

STC 273/2005, de 27 de octubre de 2005

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1687/98, planteada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, respecto al artículo 133, párrafo primero, del Código civil. Han intervenido el Abogado del Estado, en la representación que ostenta y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Con fecha 16 de abril de 1998 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, por medio del cual se eleva la presente cuestión de inconstitucionalidad. Al escrito se acompaña, junto al testimonio íntegro de las actuaciones, el Auto de la referida Sección, de 3 de abril de 1998, en el que se acuerda plantear la posible inconstitucionalidad del art. 133, párrafo primero, del Código civil, por vulneración de los arts. 14, 24.1 y 39.1 y 2 CE.

2. Los antecedentes de la cuestión, según resulta del Auto de planteamiento y de la documentación adjunta, son los siguientes:

a) El 23 de mayo de 1996 don Arnes A. dedujo, ante el Juzgado de Primera Instancia Decano de Tomelloso, acción de reclamación, reconocimiento e inscripción de la filiación paterna no matrimonial del menor S.B.L., nacido el 25 de septiembre de 1995, fruto, según

afirmaba el actor, de la relación habida entre él y doña María del Pilar B. L. Cumulativamente, ejerció acción de reclamación del derecho a la patria potestad y establecimiento del régimen de visitas sobre dicho menor.

Previamente, dentro del plazo para formalizar la inscripción de nacimiento del citado menor, el 3 de octubre de 1995 el Sr. A. inició expediente gubernativo de reconocimiento e inscripción de filiación paterna ante el Juez encargado del Registro Civil de Tomelloso, que se resolvió mediante providencia que declaró no haber lugar a lo interesado, por no ser el procedimiento seguido conforme con el art. 120 CC, debiendo ejercerse la acción de reconocimiento de paternidad a través del procedimiento declarativo correspondiente.

En la misma línea, el 24 de abril de 1996, el actor instó ante Notario acta de manifestaciones en la que se reconoce como padre del menor a que se refieren estas actuaciones.

b) Recibidos los autos a prueba, ambas partes propusieron pruebas documentales y testificales, y el actor, además, la realización de las pertinentes pruebas biológicas, conducentes a la determinación de la paternidad reclamada. Declaradas pertinentes las pruebas propuestas —en concreto las pruebas biológicas, hematológicas y de ADN, por Auto de 16 de enero de 1997—, la representación de la demandada, en escrito de 19 de febrero de 1997, comunicó al Juzgado que “no acepta la toma de muestras para las pruebas de paternidad solicitadas”.

Practicadas las otras pruebas propuestas, el 30 de mayo de 1997 se dictó por el Juzgado providencia para mejor proveer, en la que se acuerda la práctica de las pruebas biológicas acordadas en el Auto de 16 de enero del mismo año, requiriéndose la comparecencia personal de la demandada en el propio Juzgado, el 18 de junio del mismo año, “en la que se le hará el apercibimiento, con notificación personal de esta resolución —continúa la providencia—, de que su nueva negativa a someterse a las pruebas biológicas de investigación de la paternidad podrá ser valorada como ficta confessio”. Frente a la citada providencia, la parte presentó recurso de reposición, inadmitido por Auto, que fue objeto, a su vez, de un recurso de apelación igualmente inadmitido. Por diligencia de 18 de junio se deja constancia de que la demandada no se personó a la comparecencia acordada.

c) La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Tomelloso, de 24 de julio de 1997, que recoge la existencia de informe favorable a la declaración de paternidad del Ministerio Fiscal, estima la demanda declarando a favor del actor la paternidad reclamada y los derechos y obligaciones derivados de la misma, ordenándose al Registro Civil de Tomelloso que se proceda a la inscripción marginal de la paternidad declarada.

La Sentencia, en el fundamento de Derecho primero, desestima la excepción de falta de legitimación activa opuesta por la demandada, entendiendo que el art. 134 CC, en relación con el art. 39 CE, reconoce “el interés legítimo de los progenitores para reclamar la filiación extramatrimonial debiendo realizarse una interpretación flexible del referido artículo del Código civil entendiendo que extiende al progenitor el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial faltando la posesión de estado”. A continuación, en el fundamento tercero, “teniendo en cuenta que la prueba biológica no ha podido ser realizada debido a la injustificada negativa de la parte demandada”, la Sentencia considera que “ha de concederse a dicha negativa valor indiciario de que el demandante es el padre biológico del menor, sin que ello suponga apreciar la negativa a someterse a las pruebas biológicas como dicta [sic] confessio, sino que apreciada conjuntamente con la constatación del hecho de que demandante y demandado mantuvieron relaciones sentimentales y la intensidad de las mismas en la época en que tuvo lugar el acto generativo, por la prueba testifical practicada a instancia del demandante puede estimarse que ello es así”.

d) Interpuesto el 5 de septiembre de 1997 recurso de apelación por doña María del Pilar B. L., y una vez celebrada la vista, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, por providencia de 10 de febrero de 1998, acordó oír al Ministerio Fiscal y a las partes sobre la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, centrada en los siguientes aspectos: “Si el artículo 133, párrafo primero, del Código Civil, en cuanto sólo atribuye legitimación para reclamar la filiación no matrimonial, cuando falta posesión de estado, y por tanto, a contrario, excluye a los progenitores, puede ser contrario a los artículos 14 (en cuanto suponga una injustificada desigualdad del trato) 24 (tutela judicial efectiva en cuanto se impide al progenitor el acceso al proceso judicial a pesar de que parece ostentar un interés legítimo) y 39. 1 y 2 (en cuanto se impide determinar quién forma la relación paterno-filiar y se impide la investigación de la paternidad)”.

En el trámite de alegaciones, el Ministerio Fiscal en escrito de 18 de febrero de 1998 entendió que no procedía el planteamiento de la cuestión “dado que los derechos e intereses que con la misma se vendrían a tutelar, por vía de interpretación sistemática pueden encontrar dicha acogida, permitiéndose la legitimación activa controvertida”. Por su parte, el apelado, en escrito del día 27 del mismo mes y año, manifestó que la interpretación de los preceptos en cuestión sobre la que se basa la Sentencia de primera instancia es la única que debe prevalecer, por lo que suplicó su mantenimiento y el reconocimiento de la legitimación del señor A. para reclamar la filiación no matrimonial del menor. A su vez, la apelante presentó escrito en la misma fecha, en el que, partiendo de una interpretación opuesta a la anterior,

consideró que no era necesario plantear cuestión de inconstitucionalidad en cuanto a los artículos a que hace referencia la providencia.

Evacuado el trámite de audiencia, se dictó el Auto de 3 de abril de 1998 en el que se acordó plantear la presente cuestión de inconstitucionalidad.

3. En la fundamentación del Auto de planteamiento el órgano judicial proponente realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones:

a) Comienza por precisar que las dudas de constitucionalidad de la Sala en relación con el párrafo primero del artículo 133 del Código civil se centran en los términos de la providencia por la que se abrió el trámite de audiencia, debiéndose comprobar ante todo, y con carácter previo, “el significado y alcance de este precepto, y, en segundo término, si, llegando a resultados contrarios, en principio, a la Constitución, es factible una interpretación del mismo conforme a los principios constitucionales (artículo 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), pues de ser posible, resultaría improcedente el planteamiento de la cuestión”.

b) El órgano judicial, parte de la afirmación de que el art. 133.1 del Código civil “limita la legitimación activa, para ejercitar la acción de reclamación de paternidad, cuando falta la posesión de estado, al hijo”. Entiende, en efecto que “tal conclusión fluye con naturalidad de la interpretación de dicho precepto, conforme a los criterios hermenéuticos establecidos en el artículo 3.1 del Código Civil”. Examina a continuación el órgano proponente tales criterios atendiendo en concreto a los elementos gramaticales, sistemáticos, los antecedentes legislativos y el elemento teleológico o finalista. En relación con este último, señala el Auto de planteamiento que la idea restrictiva a que responde la norma cuestionada “es una opción entre los intereses en conflicto que convergen en las acciones de filiación: el derecho a la averiguación de la verdad biológica y el respeto a la paz familiar ... De ahí — continúa razonando— que se haya conferido a la posesión de estado un carácter regulador de la legitimación, como se infiere del contraste entre los artículos 131 y 133 del Código Civil. Que ello sea correcto o no, desde el punto de vista constitucional, y que esta tensión justifique o no la restricción de la legitimación, es lo que constituye el núcleo del planteamiento de esta cuestión”.

