

# ADOPCION Y PRINCIPIO DE IGUALDAD (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)

RAFAEL VERDERA SERVER  
Departamento de Derecho civil  
Universitat de València

**SUMARIO:** I. PRELIMINAR. II. LA STC 46/1999, DE 22 DE MARZO. 1. *Antecedentes*. 2. *Contenido fundamental de la Sentencia del Tribunal Constitucional*. 3. *Contenido fundamental del Voto Particular concurrente*. III. LA EQUIPARACION ENTRE LA FILIACION POR NATURALEZA Y LA FILIACION POR ADOPCION: EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL AMBITO DE LA ADOPCION. 1. *Principio de igualdad y filiación por naturaleza*. 2. *El contenido histórico de la relación de adopción*. 3. *El grado de libertad legislativa en la configuración de la adopción y su incidencia en la equiparación con la filiación por naturaleza*. IV. LOS EFECTOS DE LA ADOPCION EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. V. LA FUNCION DE LAS EXIGENCIAS TEMPORALES COMO MECANISMO PARA EVITAR LA ACTUACION FRAUDULENTA.

## I. PRELIMINAR

Varón, blanco, católico, propietario: éstos eran algunos de los rasgos que, históricamente, caracterizaban el paradigma del sujeto beneficiario de la discriminación normativa (1). Estos elementos diseñaban

---

(1) Como la referencia a la religión indica, aludimos a unas determinadas sociedades europeas en la época reciente. Remontándonos en el tiempo pueden añadirse otros factores, como la clase social (condición nobiliaria), cuyo eco impregna en cierta medida el propio art. 14 CE.

los perfiles del individuo que merecía por parte del ordenamiento (y de la sociedad) la máxima protección y el mayor nivel de prerrogativas. A ello había que añadir, aun con una transcendencia de diferente alcance, la circunstancia de su pertenencia a una familia legítima. En efecto, la calificación de un hijo biológico o de una relación heterosexual como matrimonial atribuía una situación de privilegio jurídico frente a quienes carecían de esa condición. La transcendencia de este carácter matrimonial desbordó los límites del Derecho privado y se aplicó también a instituciones de diferente naturaleza, con incidencia en el ámbito tributario o de derechos pasivos.

En este panorama, la posición de la filiación adoptiva fue siempre secundaria. No sólo, como veremos, por la escasa importancia que en el proceso codificador se otorga a esta institución, sino por la dificultad de desconectar la suerte de los hijos adoptivos de un determinado concepto de familia y, sobre todo, del régimen al que se veían sometidos los hijos no matrimoniales.

La tendencia normativa ha procurado conseguir un acercamiento entre los efectos de las diversas filiaciones (primero, por naturaleza y, luego, por adopción), especialmente a partir de la Constitución de 1978 y rotundamente con las Reformas del Código civil de 1981, pero ese planteamiento no ha evitado la existencia de algunos supuestos en los que, por diversos motivos, todavía se mantienen ciertas diferencias. Hay que verificar, pues, hasta qué punto esos motivos justifican esas diferencias en el trato.

No es la STC (Sala Primera) 46/1999, de 22 de marzo (2), la primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional se pronuncia respecto a la eventual equiparación entre la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva en unos ámbitos en los que la relación de filiación constituye presupuesto de ciertas pretensiones económicas que exceden de la esfera puramente privada. Sí es, por el contrario, uno de los casos donde con más claridad se pretenden sentar unas pautas generales, que sean proyectables a otros ámbitos normativos.

