta norma debe aplicarse también a las filiaciones de origen técnico, es decir las que se regulan por la Ley 35/1988 que también serán matrimoniales o no matrimoniales según si la pareja que ha seguido el procedimiento está o no casada. Ahora bien, los efectos de la filiación requieren que se haya determinado el progenitor a quien puede reclamarse el cumplimiento de los deberes derivados de la relación, porque cuando ésta no está constituida, mal pueden ejercerse las potestades derivadas de la cualidad de padre/madre con relación a los hijos. A tal efecto, el artículo 39.2 CE establece que «la ley facilitará la investigación de la paternidad», normativa que fue recogida en los artículos 127-130 CC, actualmente derogados por los artículos 764-768 LEC.

La ley, de todas maneras, ha tenido que ser moldeada de acuerdo con los principios constitucionales y sobre todo, a partir de los principios contenidos en el artículo 39 CE, tanto por el Tribunal Constitucional, como por el Tribunal Supremo; de este modo encontramos declaraciones de inconstitucionalidad de diversos artículos del Código a cargo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Todo ello configura una filiación un poco distinta de la que aparece recogida en el texto de la ley.

1. *La maternidad*

No existe en el Código Civil una regla paralela a la que contiene el artículo 87.2 del Código de familia de Cataluña, que establece que «la filiación por naturaleza

con relación a la madre resulta del nacimiento». Por ello, seguramente, el artículo 47.1 LRC permitía la legislación de desarrollo contenida en los artículos 167, y 182 RRC, que admitían la posibilidad de ocultar los datos relativos a la filiación materna, de una forma bastante parecida a las reglas contenidas en la ley 2002-93, de 22 de enero de 2002, que regula en Francia el acceso de los adoptados al conocimiento de sus orígenes y que fue considerada conforme al Convenio europeo de Derechos del Hombre en el conocido asunto *Odièvre*, decidido por la Corte Europea de Derechos del Hombre en la decisión de 13 de febrero de 2003. Pues bien, en el sistema español, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 declaró derogadas por la Constitución por inconstitucionalidad sobrevenida, las normas que permitían la ocultación de los datos registrales relativos a la filiación materna. El marco registral que amparaba el llamado *desconocimiento* se encontraba en el artículo 167 RRC, que permitía no publicar los datos relativos a la madre en contra de la voluntad de ésta, en cuyo caso debía ponerse «desconocida». La sentencia entiende que:

«tras la vigencia de la Constitución española, entendemos que tal limitación elusiva de la constancia clínica de la identidad de la madre, ha quedado derogada por su manifiesta oposición en lo en ella establecido y no debe ser aplicada por los jueces y tribunales.»

Esta es pues una consecuencia de la necesidad de atribuir la protección del menor a un progenitor conocido, que en nuestro sistema se identifica por medio de las presunciones de paternidad y el hecho del parto.

2. *La paternidad*

Siempre ha sido muy compleja la prueba de la paternidad y por ello todas las legislaciones han establecido sistemas paralelos para determinarla. En el ámbito constitucional, la cuestión ha tenido dos aspectos fundamentales, que derivan de lo que claramente establece el artículo 39.3 CE, que impone a los padres la obligación de «prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio» en todos aquellos casos en que estos hijos requieran de esta asistencia. La STC 7/1999, de 17 de enero, en un supuesto bien conocido relativo a la valoración de la negativa a la prueba biológica para determinar la paternidad, e interpretando el propio artículo 39.2 CE, afirma que:

«la investigación judicial de la filiación sirve directamente a fines constitucionales, enunciados en términos claros y rotundos por el artículo 39 CE, y, por ende, la actuación de los Tribunales va acentuando el rigor de la exigencia anteriormente anunciada, a fin de procurar que los padres cumplan sus deberes respecto a sus hijos menores, venciendo las resistencias injustificadas de aquéllos.»