Todo lo cual le conduce a mantener que “de la regulación de esta materia se infiere que se barajan dos criterios para establecer el régimen de legitimación, que en todo caso tiene su vinculación directa con la ley: primero, la posesión de estado, pues si existe, la acción puede ejercitarla cualquier persona con interés legítimo; segundo, y subsidiario, el origen de la filiación, pues faltando la posesión de estado, se distingue entre matrimonial, en cuyo caso,

están legitimados el padre, la madre y el hijo, y excepcionalmente, los herederos de éste, y no matrimonial, en cuyo caso sólo el hijo, y en muy determinados casos, sus herederos, pueden ejercitar la acción”.

c) El órgano judicial proponente considera que este régimen, en cuanto niega al progenitor el ejercicio de la acción de reclamación puede colisionar con una serie de derechos fundamentales y principios constitucionales, que analiza a continuación.

En primer lugar, el derecho a la igualdad (art. 14 CE) en una doble dimensión. Por una parte, por el origen matrimonial o no de la filiación, de modo que, no existiendo posesión de estado, el progenitor sólo está legitimado si reclama una filiación matrimonial, mas no si la causa petendi es la relación paterno-filial no matrimonial. A juicio de la Sala promotora de la cuestión, el matrimonio de los progenitores no puede ser considerado como elemento diferenciador que justifique la disimilitud de supuestos y, por tanto, no es causa que permita una desigualdad de trato o de soluciones jurídicas. En efecto, tras la Constitución y la reforma operada en el Código civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el contenido de la relación paterno-filial ha de ser en todo idéntico, con independencia de su origen, por lo cual, no se comprende cómo no son iguales las oportunidades para acceder al proceso en que se discute la propia existencia de esa relación, sin que se consideren determinantes las razones prácticas que se ofrecían en la exposición de motivos del proyecto de dicha Ley o las aducidas por algún sector doctrinal para justificar el diferente ámbito de la legitimación.

Por otra parte, el art. 133 supone una desigualdad de trato entre los mismos progenitores de una filiación no matrimonial, al primar al que primero establece, por el reconocimiento, su paternidad, ya que durante la menor edad del hijo podrá impedir el reconocimiento por parte del otro, al que no le queda remedio alguno.

En segundo término, el Auto de planteamiento entiende que puede vulnerarse el derecho a la tutela judicial efectiva, en su primigenio aspecto de acceso a la Justicia (art. 24 CE), ya que al presunto progenitor se le impide incluso la incoación del proceso, y ello pese a que, por derivarse de la relación paterno-filial un conjunto de derechos y deberes de los que resultaría titular de quedar aquélla determinada, es portador de un interés legítimo que precisamente es el objeto de protección mediante la proclamación del derecho fundamental considerado.

Por último, también estaría comprometido el principio constitucional de protección de la familia y el de libre investigación de la paternidad (art. 39. 1 y 2 CE) “pues se impide establecer quién forma la relación paterno-filial, con lo que se imposibilita el cumplimiento de

la función protectora que la patria potestad lleva consigo, y, en segundo término, se impide la investigación de la paternidad”.

d) Considera el órgano judicial, asimismo, que la claridad del precepto civil cuestionado no permite efectuar una interpretación correctora que salvara los obstáculos expuestos, en línea con la doctrina jurisprudencial a que se refieren el Fiscal y la defensa del demandante, según la cual se entiende habilitado al presunto progenitor para ejercitar la acción de reclamación, aunque no medie posesión de estado. Y ello, en primer lugar, porque “no nos hallamos ante jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 del Código Civil, pues los obiter dicta no la constituyen como tampoco la forma una sola sentencia”; en segundo término porque las Sentencias invocadas parten de la existencia de una antinomia entre los arts. 133 y 134 inexistente, en opinión de la Sección; tercero porque “no es admisible una interpretación derogatoria o abrogadora del precepto”; y, cuarto, porque tal línea jurisprudencial no carece de excepciones, como resulta de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1997, en la que se ponderan otros intereses que pueden justificar la restricción de la legitimación, y en la que se alude a otras Sentencias del Tribunal en las que no fue motivo decidendi la falta de posesión de estado.

Concluye la Sala su argumentación señalando que “no existe, en fin, la posibilidad de diversos entendimientos de la norma, de modo tal que hubiera de seguirse aquel más conforme con la Constitución, sino un precepto claro, preciso, con una lógica interna dentro del sistema legal, y por ello se muestra preciso plantear la duda de constitucionalidad, pues su solución condicionará la decisión a adoptar por este Tribunal, de modo tal que si no resultara inconstitucional, la demanda sería inexaminable, mas no es sí [sic], si chocara con la Constitución”.

4. La Sección Tercera, por providencia de 15 de septiembre de 1998, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1687/98, tener por recibidas las actuaciones remitidas por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real y dar traslado de las mismas, conforme al art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse y formular las alegaciones que estimasen convenientes. En la misma providencia se acordó publicar la incoación de la cuestión de inconstitucionalidad en el “Boletín Oficial del Estado”.

5. Mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 1 de octubre de 1998, el Presidente del Senado solicitó la personación de aquella Cámara en el presente proceso y ofreció su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. El Presidente del Congreso de los Diputados, por escrito con entrada el 2 de octubre de 1998, comunicó a este Tribunal que, aun cuando la Cámara no se personará en el procedimiento ni formulará alegaciones, pone a disposición del Tribunal las actuaciones que pueda precisar.

7. El Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones el 9 de octubre de 1998; en el que pide la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, con apoyo en los siguientes argumentos:

a) Comienza precisando cuál es la duda de constitucionalidad que se plantea en relación con el párrafo primero del artículo 133 del Código civil que el Tribunal cuestionante entiende que limita la acción de reclamación de filiación no matrimonial al hijo, cuando falta la posesión de estado, excluyendo en tales supuestos la legitimación activa del progenitor; tal interpretación, según la cuestión planteada, vulneraría los artículos 14, 24.1 y 39. 1 y 2 CE.

b) Frente a la misma, sostiene el Abogado del Estado que la interpretación sobre la que se basa el Auto de planteamiento no es la única posible, como resulta de la actual doctrina del Tribunal Supremo, en la que se combina el criterio literal con el sistemático y que conduce a conclusiones distintas a las enunciadas por la Sección cuestionante. Pues bien, en opinión del Abogado del Estado, “tanto la interpretación que aquí se denomina literal (la seguida por la Audiencia) como la sistemática (Tribunal Supremo), son conformes al texto constitucional, sin que corresponda a este proceso determinar cuál de las diversas interpretaciones constitucionalmente posibles de un determinado precepto legal es la más acertada, puesto que en ese caso sí que se invadiría el ámbito de la legalidad ordinaria, sobre el que no puede pronunciarse el Tribunal Constitucional, puesto que la finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad no es en modo alguno la de resolver controversias interpretativas sobre la legalidad entre órganos jurisdiccionales o dudas sobre el alcance determinado precepto legal”. En coherencia con tal entendimiento el Abogado del Estado anuncia que se limitará “a defender la conformidad con la Constitución de ambas interpretaciones, entendiendo que la decisión última sobre cuál de ellas debe regir corresponderá al Tribunal Supremo”.

c) De acuerdo con el anterior planteamiento el tercer bloque argumental de su escrito lo consagra el Abogado del Estado al análisis de las pretendidas vulneraciones que se achacan

a la norma cuestionada. Examina, en primer lugar, la pretendida conculcación del principio de igualdad (art. 14 CE) en que incurriría el art. 133 CC, respecto del art. 132 del mismo cuerpo legal, referido a la filiación matrimonial, siendo así que la Constitución equipara filiación matrimonial y no matrimonial.

En este punto señala el Abogado del Estado, con invocación de doctrina constitucional, que la desigualdad en la ley contraria a la Constitución es aquella en que situaciones que son sustancialmente iguales ‘en la realidad’ reciben arbitrariamente un tratamiento jurídico distinto; pues bien, en su opinión, el artículo 133 CC “no anuda un régimen jurídico sustantivo distinto a la filiación matrimonial respecto de la no matrimonial, resultado éste constitucional prohibido, sino una diferente acción para la reclamación de la filiación, que es una cosa distinta. Es más, la regulación del CC sobre la determinación, prueba, reclamación e impugnación jurisdiccional de la filiación pivota sobre la clase de filiación matrimonial o no matrimonial, sin que ello pueda tildarse de inconstitucional”. Lo que le lleva a concluir, tras el análisis de las grandes líneas de tal regulación, que, aún faltando la posesión de Estado, el matrimonio es un elemento que justifica un diferente tratamiento de la legitimación activa tanto del padre como de la madre respecto de la reclamación del presunto progenitor que sin ‘posesión de estado’, pretende reclamar la filiación. La consecuencia de todo ello, continúa, es que “no puede mantenerse que el artículo 133 CC incurra en inconstitucionalidad por discriminación”; a lo que se uniría que el propio Código haya previsto formas específicas –fundamentalmente el reconocimiento del progenitor- para determinar la filiación no matrimonial.

En cuanto a la posible vulneración del art. 24.1 CE, que el órgano cuestionante deriva de que se niegue legitimación activa a quien pretender reclamar la declaración de la filiación no matrimonial, con lo que se le impide el acceso a la tutela judicial, señala el Abogado del Estado que este Tribunal en su Sentencia 7/1994 no hizo reproche constitucional al art. 127, párrafo segundo del Código civil, que exige que la demanda de filiación presente un principio de prueba de los hechos en que se funde, por considerar ajustado a Derecho el establecimiento de barreras a demandas carentes de todo fundamento (FJ 4). En el supuesto examinado, el requisito de la posesión de estado no hace sino reforzar la exigencia genérica del artículo 127; se trata de encontrar un equilibrio entre el derecho a la averiguación y al establecimiento de la “verdad biológica”, y el deseo de preservar la paz de las familias reduciendo para ello las posibilidades de modificación del statu quo. No cabe olvidar, además, que no es la reclamación el único modo de acceder a la determinación de la filiación no matrimonial, que puede producirse por los mecanismos contemplados en el art. 120 CC, y, en todos estos

supuestos, “la cuestión se somete en última instancia a la aprobación judicial, lo que satisface la tutela judicial efectiva exigida por el artículo 24 CE”.

Respecto a la pretendida contradicción de la norma en cuestión con el art. 39. 1 y 2 CE, por entender que la norma vulnera el principio constitucional de protección de la familia y el de libre investigación de la paternidad, puesto que se impide establecer quién forma la relación paterno-filial, considera el Abogado del Estado que no cabe duda de que en los supuestos contemplados “existe un conflicto de intereses entre el derecho a la investigación de la paternidad del progenitor y el interés del hijo, que el CC resuelve precisamente a favor de este último, reconociéndole sólo a él, en caso de ausencia posesión de estado, la acción para reclamar la filiación”; es precisamente la ausencia de posesión de estado la que justifica la opción del legislador, por lo que “no puede decirse que por este solo hecho se incumpla el mandato constitucional”.

d) Pasa a continuación el Abogado del Estado a exponer la que señala como línea jurisprudencial consolidada del Tribunal Supremo en relación con la norma en cuestión (SSTS de 30 de marzo y 19 de mayo de 1998); una jurisprudencia que ha tendido a la ampliación de la legitimación activa hacia el progenitor. Según la Sentencia de 30 de marzo de 1998, “la interpretación sistemática, tomando especialmente en consideración el contenido del art. 134, sin perjuicio de otras normas y los preceptos constitucionales atinentes, extiende al progenitor, aún en casos, en que no haya ‘posesión de estado’ el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. La jurisprudencia de esta Sala ha contrapuesto así una mera versión literalista con otra más flexible y amplia que es la aceptada”. Versión esta última a cuyo tenor “la regla general al no especificar nada en contrario, del art. 134, que habla que esa sanción opera en todo caso, posibilita que, cuando se ejercite la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores, por el hijo o por el progenitor, se permitirá la impugnación de la filiación contradictoria, esto es, como entiende cierto sector de la doctrina, si se está legitimado para impugnar, en todo caso, la filiación contradictoria, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación y, por supuesto, cabe admitir la prevalencia de este art. 134 sobre el sentido restrictor de los antes referenciados en punto al art. 133”. En los mismos términos se pronuncia la STS de 29 de diciembre de 1997, de la que se puede deducir sin duda alguna que, para el Tribunal Supremo, el art. 133 CC debe interpretarse de manera sistemática con el art. 134 del mismo Cuerpo legal, en el sentido de que no impide el acceso al proceso del progenitor que pretenda reclamar la filiación aun careciendo de posesión de estado. Para el Tribunal Supremo, parece, más bien, que la posesión de estado no constituye tanto un requisito de acceso a la

jurisdicción sino uno de los elementos que pueden contribuir a la prosperabilidad de la acción de reclamación. En suma, el Tribunal Supremo ha sentado una doctrina que, según entiende el Abogado del Estado, “elimina absolutamente los fundamentos de la duda de constitucionalidad que formula la Audiencia cuestionante, puesto que interpreta el artículo 133 CC en sentido favorable a la atribución de legitimación activa al progenitor para reclamar la filiación no matrimonial. Desde esta perspectiva, para el hipotético caso de que se considerasen constitucionalmente asumibles las razones alegadas en el auto de planteamiento, se darían las condiciones de la doctrina constante del Tribunal Constitucional en el sentido de que la validez de la Ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación conforme a la Constitución (STC 108/1986 o 341/93, entre muchas otras)”.

En definitiva, concluye su escrito de alegaciones, “el artículo 133 CC no está incurso en inconstitucionalidad, ni desde la perspectiva literal con la que lo interpreta la Audiencia Provincial, ni con la interpretación más sistemática seguida por el Tribunal Supremo, constituyendo la elección por una de las dos interpretaciones una cuestión de legalidad ordinaria sobre la que no procede que se pronuncie el Tribunal Constitucional”.

8. El Fiscal General del Estado, por escrito fechado el 11 de octubre de 1998, pidió que se dictase Sentencia por la que se estime la cuestión de inconstitucionalidad con derogación del art. 133 del Código civil. Tras una sucinta exposición de las circunstancias del caso y de apreciar que concurren en el planteamiento de la cuestión los requisitos procesales previstos en el art. 35 LOTC, pasa el Ministerio público a examinar “la interpretación constitucional del art. 133 párrafo primero del Código civil como alternativa al planteamiento de la CI”. El tema se plantea a la vista de lo dispuesto en el art. 5.3 LOPJ, cuya aplicación “al caso concreto se deriva de las numerosas sentencias del TS que han interpretado el artículo del Código Civil, ahora cuestionado, con un criterio no literal, sino sistemático, admitiendo la legitimación activa en base a lo previsto en el art. 134 del Código que extiende aquella al progenitor”; así las SSTs de 5 de noviembre de 1987, 19 de enero y 23 de febrero de 1990, 8 de julio de 1991, 24 de junio de 1996 y 30 de marzo de 1998.

Transcribe a continuación el fundamento de Derecho segundo de la última Sentencia citada en que se contiene la interpretación aludida, para concluir que “queda aquí reflejado... que es posible una interpretación constitucional del precepto que haga innecesario el planteamiento de la CI, que, de acuerdo a la dicción del 5.3 de LOPJ, se ofrece como subsidiario (“cuando”, se dice)”. No obstante, a la pregunta de si la AP eligió una opción procesal válida al deferir la resolución del caso a este TC, considera que el razonamiento

jurídico del Auto de planteamiento “debe superar, por sí solo, el juicio sobre la necesidad de eliminar el análisis en esta sede por el simple hecho de que exista una posible lectura distinta”, como declarara la STC 105/1988, FJ 1. Por tanto, el Juez o Tribunal que es dueño de sus propias dudas es libre de plantear o no la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, y “ambas posturas procesales son acordes a la Constitución”.

En cuanto al tema de fondo, que examina bajo el epígrafe “la colisión de la norma sustantiva con la Constitución española”, señala el Fiscal que “el auto judicial parte del derecho a la igualdad para adentrarse después en el terreno de la legitimación y desembocar en el principio de protección a la familia y permisión de la investigación de la paternidad, pero viniendo íntimamente vinculados los dos primeros y, siendo el tercero, artículo de apoyo para el reforzamiento de la relación paterno-filial sería conveniente el estudio conjunto de la oposición del precepto procesal a la Constitución”.

A partir de la idea de que el art. 24.1 CE avanza con su literalidad la incidencia del derecho a obtener la tutela efectiva en la defensa de los derechos ante los Tribunales “que en su faceta subjetiva, abarca a la totalidad de las personas y en la objetiva a cualesquiera intereses legítimos”, subraya el Ministerio público las hondas raíces que la substantivación de la norma procesal halla en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Desde tal entendimiento, la norma cuestionada, además de recurrir a una noción como la posesión de estado, “carente de fundamento en la sociedad actual, tan distinta a la del Siglo XX en que aquel requisito se gestó”, plantea “el óbice del no nacimiento del hijo dentro de una relación matrimonial”. En las palabras del escrito del Fiscal “tal planteamiento, que el Juez proyecta sobre el derecho al igual tratamiento legal, tiene indudable reflejo en el campo de la legitimación ahora analizado, demostrando que el “interés legítimo” que, como criterio decisor se erige en la materia, debe existir y subsistir al margen del matrimonio de los presuntos padres”.