Este planteamiento ha derivado en dos consecuencias básicas en lo que se refiere a la determinación de la filiación: i) los problemas planteados por las negativas a la realización de las pruebas biológicas demandadas por la parte demandante y lo que se conoce con el nombre de *ficta confessio*, y ii) la problemática planteada con relación a la legitimación para el ejercicio de las acciones de filiación. Sólo podré detenerme muy rápidamente en estas cuestiones, dada la índole de este

trabajo y su propio origen, lo que no significa que todo ello no tenga una gran importancia como lo demuestra la cantidad de sentencias tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo, pronunciadas en litigios relativos a estas cuestiones.

i) *Las pruebas de la filiación paterna.* La admisión del principio biológico en la filiación se deduce del artículo 39.2 CE, cuando establece que «la Ley posibilitará la investigación de la paternidad», lo cual no es un principio absoluto que impida que el ordenamiento jurídico mantenga filiaciones que no se corresponden con la verdad biológica. Así ocurre, obviamente, con la adopción; pero también en aquellos casos de inseminación con material de donante, en los que el consentimiento del que va a ser declarado legalmente padre impide la determinación de la paternidad biológica, llegándose incluso más allá al establecer el artículo 5 de la Ley 14/2006, que la donación será anónima, sin que pueda el nacido pedir la identificación de su padre genético, salvo en los casos previstos directamente por el propio artículo. Esta disposición, que levantó mucha polvareda en el momento en que se aprobó, fue declarada conforme a la Constitución en la sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio, en la que el Tribunal Constitucional consideró que los hijos podían tener acceso a una determinada información:

«La Constitución ordena al legislador que “posibilite” la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor.»

Desde este punto de vista y con la excepción que supone la sentencia citada, los problemas que ha planteado la cuestión relacionada con las pruebas de paternidad ha producido una jurisprudencia un tanto errática. A partir del antiguo artículo 127 CC, sustituido ahora por el artículo 767 LEC, los Tribunales han ido conformando una doctrina sobre la necesidad de que se presente un principio de prueba en todas las demandas sobre filiación. Pero el problema no se ha planteado sobre la clase de prueba que debe aportarse, sino al valor que debe darse a la negativa a someterse a una prueba biológica, tanto si esta se exige en una demanda contra el hombre, en la que se pide que se reconozca que es el padre del demandante, bien cuando lo que se pretende es la impugnación o la reclamación de una determinada filiación. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 7/1994, estableció una doctrina relacionada con la obligatoriedad de someterse a la prueba pedida por la otra parte, aunque no se pronunció claramente sobre las consecuencias que acarrea la negativa. En todo el tema están presentes algunas líneas generales que voy a intentar resumir:

– La primera es que no puede considerarse contrario a los derechos fundamentales a la integridad física y la intimidad que el juez ordene el sometimiento a esta prueba. La citada sentencia 7/1994 dice que «una vez decidido por el juzgado que es preciso realizarla porque no pueda obtenerse la evidencia de la paternidad a través de otros medios probatorios, el afectado está obligado a posibilitar su práctica», por «el deber que impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio (art. 39. 3 CE)». Esta doctrina ha sido repetida en la sentencia 95/1999, de 31 de mayo y por muchas

sentencias del Tribunal Supremo, que por razones de brevedad y por ser de sobras conocidas, no voy a repetir aquí.

– Sin embargo, queda pendiente qué efectos deban darse a la negativa al sometimiento a esta prueba. La sentencia 95/1999 dice que:

«este Tribunal ha declarado ya en ocasiones anteriores que cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación permitido por el artículo 135 *in fine* CC, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.»