Continúa el escrito señalando como “todo el régimen de filiación se asienta en el juego de presunciones sin que, por ello, se ahonde en la verdad material, obedeciendo por ello a una concepción periclitada de prevalencia de lo que ‘debe ser’ frente a lo que ‘es’”, pero a partir de la Constitución y de la STC 7/1994, “no parece que se pueda imponer un límite absoluto a los progenitores hasta el punto de impedirles su entrada en el proceso”. En este punto, pues, “[l]a conclusión es que desde el área del art. 24.1 de la CE ni la falta de posesión de estado ni un hecho como el matrimonio, a veces, ajenos a la voluntad del reclamante pueden condicionar el inicio del proceso y con ello el derecho fundamental a una declaración sobre la paternidad”.

Respecto a la alegada quiebra del principio de igualdad, ligada al derecho de acceso al proceso, entiende el Fiscal que, aunque en un plano secundario, también concurriría en la norma en cuestión que, por último, y como consecuencia del enlace “de la desigualdad y del derecho al proceso con el deber de los padres de protección integral de los hijos” abonan la tesis de la inconstitucionalidad del precepto también desde la perspectiva del art. 39.1 y 2 CE.

Concluye el Fiscal General del Estado refiriéndose al alcance de la inconstitucionalidad del precepto, que postula, y que, en su opinión, debe ser el previsto en el art. 39.1 LOTC, es decir, la anulación. En cuanto a la laguna legal que con ello se creará entiende el Fiscal “que podrá ser llenada, mientras llega otra regulación, por el propio poder expansivo de normas sobre filiación, interpretadas sistemáticamente, o en su caso por la aplicación directa de la CE y, en último término, por la doctrina dimanante de la sentencia que en este caso se dicte”.

9. Por providencia de 25 de octubre de 2005, se señaló para votación y fallo de la presente Sentencia el día 27 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real promovió cuestión de inconstitucionalidad respecto del párrafo primero del art. 133 del Código civil (CC), en cuanto restringe al hijo la legitimación para reclamar la filiación no matrimonial cuando no exista posesión de estado. La parte del precepto cuya constitucionalidad se cuestiona establece lo siguiente: “La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida”.

Sostiene el órgano judicial proponente que el párrafo cuestionado podría resultar contrario al derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el art. 14 CE, al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión contemplado en el art. 24.1 CE, así como al art. 39, apartados 1 y 2 CE, en los aspectos referidos a la protección de la familia y la libre investigación de la paternidad, en la medida en que la regla del Código civil impediría al progenitor no matrimonial reclamar la filiación no respaldada por la posesión de estado.

2. Antes de examinar el fondo de la cuestión, procede abordar el análisis de un aspecto que suscita el órgano judicial promotor de la misma, y que presenta carácter previo, en la medida en que podría incidir sobre la admisibilidad de la cuestión. En efecto, en el Auto de

planteamiento se pone de relieve la existencia de una línea jurisprudencial que, por vía de la interpretación conjunta de los arts. 133 y 134 CC, entiende habilitado al presunto progenitor para ejercitar la acción de reclamación, aunque no medie posesión de estado. La Sala proponente disiente de esta interpretación, afirmando que, además de existir excepciones en dicha línea jurisprudencial, la claridad del precepto cuestionado no admite una exégesis correctora que permita salvar los obstáculos expuestos en el Auto de planteamiento, sin que, por lo demás, resulte admisible una interpretación derogatoria o abrogadora del precepto, como la que efectúa la jurisprudencia reseñada. Y es que, para la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, no existe la posibilidad de diversos entendimientos de la norma, de modo tal que hubiera de seguirse aquél más conforme con la Constitución, sino que estamos ante un precepto (el contenido en el art. 133 CC) claro, preciso, con una lógica interna dentro del sistema legal, y del que, además, depende la solución del litigio sometido a su conocimiento.

Ante este planteamiento, cabe señalar, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia constitucional, que la finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad no es en modo alguno resolver controversias interpretativas sobre la legalidad surgidas entre órganos jurisdiccionales, o dudas sobre el alcance de determinado precepto legal, para lo cual el ordenamiento jurídico dispone de otros cauces. Su función se reduce así al enjuiciamiento de la conformidad a la Constitución de una norma con rango de Ley que sea aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo (SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 2; y 114/1994, de 14 de abril, FJ 2; ATC 62/1997, de 26 de febrero, FJ 2). En tal sentido hay que entender que la presente cuestión de inconstitucionalidad resulta viable porque el órgano judicial duda efectivamente de la constitucionalidad de un precepto legal a cuyo tenor literal se considera sujeto, sin que este Tribunal deba rectificar el entendimiento que muestra la Sala promotora sobre su sujeción al enunciado legal de cuya constitucionalidad duda; y es que es claro que la interpretación conforme a la Constitución de los preceptos legales tiene también sus límites, entre los que se encuentra el respeto al propio tenor literal de aquéllos (por todas, SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2; y 138/2005, de 26 de junio, FJ 5).

Por otra parte, como dijimos en la STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 1 c), “el hecho de que sea posible una interpretación de la norma cuestionada que sea conforme con la Constitución, no permite considerar a la cuestión en sí misma como mal fundada, pues lo cierto es que el art. 163 de la Constitución y el art. 35 de la Ley Orgánica de este Tribunal se limitan a exigir, como único requisito de fondo, el que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, sin

condicionar el planteamiento de la cuestión a la imposibilidad de la interpretación conforme con la Constitución. Y si bien el art. 5, apartado 3, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio), dice textualmente que ‘procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional’, tal regla no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión contenidos en el art. 37 de la Ley Orgánica del Tribunal y ofrece únicamente a los Jueces y Tribunales la alternativa entre llevar a cabo la interpretación conforme con la Constitución o plantear la cuestión de inconstitucionalidad”.

Así pues, el aspecto reseñado no constituye obstáculo para que este Tribunal entre en el examen de las vulneraciones de los preceptos constitucionales que se imputan a la norma cuestionada.

3. Aclarado el anterior extremo, podemos proceder ya al análisis de la primera infracción constitucional que se atribuye al art. 133, párrafo primero, del Código civil. En el Auto de planteamiento de la cuestión se aduce que el precepto colisiona con el derecho a la igualdad ante la ley en un doble sentido: por una parte, porque consagra una diferenciación de trato, en los supuestos de falta de posesión de estado, según el origen matrimonial o no de la filiación que, a juicio del órgano judicial, no puede ser considerado como elemento diferenciador que justifique la disimilitud de supuestos ni, por consiguiente, de soluciones jurídicas en cuanto a las oportunidades para acceder al proceso en que se discute la propia existencia de la relación paterno-filial. Por otra parte, por la desigualdad que produce entre los progenitores, al favorecer al que primero determina la filiación por medio del reconocimiento.

El art. 14 CE, al proclamar el principio general de que “los españoles son iguales ante la ley”, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, e impone a los poderes públicos la obligación de llevar a cabo ese trato igual, al mismo tiempo que limita al poder legislativo y a los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas (STC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2). Ahora bien, como tenemos declarado desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH), el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, careciendo de una justificación

objetiva y razonable para ello. Por tanto, como regla general, lo que exige el principio de igualdad es que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por consiguiente, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. De este modo, lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Por lo demás, también es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad desde una óptica constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida [por todas, SSTC 152/2003, de 17 de julio, FJ 5 c); 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 4; y 10/2005, de 20 de enero, FJ 5].

Así pues, el presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del art. 14 CE es que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, equiparables (STC 76/1986, de 9 de junio, FJ 3), y ello entraña la necesidad de que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (STC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6). Dicho de otro modo, el juicio de igualdad ha de constatar siempre mediante un criterio de carácter relacional que, cuando se proyecta sobre el legislador, requiere la comprobación de que la norma de que se trate atribuye consecuencias jurídicas diversificadoras a grupos o categorías de personas creadas o determinadas por él mismo (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10), y de que las situaciones subjetivas que quieran compararse sean efectivamente homogéneas o equiparables (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5). Sólo entonces puede decirse que la acción selectiva del autor de la norma resulta susceptible de control constitucional dirigido a fiscalizar si la introducción de “factores diferenciales” (STC 42/1986, de 10 de abril, FJ 5) o de “elementos de diferenciación” (STC 162/1985, de 29 de noviembre, FJ 2) resulta o no debidamente fundamentada.

4. Pues bien, aplicando la doctrina expuesta al supuesto sometido a nuestro examen, podemos concluir que los términos de comparación ofrecidos por el órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad no resultan adecuados, ya que las situaciones que éste considera iguales no guardan la imprescindible homogeneidad ni son, por tanto, susceptibles de ser comparadas jurídicamente a los efectos constitucionales aquí relevantes, de modo que

la diferenciación normativa establecida por el Código civil en este punto presenta una justificación que puede ser considerada suficiente, objetiva y razonable, que radica en los distintos regímenes de determinación de la filiación.

En efecto, como acertadamente afirma el Abogado del Estado, el art. 133 CC no contempla un régimen sustantivo que establezca un diferente trato para la filiación no matrimonial respecto de la matrimonial, que es lo que, en definitiva, proscribe la Constitución al disponer en su art. 39 que los poderes públicos aseguran “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación” (apartado 2) y que “los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio” (apartado 3), previsiones que, como se dijo en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2, obedecen, precisamente, y entre otros motivos, al hecho de que su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de circunstancias ajenas a los mismos. Esto es, lo que hace el Código civil es establecer un sistema para la determinación, prueba, reclamación e impugnación de la filiación que se articula en función del carácter matrimonial o no matrimonial de la filiación y que, en el supuesto concreto que se nos plantea, se traduce en un diferente régimen para la reclamación de la filiación, cuando falte la posesión de estado, según sea aquella matrimonial o no matrimonial, pues aunque esta diferencia no puede tener consecuencias sobre sus efectos, por determinación constitucional, sí cabe otorgarle relevancia en relación con la forma de determinar la filiación, que es un aspecto previo, y que puede regirse por criterios distintos.

Las diferentes circunstancias concurrentes en los dos supuestos ya se ponían de relieve en la exposición de motivos que acompañaba al proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (que cristalizó en la Ley 11/1981, de 13 de mayo), en la que, en relación con la cuestión que nos ocupa, se exponía que “para determinar la filiación no puede ignorarse que el matrimonio confiere, en principio, certeza a la paternidad, y que esta idea debe influir en el mismo régimen de las acciones, haciendo más fácil la reclamación de una filiación matrimonial y más difícil su impugnación. Continúa, pues, teniendo el matrimonio importancia primordial en el terreno de la creación del vínculo, con lo que persiste su significado de fundamento de la familia, institución ésta a la que los poderes públicos deben protección jurídica”.

En relación con este aspecto, dijimos en la STC 138/2005, de 26 de mayo, que “es el hecho de la existencia del matrimonio el que fija el carácter matrimonial de la filiación, determinándose legalmente la paternidad del marido de la madre a través del juego de las presunciones (arts. 116 y 117 CC), basadas en la regla proveniente del Digesto *pater vero is*

est quem nuptiae demonstrant, cuando el nacimiento se ha producido ex uxore, conectada con los deberes de convivencia y fidelidad de los cónyuges (art. 68 CC) y la presunción de convivencia conyugal (art. 69 CC). En razón del juego de presunciones establecidas por el legislador, es el nacimiento del hijo después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo o a la separación efectiva, sea legal o de hecho, de los cónyuges lo que determina la paternidad matrimonial, la cual se acredita, entre otros medios (arts. 113 y 115 CC), por la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, que resulta ser así un título de legitimación privilegiado del estado civil de hijo matrimonial” (FJ 3). En cambio, en el supuesto de la filiación no matrimonial, al no existir un juego de presunciones que otorgue, en principio, certeza a la filiación, ha de acudir a otros instrumentos, que implican una actuación de los sujetos interesados ante los poderes públicos para que la filiación quede determinada. Así, al margen de su posible determinación por Sentencia firme, la filiación no matrimonial puede quedar establecida por reconocimiento efectuado ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público, por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil (cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del art. 49 de la Ley del Registro Civil) o, finalmente, respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo.

En suma, aun faltando la posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial descansa sobre presupuestos diferentes que la acción referida a la filiación no matrimonial, regulada en el art. 133 CC, de manera que queda justificado el distinto trato que el legislador otorga en un supuesto y en otro, sin que, en razón a las consideraciones expuestas, esta diferencia normativa pueda ser tachada de arbitraria, discriminatoria o carente de fundamento.

En segundo lugar, el art. 133 CC tampoco vulnera el art. 14 CE por la presunta desigualdad que se establecería entre los progenitores al favorecer al que primero reconozca a un hijo, pues no se puede olvidar que tal precepto se cuestiona por entender que priva de legitimación a los progenitores para reclamar una filiación no matrimonial, faltando la posesión de estado; por tanto, no se discute el régimen del reconocimiento, que no se encuentra en el origen del proceso judicial que ha dado lugar al planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, y que no ha sido puesto en tela de juicio por el órgano promotor de la misma. En cualquier caso, basta examinar la regulación del reconocimiento contenida en los arts. 121 a 126 CC para comprobar que el realizado por el primer progenitor se encuentra sometido a los mismos requisitos que el efectuado por el segundo, pues en

ambos casos precisarán del consentimiento del hijo si es mayor de edad (art. 123) o, en su caso, si fuera menor, el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido (art. 124). Obviamente, esta última audiencia, por lógicas razones, faltará en el supuesto del primer reconocimiento, al no existir aún ningún progenitor cuya identidad se encuentre legalmente determinada. Pero tal diferencia es una simple consecuencia del necesario juego del tiempo en la realización del reconocimiento, que otorga una cierta posición preeminente al progenitor que primero haya reconocido cumpliendo con todas las exigencias legales. Por tanto la preeminencia que ostenta el progenitor que reconoció en primer lugar en modo alguno se traduce en un trato discriminatorio para el que ha realizado más tarde la declaración de voluntad en que consiste el reconocimiento; reconocimiento posterior que también habrá supuesto, normalmente, una más tardía asunción del deber de asistencia que, como tal, incumbe a todo progenitor con respecto a sus hijos, de acuerdo con la previsión del art. 39.3 CE.

5. Una vez que ha quedado descartada la colisión del precepto cuestionado con el art. 14 CE, debemos precisar ahora si, como se afirma en el Auto de planteamiento, el art. 133 CC vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente del acceso a la justicia, en la medida en que, según razona el órgano judicial, impide el acceso al proceso al presunto progenitor, a pesar de ostentar un interés legítimo.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que el primer contenido del derecho a obtener la tutela de Jueces y Tribunales, en un orden cronológico y lógico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (entre otras, SSTC 220/1993, de 30 de junio, FJ 2; y 34/1994, de 31 de enero, FJ 2). Esto es, al proclamar el indicado derecho, el art. 24.1 CE establece una garantía previa al proceso, que lo asegura, cuando se dan las circunstancias requeridas al efecto (STC 46/1982, de 12 de julio, FJ 2).

Asimismo, hemos dicho que el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución (STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 4), sino un derecho prestacional y un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador (STC 182/2004, de 2 de noviembre, FJ 2). Ello implica que el legislador cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de

las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, pues le incumbe crear la configuración de la actividad judicial y, más concretamente, del proceso en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones dirigidas a la defensa de derechos e intereses legítimos (STC 206/1987, de 21 de diciembre, FJ 5). En esta regulación podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental que serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), están dirigidos a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida (entre otras, SSTC 158/1987, de 20 de octubre, FJ 4; y 32/1991, de 14 de febrero, FJ 4). En principio, pues, el derecho reconocido en el art. 24.1 CE puede verse conculcado por aquellas normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador (SSTC 60/1989, de 16 de marzo, FJ 4; y 114/1992, de 14 de septiembre, FJ 3).

A la vista de esta doctrina, para dar una respuesta a la duda planteada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real en cuanto a la constitucionalidad del párrafo primero del art. 133 CC, resulta claro que no podemos partir de una consideración abstracta del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, sino que, por la naturaleza instrumental de éste [STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11 c)], es preciso tener en cuenta los derechos o intereses en juego que determinan los bienes constitucionales protegidos por el precepto impugnado, al objeto de discernir si el límite impuesto por el legislador al progenitor, impidiéndole la reclamación de la filiación no matrimonial cuando falte la posesión de estado, se ajusta al canon expuesto. Esto nos obligará a conectar nuestro examen con el de los principios rectores recogidos en el art. 39 CE, que han de estar en la base de la regulación que desarrolle el Derecho civil; y ello aunque el órgano judicial cuestionante haya planteado de manera autónoma la infracción de los apartados 1 y 2 del referido precepto constitucional, por considerar que el art. 133 CC desatiende el principio constitucional de protección de la familia, impidiendo establecer quién forma la relación paterno-filial, con lo cual imposibilita el cumplimiento de la función protectora de la patria potestad, y el principio de libre investigación de la paternidad.