Por todo ello el Tribunal Supremo no ha considerado la *ficta confessio* como determinante para la atribución de la paternidad. Así ha dicho que:

«Esta Sala ha venido considerando que la negativa a someterse a una prueba biológica no constituye una *ficta confessio* (sentencias de 2 de julio de 2004, 1 de octubre de 1999, 10 de octubre de 1999, 29 de marzo de 2000, 27 de diciembre de 2001, 16 de julio de 2004, 5 de julio de 2004, etc), por lo que en este caso, los Tribunales de instancia actuaron correctamente al valorar las otras pruebas que el demandante aportó en el trámite procesal oportuno». (Sentencia de 14 de diciembre de 2005; ver asimismo las sentencias de 17 y 22 de noviembre de 2005, por no citar más que las más recientes.)

Y en la sentencia de 7 de diciembre de 2005, después que la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 2005, anulara la del propio Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2002, declaró que:

«la conclusión a que debe llegarse es la de que, ofreciendo una especial relevancia como indicio la negativa a la práctica de la prueba biológica, al menos cuando, como ocurre en el presente caso, esta negativa no ha sido acompañada de ninguna razón que la justifique (pues el afectado arguyó motivos heterogéneos difícilmente admisibles), los demás indicios concurrentes no es exigible que generen una virtualidad probatoria plena por sí mismo, ni siquiera que sean aptos para jugar un papel preponderante en la construcción de la presunción, sino que basta que tengan una eficacia coadyuvante en términos de normalidad o razonabilidad desde el punto de vista del orden acostumbrado de las cosas, acreditado por la experiencia, para corroborar el indicio especialmente significado derivado de la negativa a la práctica de la prueba biológica.»

Pero la cuestión de las pruebas en los procedimientos de reclamación o impugnación de la filiación no acaba con los problemas relacionados con la negativa a la prueba biológica. El artículo 136 CC al reconocer el derecho del marido a la impugnación de la paternidad de los hijos habidos durante el matrimonio, establecía el plazo de un año para el ejercicio de la acción desde que la filiación se hubiera inscrito en el Registro Civil y añadía que «el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento». La complicación surge cuando las pruebas sobre la no paternidad se obtienen muchos años después del nacimiento, conocido, del hijo, lo que, según el artículo 136.1 CC, impide el ejercicio de la acción de impugnación y

mantiene una ficción, contra el principio de la verdad biológica como regla. De acuerdo con lo dicho hasta aquí, la STC 138/2005, de 26 de mayo, después de afirmar que: *a)* la limitación de la legitimación establecida en el artículo 136 CC no es contraria al principio de igualdad ante la ley y de *b)* entender que en algunos casos, «el mero conocimiento del nacimiento será por sí mismo insuficiente», concluye que la redacción que se dio en 1981 al artículo 136.1 CC es inconstitucional porque

«cercena el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, sin que esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial. La imposición al marido de una paternidad legal que, sobre no responder a la verdad biológica, no ha sido buscada (como ocurre en los casos de adopción y de inseminación artificial) ni consentida conscientemente, sino impuesta por una presunción legal (art. 116 CC), que siendo inicialmente *iuris tantum* (ATC 276/1996, de 2 de octubre), sin embargo, transcurrido un año desde la inscripción de la filiación, conocido el nacimiento se transforma en presunción *iuris et de iure*, resulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE) y, por extensión, con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su dimensión de acceso a la jurisdicción». En el mismo sentido la STC 156/2005, de 9 de junio.

Esta sentencia, por tanto, plantea un problema de determinación de la filiación basado en la existencia de pruebas que no se conocían dentro del plazo legalmente establecido para impugnar la filiación matrimonial por parte del marido de la madre. La cuestión de inconstitucionalidad que da lugar a esta sentencia había ya determinado al legislador catalán a introducir en el artículo 106.1 CF la legitimación del marido de la madre para impugnar la filiación matrimonial en el plazo de dos años a contar bien desde el conocimiento del nacimiento del hijo, o bien desde «el descubrimiento de las pruebas en las que fundamenta la impugnación».

ii) *La legitimación en las acciones de filiación.* Dice Rivero que si bien el principio del *favor filii* puede propiciar y de hecho así ha sucedido, que se admitan legitimaciones amplias para la determinación de la verdadera paternidad biológica, este principio «no lo justifica todo, y menos cuando el legislador puede tomar medidas para que el hijo no se vea perjudicado en ciertas situaciones límite». Seguramente ello explica el por qué la ley no reconoce la legitimación de forma indiscriminada.