6. El art. 39 CE proclama, por una parte, el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia (apartado 1) y, por otra, la protección de la infancia, que se traduce en una serie de reglas recogidas en los apartados 2 a 4. En éstas

se contempla, ante todo, la protección integral de los hijos, previéndose, además, la posibilidad de que la paternidad sea investigada (apartado 2). Como lógica consecuencia de esa protección, el apartado 3 del precepto otorga nivel constitucional al deber de los padres de prestar asistencia de todo tipo “a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio”. Finalmente, y como cláusula de cierre, el apartado 4 dispone que “[l]os niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, de manera que, como señalamos en la STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5, se opera una recepción de esas normas de protección, entre las cuales, es obligado remitirse a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), la Carta europea de los derechos del niño, proclamada por Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992, y el art. 23 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, y cuyo contenido (aunque carezca de fuerza vinculante) se ha incorporado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (título II).

Pues bien, comenzando por estudiar la cuestión desde la perspectiva del art. 39.1 CE, hay que reseñar que, en relación con la familia constitucionalmente protegida por dicho precepto, la jurisprudencia constitucional ha insistido en que del mismo no se deduce un deber para los poderes públicos de dispensar su amparo, indiferenciadamente y sin matices, a todo género de unidades familiares, pues es evidente que el legislador puede establecer diferencias entre unas y otras en atención a distintos criterios que resulten racionales, dentro de la libertad de configuración de que goza en el desarrollo de los principios recogidos en el art. 39 CE [SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 4 b), y 47/1993, de 8 de febrero, FJ 2].

En esa misma línea, podemos afirmar que la protección de la familia no obliga constitucionalmente a que, en todo supuesto, y al margen de las circunstancias concurrentes, se deba permitir que cualquiera que pretenda ser declarado progenitor reclame una filiación no matrimonial. El legislador, en uso de su libertad de configuración, ha decidido que la posibilidad de la reclamación judicial de tal filiación por todo el que tenga un interés legítimo quede reservada a los supuestos en los que exista un previo sustrato fáctico, constituido por la posesión de estado. En los demás casos, se ha limitado la legitimación para reclamar la filiación al hijo —o, en su caso, a sus herederos—, previsión que, como ya se ha dicho, conecta con las determinaciones de los apartados 2 y 3 del mismo art. 39 CE, a la luz de los cuales también ha de ser comprendido el apartado 1 (STC 222/1992, FJ 5), y que puede considerarse plenamente razonable y proporcionada, sin afectar al núcleo esencial de la familia como institución constitucionalmente garantizada.

Por consiguiente, el hecho de que el art. 133, párrafo primero, del Código civil no otorgue legitimación al progenitor para reclamar la filiación no matrimonial, en ausencia de posesión de estado, no lesiona las exigencias del principio de protección de la familia contenido en el apartado 1 del art. 39 CE, de manera que, desde esta perspectiva, tampoco cabe advertir vulneración del art. 24.1 CE.

7. Avanzando un paso más en el análisis de la alegada vulneración del art. 24.1 CE, hemos de ponerlo ahora en conexión con el mandato al legislador, contenido en el art. 39.2 CE de que “posibilite la investigación de la paternidad”. Como señalamos en la STC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 4, “[h]istóricamente los problemas de la determinación de la filiación, particularmente en cuanto a la paternidad (*mater semper certa est*), han tenido su razón de ser en la naturaleza íntima de las relaciones causantes del nacimiento y en la dificultad de saber de qué relación concreta, si las hubo con diferentes varones, derivó la gestación y el nacimiento correspondiente. Ello ha justificado, en beneficio de la madre y del hijo, el juego de presunciones legales, entre ellas la de paternidad matrimonial (*pater is quem nuptiae demonstrant*) y las restricciones probatorias que han caracterizado al Derecho de filiación”. Y añadimos que es en la medida en que ciertas pruebas biológicas han permitido determinar con precisión la paternidad cuando cobra todo su sentido el mandato del constituyente de que la Ley posibilite la investigación de la paternidad, cuya finalidad primordial es la adecuación de la verdad jurídico-formal a la verdad biológica, adecuación vinculada a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE).

Sin embargo, este mandato, como resulta de su propio tenor literal, no incorpora un derecho incondicionado que permita, en todo caso, y con independencia de la concurrencia o no de circunstancias que lo justifiquen o desaconsejen, la averiguación de la identidad de un progenitor (STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 15). Abordando esta cuestión, en la STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3 b), al tratar de las pruebas biológicas de determinación de la filiación, a las que prestaba cobertura legal explícita el art. 127 CC —actualmente, el art. 767.2 LEC—, pusimos el acento en el derecho del hijo a conocer su filiación diciendo que dicho precepto no era más que la instrumentación de un terminante mandato constitucional, añadiendo que el art. 39.2 “declara que ‘la ley posibilitará la investigación de la paternidad’, e inscribe esta prescripción en la idea de ‘protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación’ ... Y, por añadidura, la Constitución establece directamente un deber: ‘los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio’ (art. 39.3 CE). La finalidad de la norma que permite la práctica

de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica ... y la interpretación de las leyes que rigen esta materia debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos menores, para lo cual aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad, cuando ésta es desconocida”.

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

Pues bien, a la hora de plasmar el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad, en el concreto extremo de la determinación de la filiación, el legislador pretendió reflejar en la regulación introducida en el Código civil por la Ley 11/1981 dos criterios encontrados: “De una parte, el de hacer posible el descubrimiento de la verdad biológica para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. Pero, de otro lado, se ha procurado impedir que a voluntad de cualquier interesado puedan llevarse sin límites a los tribunales cuestiones que tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo, cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco”. E intentando equilibrar estos dos criterios, se confería especial relevancia a la posesión de estado, “tanto para facilitar las acciones coincidentes con ella como para impedir o dificultar las que la contradicen” (exposición de motivos que acompañaba al proyecto de Ley de reforma del Código civil).

De esta forma, el Código civil establece una amplia legitimación (“cualquier persona con interés legítimo”) para reclamar la filiación manifestada por una constante posesión de estado (art. 131), esto es, cuando existe una situación en la que, pese a no contar con una paternidad o maternidad no matrimonial reconocida formalmente, se tiene el concepto público de hijo con respecto al padre o la madre, formado por actos directos de éstos o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo (SSTS de 10 de

marzo y 30 de junio de 1988), situación que también se ha identificado doctrinalmente a través de la concurrencia de alguno de los requisitos de nomen, tractatus y fama o reputatio.

En cambio, cuando falta el presupuesto de la posesión de estado, el art. 133 CC sólo otorga la legitimación al hijo durante toda su vida y, bajo determinadas condiciones, también a sus herederos, mas no —en la literalidad del precepto— al progenitor. Se ha primado así el interés del hijo, dotándolo de los instrumentos necesarios para el establecimiento de la verdad biológica que hagan efectivo el mandato del constituyente de impedir la existencia de discriminaciones por razón de nacimiento y que permitan obtener el cumplimiento por parte de los padres de sus deberes respecto de los hijos menores, en especial, el de prestarles la asistencia precisa durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda (art. 39.3 CE). Al mismo tiempo, y en conexión con el favor filii, el legislador ha dado mayor relevancia a la seguridad familiar, evitando que puedan llevarse a los Tribunales pretensiones abusivas carentes del respaldo de una situación fáctica que les otorgue un fundamento cierto.

Así pues, resulta claro que, en la ponderación de los intereses en presencia, el legislador ha optado por otorgar prevalencia al del hijo, teniendo especialmente en cuenta el valor constitucional relevante de la protección integral de los hijos (art. 39.2 CE), sin perder de vista, al mismo tiempo, la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en el estado civil de las personas.

Ahora bien, en tal ponderación, en relación con el supuesto que ha dado origen a la presente cuestión, el legislador ha ignorado por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial. En efecto, la opción del legislador cercena de raíz al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción cuando falte la posesión de estado, impidiéndole así instar la investigación de la paternidad; esto es, en la ponderación de los valores constitucionales involucrados realizada por el legislador se ha anulado por completo uno de ellos, sin que la eliminación del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), guarde la necesaria proporcionalidad con la finalidad perseguida de proteger el interés del hijo y de salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas. Pues bien, el sacrificio que se impone no resulta constitucionalmente justificado desde el momento en que, aparte de que podría haber sido sustituido por otras limitaciones (como la imposición de límites temporales a la posibilidad de ejercicio de la acción), el sistema articulado por nuestro ordenamiento no permite, en ningún caso, el planteamiento y la obligada sustanciación de acciones que resulten absolutamente infundadas, desde el momento en que, a tal efecto, se prevé que “en ningún caso se admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde” (art. 767.1 LEC y, anteriormente, el derogado art. 127 CC).

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 art. 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.

8. No obstante lo anterior, hemos de analizar aún si, como sostiene el Abogado del Estado, resulta posible una interpretación *secundum constitutionem* del precepto que impidiera apreciar su inconstitucionalidad. Se apoya tal afirmación en la existencia de una línea jurisprudencial consolidada del Tribunal Supremo, que ha efectuado una interpretación sistemática del art. 133 CC, poniéndolo en conexión con el 134, que elimina los fundamentos de la duda de constitucionalidad que formuló el órgano judicial cuestionante. En efecto, en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo pueden encontrarse numerosas resoluciones (SSTS de 5 de noviembre de 1987, 10 de marzo de 1988, 8 de julio de 1991, 24 de junio de 1996, 30 de marzo de 1998, 19 de mayo de 1998, 20 de junio de 2000, 2 de octubre de 2000 y 22 de marzo de 2002) que, pese a la literalidad del párrafo primero del art. 133 CC, reconocen al padre biológico legitimación para reclamar la filiación no matrimonial aunque falte la posesión de estado. Entendiendo que la interpretación literal del precepto llevaría a una transgresión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE, se realiza una interpretación sistemática, más flexible, teniendo especialmente en cuenta el contenido del artículo 134 CC y considerando que, en la medida en que éste legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial.

Ciertamente, este Tribunal ha declarado reiteradamente que la validez de la Ley “ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución” (STC 108/1986, de 29 de julio), de manera que será preciso explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, ya que, si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución, “resultaría procedente un pronunciamiento interpretativo de acuerdo con las exigencias del principio de conservación de la Ley” (SSTC 76/1996, de 30 de abril, FJ 5; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18). Sin embargo, el principio de interpretación conforme a la Constitución tiene también sus límites, pues esta técnica no permite a este Tribunal “ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos” (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, FJ 5; 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 2; y 341/1993, de 18 de noviembre), ni “reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que ésta es la norma constitucional” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 4). En

efecto, como señalamos en la STC 138/2005, de 26 de mayo, la interpretación conforme no puede ser una interpretación contra legem, pues ello implicaría desfigurar y manipular los enunciados legales, ni compete a este Tribunal la reconstrucción de una norma no explicitada debidamente en el texto legal y, por ende, la creación de una norma nueva, con la consiguiente asunción por el Tribunal Constitucional de una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4; y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7).

En el presente caso, a diferencia de los arts. 131 (legitimación para reclamar la filiación manifestada por la constante posesión de estado) y 132 (legitimación para reclamar la filiación matrimonial cuando falte la posesión de estado), el precepto cuestionado, en cuanto sólo reconoce legitimación al hijo para reclamar la filiación no matrimonial cuando falte la posesión de estado, no permite entender, sin forzar el sentido propio del enunciado, que el progenitor también se encuentra legitimado para reclamar dicha filiación. Así resulta claro que el legislador (como se explicitaba en la exposición de motivos que acompañaba al proyecto de Ley de reforma del Código civil, a la que antes se hizo referencia) no ha querido reconocer la legitimación para reclamar la filiación nada más que al hijo y, cuando éste fallezca, durante determinado plazo, a sus herederos, lo que impide una interpretación extensiva de la regla restrictiva del art. 133 CC, por más que resulte plausible el intento jurisprudencial de salvar una evidente transgresión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (STS de 19 de mayo de 1998). En consecuencia, no cabe eludir la inconstitucionalidad del precepto cuestionado por la vía de la interpretación secundum constitutionem.

9. Por último se impone precisar el contenido y alcance de nuestro fallo. Al igual que en el supuesto resuelto por la STC 138/2005, de 26 de mayo, el presente fallo ha de declarar la inconstitucionalidad del precepto enjuiciado pero, como ya dijimos en la STC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11), no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad; así ocurre cuando “la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión” (en el mismo sentido, las SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 7; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; y 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13).

En el presente caso es evidente que no procede declarar la nulidad de la regla legal que, en ausencia de posesión de estado, otorga al hijo la legitimación para reclamar la

filiación no matrimonial durante toda su vida, pues tal pronunciamiento, además de no reparar la inconstitucionalidad apreciada, dañaría, sin razón alguna, a quienes ostentan, en virtud del art. 133 CC, y en forma plenamente conforme con los mandatos del art. 39 CE, una acción que no merece tacha alguna de inconstitucionalidad. Así pues, la declaración de nulidad de este precepto, consecuente a la declaración de inconstitucionalidad, generaría un vacío normativo, sin duda no deseable.

En suma, resuelta en los términos señalados para el caso concreto la cuestión planteada, la apreciación de la inconstitucionalidad de la insuficiencia normativa del precepto cuestionado exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6), el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado, con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

F A L L O

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

Ha decidido

Estimar la presente cuestión de inconstitucionalidad y, en su virtud, declarar inconstitucional el párrafo primero del art. 133 del Código civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veintisiete de octubre de dos mil cinco.

Votos

Voto particular que formulan los Magistrados don Guillermo Jiménez Sánchez, don Javier Delgado Barrio y don Roberto García-Calvo y Montiel respecto del fallo y de algunos extremos de la fundamentación jurídica de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1687/98.

Como se advierte en los fundamentos jurídicos 7 y 9 de la Sentencia frente a la cual se formula este Voto particular se sigue en ella, a efectos de fijar el razonamiento esencial que conduce a su fallo, la doctrina sentada por la STC 138/2005, de 26 de mayo, lo que lleva a estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto al artículo 133, párrafo primero, del Código civil, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y, consecuentemente, a declarar inconstitucional dicho precepto, si bien no su nulidad, con el proclamado objeto de evitar un vacío normativo indeseable.

Habiendo ya manifestado en el correspondiente Voto particular nuestra disconformidad con el fallo de la STC 138/2005 y con diversos extremos esenciales de la fundamentación jurídica que lo sustenta, entendemos que basta ahora reiterar, con el mayor respeto al criterio contrario de la mayoría, nuestra opinión disconforme con la estimación de esta nueva cuestión de constitucionalidad, remitiéndonos, a nuestra vez, para el desarrollo de la argumentación que la sustenta, a lo expuesto en el citado Voto.

Baste, simplemente, insistir en que entendemos que ahora, de nuevo, las consideraciones desarrolladas en la fundamentación jurídica de la Sentencia frente a la cual expresamos nuestra divergencia suponen, esencialmente, la adopción de un criterio contrario al seguido por el legislador, para acomodarla a los principios y valores constitucionales, al reformar en 1981 la tradicional regulación de las acciones de filiación. Ciertamente la opción legislativa a la que responde la reforma de dicha regulación no es la única constitucionalmente admisible. Y cabe incluso admitir que la evolución de la sociedad, en el marco del acelerado proceso histórico de nuestro tiempo, pudiera hacer aconsejable acomodar a las circunstancias del tiempo presente el régimen establecido por el párrafo primero del artículo 133 del Código civil, ampliando la legitimación en él establecida para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial en caso de falta de la posesión de estado.

Pero ello no significa, en modo alguno, que dichas nuevas y diversas normativas, por lógico encuadre o acomodo constitucional que tuviesen, resultaran exigidas por nuestra Ley de leyes, a la que, por las razones que expusimos en el Voto particular al que éste se remite, no resulta contrario el sistema de acciones de filiación establecido en la reforma de 1981 ni (por el tema concreto que plantea la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la Sentencia de la que discrepamos), en particular, el régimen de la legitimación para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial en caso de falta de la posesión de estado establecido en el párrafo primero del artículo 133 del Código civil, que encuentra natural y perfecto acomodo en la preferencia acordada por el artículo 39.2 de la Constitución a la protección integral de los hijos.

Firmamos este Voto particular en Madrid, a treinta y uno de octubre de dos mil cinco. Voto particular que formulan los Magistrados doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo respecto de la Sentencia del Pleno de este Tribunal dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1687/98.

Con el mayor respeto hacia el criterio mayoritario reflejado en la Sentencia, nos sentimos en la obligación de ejercitar frente a él la facultad prevista en el art. 90.2 LOTC, con el fin de reflejar fielmente la posición que mantuvimos en la deliberación del Pleno, expresando a través de este Voto nuestra discrepancia con el fallo y con una parte de los argumentos que lo sustentan.

1. En primer lugar hemos de manifestar que compartimos plenamente la argumentación que lleva a la Sentencia aprobada por la mayoría a entender que el art. 133, párrafo primero, del Código civil, al no otorgar acción de reclamación de la paternidad a quien pretende ser progenitor no matrimonial careciendo de posesión de estado, no resulta contrario al derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 CE, ni en relación con los progenitores matrimoniales en igual situación, ni respecto del progenitor que reconoció antes en el tiempo.

De igual modo entendemos con la Sentencia mayoritaria que el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1), es un derecho prestacional y de configuración legal, en cuya regulación el legislador podrá establecer límites que serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), están dirigidos a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida (entre otras, SSTC 158/1987, de 20 de octubre, FJ 4, y 32/1991, de 14 de febrero, FJ 4).