Sin embargo, el Tribunal Supremo estableció una doctrina correctora de la legitimación que corresponde *proprio nomine* al padre no matrimonial, a falta de la correspondiente posesión de estado, para reclamar la filiación que resume la sentencia de 14 de diciembre de 2005, con cita de la de 22 de marzo de 2002, en el sentido siguiente:

«Frente a la interpretación literal del artículo 133 del Código Civil que legitima sólo al hijo para la reclamación de la paternidad no matrimonial, había que aceptar una interpretación más flexible que resultaba de la interpretación conjunta de los artículos 133 y 134 del Código Civil, ya que si éste último permitía al progenitor la impugnación de la filiación contradictoria en el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación, «también esta impugnación condicionará la habilitación para que pueda ejercitar la acción de reclamación»

(sentencia de 8 de julio de 1991). De acuerdo con la citada sentencia de 22 de marzo de 2002, hay que señalar que esta tesis se ha mantenido en las sentencias posteriores, de modo que «al superarse la literalidad del artículo 133 del Código Civil que atribuye sólo legitimación al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad y toda vez que el artículo 134 del Código Civil legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Tal legitimación ha de ser entendida no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible y este interés existe y se presenta legítimo en casos como el presente en relación del padre biológico» (sentencia de 22 de marzo de 2002. Además, sentencias de 2 de octubre de 2000, 13 de junio de 2002, 17 de junio de 2004 y 8 de julio de 2004, entre las más recientes).

El Tribunal Constitucional ha intervenido de nuevo en la configuración de la filiación, considerando que la redacción que el artículo 133 CC tuvo en 1981 resulta inconstitucional porque tal como está redactado impide «al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en casos de inexistencia de posesión de estado», tal como falla la STC 273/2005, de 27 de octubre:

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 [...]. En suma, la privación al progenitor de la posibilidad de reclamar una filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado *no resulta compatible con el mandato del artículo 39.2 CE de hacer posible la investigación de la paternidad ni, por ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción*». (Ver asimismo la STC 52/2006, de 16 de febrero).

B. Los derechos fundamentales en la configuración de las relaciones paterno-filiales

Me he referido ya en los anteriores apartados a que la Constitución española construye un sistema en el que determinadas instituciones están pensadas y diseñadas para procurar el desarrollo del principio contenido en el conocido artículo 10.1 CE; es por ello que la STC 7/1994 liga la obligación de someterse a las pruebas

biológicas en un procedimiento de reclamación de la filiación «al interés social [...] que subyace en las declaraciones de paternidad». También hay que señalar que en las relaciones paterno-filiales las facultades otorgadas a los padres titulares de la potestad se realizan en función de la protección acordada, ya que cuando deja de existir la necesidad para la que han sido reconocidas, cesa el interés y por ello serán los mismos titulares de los derechos quienes van a ejercer los derechos por sí mismos; ello se reconoce en el artículo 162.1º CC, que exceptúa de la representación de los padres los actos relativos «a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo», así como el artículo 155.2 a) CF que exceptúa también de la representación, «los actos relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulan dispongan lo contrario».

No voy a entrar aquí en el resbaladizo terreno que muestra la STC 154/2002, de 18 de julio, relativa a la titularidad y ejercicio por un menor de edad de su derecho a la libertad religiosa, porque esta cuestión escapa del ámbito de la familia para entrar en lo relativo a la persona, su capacidad, etc. que no es el objeto de este trabajo. Sí que me parece importante que nos coloquemos al otro lado de la relación, es decir, en el aspecto de la protección o si se quiere el pleno ejercicio por parte de los progenitores de una serie de derechos que no deben mirarse exclusivamente desde el lado de la protección del menor, aunque la comprenden, sino también desde la vertiente del derecho fundamental del propio adulto, en su relación con los menores sometidos a su potestad. El lado oscuro del derecho a veces emerge con acritud, de forma que hay que equilibrar una balanza que no sólo debe permitir proteger a quien se encuentra en situación de ser protegido, sino que la prevención no debe llevar al paternalismo. Voy a referirme únicamente a dos casos paradigmáticos: el asunto *Salgueiro Da Silva Mouta v Portugal* (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de diciembre de 1999) y el caso *Pedro C.C.*, resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo.

El caso *Salgueiro* es bien conocido en la literatura jurídica relativa a la discriminación por razón de la homosexualidad del padre. El Sr. Salgueiro tenía una hija de su matrimonio; cuando se produjo el divorcio, se acordó que la madre tendría la custodia de la niña y que el padre tendría derecho de visita en los términos acordados. Sin embargo, la niña empezó a vivir con sus abuelos y tras el incumplimiento sucesivo por parte de la madre de la obligación de permitir la visita del padre justificada en su homosexualidad y en la convivencia con otra persona de su mismo sexo, finalmente el Tribunal de Apelación de Lisboa atribuyó la custodia de la niña a la madre, sin perjuicio del derecho de visita del padre. El Sr. Salgueiro recurrió al Tribunal de Derechos Humanos por considerar que se había violado el artículo 8 del Convenio, en relación con el artículo 14. El Tribunal reconoció que si bien la sentencia del Tribunal de apelación de Lisboa «perseguía un fin legítimo: proteger la salud y los derechos de la niña», sin embargo, los argumentos del citado Tribunal relacionados con la homosexualidad del padre eran obvios, de manera que el Tribunal de Derechos Humanos consideró que expresiones como «no es este el lugar para examinar si la homosexualidad es o no una enfermedad, o si es una orientación sexual hacia personas del mismo sexo. En ambos casos se está en presencia de una anomalía y un niño no debe crecer a la sombra de situaciones anormales» contenidas en la sentencia del Tribunal de Apelación de Lisboa, demuestran que «la homosexualidad del demandante pesó de modo determinante en la decisión

final», por lo que quedaba demostrado que «el Tribunal de Apelación hizo una distinción llevado por consideraciones relativas a la orientación sexual del demandante *distinción que no se puede tolerar según el Convenio*», de modo que se produjo una violación del artículo 8 del citado Convenio en relación con el artículo 14.

El otro caso al que debo referirme a continuación es el resultado en la STC 141/2000, de 29 de mayo, también relativo al derecho de visita, pero los motivos que produjeron el amparo fueron algo diferentes. D. Pedro C.C. estaba casado con D^a Carmen y tenían dos hijos; D. José se afilió al denominado «Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España»; la esposa D.^a Carmen pidió la separación. La sentencia que la acordó estableció un régimen de visitas y prohibió al padre hacer ningún tipo de proselitismo de sus creencias religiosas entre sus hijos. Sin embargo, recurrida esta sentencia, la Audiencia Provincial de Valencia redujo drásticamente el régimen de visitas, sobre la base de la necesaria protección de los hijos ante las creencias religiosas de su padre porque podría afectarles psíquicamente. D. Pedro C.C. recurrió en amparo esta sentencia. El Tribunal Constitucional distinguió aquí entre el derecho a la libertad religiosa de los padres y el de los menores, a quienes reconoció como titulares de este derecho, de acuerdo con el artículo 16 CE, resumiendo la doctrina de la siguiente forma:

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

Pero dicho esto, el Tribunal Constitucional entra a valorar las circunstancias del caso, en el que no se había probado que la pertenencia del padre a un movimiento espiritual produjese riesgo alguno para los menores, por lo que la falta de dichos datos debía llevar a concluir que la restricción de las visitas era desproporcionada y que se había lesionado la libertad religiosa del padre.