De donde que, como señala la Sentencia, sea preciso tener en cuenta los derechos o intereses en juego, al objeto de discernir si el límite impuesto por el legislador a quien pretende ser progenitor no matrimonial, impidiéndole cuando falte la posesión de estado la reclamación de la paternidad, se ajusta al canon expuesto, por lo que, como continúa la misma Sentencia, resulta obligado conectar el examen de la denunciada vulneración del art. 24.1 con el de los principios rectores recogidos en los apartados 1 y 2 del art. 39 CE.

En tal contexto el reproche dirigido al art. 133, párrafo primero, CC de que desatiende el principio constitucional de protección de la familia (art. 39.1 CE) al impedir el establecimiento de la relación paterno-filial en las circunstancias expresadas, no puede ser acogido por las mismas razones que se recogen en la Sentencia de la mayoría que concluye, en este punto, señalando que la regulación establecida en el art. 133, párrafo primero, CC no lesiona las exigencias de tal principio constitucional, de manera que, desde esta perspectiva, tampoco cabe advertir vulneración del art. 24.1 CE.

2. Así pues es en el contraste de la norma cuestionada con el mandato constitucional de que se posibilite la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE), desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), en donde se sitúa nuestra discrepancia con la Sentencia de la mayoría. En efecto, la Sentencia afirma que, en la ponderación de intereses en presencia en el supuesto que ha dado origen a la cuestión de inconstitucionalidad, “el legislador ha ignorado por completo el eventual interés del progenitor en la declaración de la paternidad no matrimonial ... 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” (FJ 7).

Entendemos, por el contrario que tal apreciación no puede mantenerse si se contempla la cuestión, no desde la perspectiva de un elemento aislado, como sería el del art. 133, párrafo primero CC, sino a la luz del conjunto del sistema articulado por el Código Civil para la determinación de la filiación no matrimonial.

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el art. 120 CC, podemos afirmar que la tutela de los intereses en orden a la determinación de una filiación no matrimonial queda articulada en el sistema del Código civil fundamentalmente en torno a dos mecanismos de alcance general: el reconocimiento y la reclamación judicial de la filiación. El primero mira esencialmente a los derechos e intereses de los progenitores; la segunda, a los de los hijos.

El reconocimiento permite a todo progenitor no matrimonial, exista o no posesión de estado respecto del hijo, determinar la filiación mediante una declaración unilateral de voluntad, no necesitada de aceptación para su validez. Ciertamente, dicho reconocimiento queda sometido a determinados requisitos que, en todo caso, no son presupuesto indispensable de validez, sino de eficacia, actuando a modo de una *conditio iuris*, de forma que el reconocedor queda vinculado por su declaración de voluntad, sin poder revocarla, aunque aún no produzca efectos como título apto para determinar la filiación no matrimonial.

En concreto, si el hijo es menor o incapaz será necesario obtener el consentimiento expreso de su representante legal —que puede ser o no el otro progenitor—, consentimiento que, sin embargo, no será necesario para el reconocimiento efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento, en el que, si bien la inscripción podrá suspenderse a petición de la madre dentro del año siguiente al nacimiento, cabe instar la confirmación judicial de la inscripción (art. 124).

En cualquier caso, en los supuestos en que el representante legal del menor deniegue el consentimiento, el art. 124 CC abre una vía para que el progenitor pueda conseguir la tutela judicial de su interés que, según establece la disposición transitoria décima de la Ley 11/1981, se ha de desarrollar en el marco de la jurisdicción voluntaria (arts. 1811 y siguientes LEC de 1881), a través de la cual se puede obtener una aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido, que permite superar la negativa del representante legal a la eficacia del reconocimiento; decisión judicial que no se produce en única instancia, pues, además, es susceptible de apelación (arts. 1819 y siguientes LEC de 1881).

Pues bien, para determinar si esa actuación judicial es suficiente a los efectos del art. 24 CE hemos de partir de la consideración realizada ya en la STC 13/1981, en la que resaltamos que la diversidad de los supuestos contemplados en el libro III de la Ley de enjuiciamiento civil impiden sentar conclusiones generales. Es necesario, por el contrario, descender a los casos particulares, teniendo muy presentes algunos rasgos legales de estos procedimientos judiciales: destacadamente, que la ley ofrece amplia ocasión para alegar a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones, atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de preclusividad, y que el alcance de la cosa juzgada se encuentra limitado, como se deduce de los arts. 1813, 1816 y 1818 LEC, entre otros (STC 13/1981, FFJJ 3 y 4). Ahora bien, como dijimos en la STC 298/1993, de 18 de octubre, FJ 6, el art. 24 CE no impone cauces procesales determinados, siempre que se respeten las garantías esenciales para proteger

judicialmente los derechos e intereses legítimos de los justiciables, de modo que lo fundamental, desde la óptica constitucional, es apreciar si, en las circunstancias del concreto proceso seguido, el titular del derecho fundamental ha disfrutado de una posibilidad real de defender sus derechos e intereses legítimos, mediante medios de alegación y prueba suficientes si se actúa con una diligencia procesal razonable.

En relación con los expedientes de reconocimiento de la filiación, la conjunción del precepto del art. 124 CC con los de la Ley de enjuiciamiento civil determina un procedimiento que garantiza la defensa de los distintos intereses en presencia, permitiendo incluso la oposición del otro progenitor o, en su caso, del representante legal del menor, así como la utilización de cuantos medios de prueba se estimen pertinentes a tal efecto, al igual que ocurría en el supuesto a que se refiere la STC 129/1999, de 1 de julio, en la que entendimos que la sustanciación por las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento civil sobre jurisdicción voluntaria de la autorización judicial para internamiento en un centro psiquiátrico, conforme a lo previsto en el párrafo segundo del art. 211 CC —a la sazón vigente— satisfacía los derechos fundamentales reconocidos en los dos apartados del art. 24 CE a la persona afectada por la decisión.

De igual modo, el progenitor que lleve a cabo el reconocimiento para determinar una filiación no matrimonial sin posesión de estado puede obtener la tutela efectiva de su interés en la vía judicial, aunque el representante legal del menor niegue su consentimiento a la eficacia del reconocimiento. Conclusión que no resultaría alterada incluso si se entiende que, en aplicación del art. 1817 LEC, la oposición formulada por el otro progenitor al evacuar la audiencia contemplada en el art. 124 CC transforma el procedimiento en contencioso, ya que tal eventualidad no puede cerrar la vía judicial al progenitor que ha efectuado el reconocimiento pendiente de la autorización judicial. En efecto, la “transformación” a la que se refiere el art. 1817 LEC no puede significar la anulación de las pretensiones planteadas por la vía de la jurisdicción voluntaria, sino la continuación del expediente en forma contenciosa, por los trámites del juicio declarativo que corresponda, lo que, como señala la misma norma, no podrá alterar “la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él”. Se trata, en suma, de sujetar la defensa de los distintos intereses en presencia a un procedimiento reglado, a diferencia de la libertad que en este punto impera en los actos de jurisdicción voluntaria. Entenderlo de otro modo supondría una interpretación del art. 1817 LEC contraria al art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la justicia, siendo así que, como este Tribunal tiene declarado, la tutela efectiva que propugna el citado precepto

constitucional exige que todas las normas se interpreten y apliquen en el sentido más favorable para la satisfacción de ese derecho (STC 113/1988, de 9 de junio, FJ 5).

Consideramos, por tanto, que el progenitor dispone de otras vías, al margen de la reclamación, para que quede determinada la filiación no matrimonial; vías por las que tiene acceso a los órganos judiciales, de suerte que la privación de legitimación activa para instar una reclamación judicial, cuando falte la posesión de estado, no resulta desproporcionada ni vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, habida cuenta los bienes constitucionales que se trata de proteger a través de esta medida. Por todo lo dicho, entendemos que el párrafo primero del art. 133 CC no infringe el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión consagrado en el art. 24.1 CE, en relación con lo dispuesto en el art. 39.2 CE en cuanto a la investigación de la paternidad.

Con los anteriores argumentos defendimos en el debate del Pleno que nuestro pronunciamiento hubiera debido ser desestimatorio de la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

Madrid, a tres de noviembre de dos mil cinco. Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas respecto de la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1687-1998.

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 LOTC y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, de conformidad con lo manifestado en el acto de la votación, me adhiero al Voto particular formulado por la Magistrada doña Elisa Pérez Vera y que ha formalizado en unión del Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, en la Sentencia del Pleno de este Tribunal, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad arriba reseñada.

En Madrid a tres de noviembre de dos mil cinco.