Estas dos decisiones llevan a una conclusión altamente interesante: no se trata ya de la protección de los derechos fundamentales de los menores, sino que las relaciones paterno-filiales tienen dos caras, porque todos los sujetos de las mismas son titulares de los derechos fundamentales, que no pueden ser violados por la situación familiar en que deban ser ejercidos.

CONCLUSIÓN

La conclusión a que nos conduce el anterior estudio es que nos encontramos en el momento actual frente a una nueva concepción de lo que deba considerarse como familia. El acceso de las personas del mismo sexo al matrimonio, así como las facilidades para el divorcio producen una nueva imagen del viejo concepto, que

no por ello debe ser considerado *en crisis*, si por *crisis* debe entenderse algo parecido a apuros, conflictos o problemas de la institución. *Crisis* significa aquí *cambio* y es innegable que la familia se encuentra en una clara época de evolución y cambio sin que se sepa, al menos de forma clara, cuál será el resultado final de este proceso. La velocidad en la que se están produciendo estos cambios comporta que la legislación devenga obsoleta muy rápidamente, por lo que sólo el marco proporcionado por la aplicación de la regla de la titularidad de los derechos fundamentales sea, hasta cierto punto, más seguro.

Sin embargo, la interpretación que deba hacerse de los mismos genera a su vez nuevos problemas y un ejemplo claro lo encontramos en un nuevo problema que no he querido tratar aquí: ¿debe o no regularse la situación de las personas que conviven sin estar casadas, pudiendo hacerlo? Es evidente que no me refiero a los hijos nacidos de estas uniones, protegidos por el principio de igualdad, sino a si debe o no crearse un estatuto jurídico de la unión de hecho, situación marcadamente contradictoria, pero que ha tenido su respuesta positiva en las diversas leyes autonómicas aprobadas desde 1998. Ciertamente estas uniones deben ser calificadas como *familia*, pero....

De lo que se concluye que seguiremos hablando largamente del tema, porque la sociedad no lo ha cerrado.

Este trabajo tiene como objetivo demostrar que el Derecho de familia actual está regido por los derechos fundamentales de los individuos que forman parte del grupo familiar. Esto explica las soluciones tomadas por el legislador, tanto estatal como autonómico, en relación a las relaciones entre cónyuges y en el establecimiento de los sistemas de protección adecuados para aquellas personas que carecen de capacidad. El derecho de familia, en consecuencia, estará fundado en este elemento fundamental, que produce un cambio metodológico sustancial y que permite regulaciones como el matrimonio de personas del mismo sexo y resoluciones como las relativas a la necesidad de sometimiento a las pruebas biológicas en los procedimientos de filiación.

BIBLIOGRAFÍA

Se recomiendan las siguientes lecturas.

CONSEJO DE ESTADO. *Expediente de Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*. Dictamen 2628/2004, de 16 diciembre.

http://www.boe.es/g/iberlex/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2004-2628.

DIEZ PICAZO, L. *Familia y Derecho*. Ed, Civitas. Madrid, 1984.

DIEZ PICAZO GIMENO, L. M. *Sistema de Derechos fundamentales*. 2.^a edición. Thomson-Civitas. Madrid, 2005.

GLENDON, M. A. *The transformation of Family Law. State, Law and Family in the United States and Western Europe*. The University of Chicago Press, 1989.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C. *Parejas de hechos y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona, 2004.

- HARVARD LAW REVIEW. «*Developments*». *The Law of Marriage and Family*. Vol 116, 2003, p. 1996.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. *Las acciones de filiación en el Código de familia catalán*. Atelier. Barcelona, 2001.
- «¿*Mater semper certa est?* Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español». *ADC*, 1997-1, p. 5.
- ROCA TRIAS, E. *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*. Civitas. Madrid, 1999.
- SESTA, M. *Diritto di Famiglia*. CEDAM. Padua, 2003.
- VASSEUR-LAMBRY, F. *La famille et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*. L'Harmattan. París, 2000.