Quien no esté al tanto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional podrá pensar, al leer la Sentencia que analizamos, que nos encontramos ante una decisión obvia, incuestionable y directamente derivada de una limpia aplicación del principio de igualdad; dicho con otras palabras, la solución del Tribunal Constitucional no podía ser otra. Sin rechazar esa impresión, resulta conveniente precisar que

---

(2) Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera; *B.O.E.* de 27 de abril.

esta Sentencia ofrece una serie de matices, sobre todo si se contrastan con anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que bien merecen un cierto comentario. Un simple dato puede suscitar la reflexión del lector: si la solución de la Sentencia es tan incontestable, ¿por qué se formula un Voto Particular (por el propio Ponente de la Sentencia), aunque sea concurrente? Otras preguntas diversas pueden también formularse: ¿qué alcance reviste en nuestro ordenamiento la equiparación entre todas las clases de filiación? ¿Cuál es el grado de libertad del legislador para determinar qué se entiende por filiación? ¿Por qué a la filiación adoptiva se le exigía históricamente una duración mínima para ser equiparada a la filiación biológica? Como veremos a continuación, el sentido de las respuestas a esos interrogantes se complica por un dato adicional, cual es la existencia de líneas diferentes en la doctrina del Tribunal Constitucional, algunas de ellas formuladas implícitamente.

El alcance del principio de igualdad entre las filiaciones y, más concretamente, su aplicación al vínculo adoptivo, es una cuestión que no siempre ha recibido la misma respuesta por parte del ordenamiento. Para el análisis de este problema conviene tener presente diversos factores, incluso tras la promulgación de la Constitución de 1978. Por supuesto, en primer lugar, hay que atender a los criterios interpretativos sentados por el Tribunal Constitucional respecto al art. 14 CE; no hay en este aspecto diversidad respecto a otros casos en los que debe verificarse el respeto al principio de igualdad. Además, hay que analizar la concreta normativa que puede producir la vulneración de esa doctrina; deben estudiarse las concretas razones por las que se plantea una solución distinta para cada caso; tampoco se constata aquí nada que nos aleje de lo que es norma en otros casos. Y, por último, se deben examinar las bases sobre las que el Derecho privado articula la relación de adopción. Esta cuestión sí reviste características especiales, a la vista de las facultades de que dispone el legislador para la configuración de ese vínculo adoptivo. Por ello, habrá de prestarse especial atención a la evolución en esa materia, dado que la creación y la supresión de distinciones y de categorías, desgraciadamente tan frecuente en materia de adopción, está llamada a repercutir en la valoración que del conjunto de esos factores deba efectuar el intérprete.

El principal reproche que puede efectuarse a esta STC 46/1999 se encuentra, en nuestra opinión, en su articulación (al menos, implícita) en función de una determinada concepción del Derecho civil español, hoy claramente superada. Si se analiza el contenido de la Sentencia y del Voto Particular, se observará que la preocupación de los Magistra-

dos radica en precisar qué conclusión debe extraerse del planteamiento del Código civil acerca de la relación entre la filiación en general y la adopción: se busca en ese cuerpo legal la clave interpretativa del alcance del principio de equiparación entre la filiación por naturaleza y la adopción.

Este enfoque puede no ser incorrecto, pero resulta claramente incompleto en la medida que prescinde de la posibilidad de que ciertas Comunidades Autónomas legislen en esta materia. No nos referimos ahora a la intervención administrativa en los procedimientos de adopción, sino a la posibilidad de configurar en un determinado sentido la adopción y sus relaciones con la filiación. No faltan los ejemplos de regulación autonómica de los efectos con carácter general de la adopción (3).

La Ley aragonesa 3/1988, de 25 de abril, relativa a la equiparación de los hijos adoptivos a los hijos por naturaleza dio nueva redacción al art. 19.1 CDCA: “[l]os hijos adoptivos tendrán en Aragón los mismos derechos y obligaciones que los hijos por naturaleza”. La STC (Pleno) 88/1993, de 12 de marzo (4), reconoce que esa Ley “no pretende, claro está, un régimen jurídico completo del instituto de la adopción ni ordenar en particular, su modo de constitución, limitándose, más bien, a disciplinar un aspecto, bien que general, del contenido o de los efectos de la adopción, consistente en el establecimiento de la referida equiparación”. Para el Tribunal Constitucional, esa Ley “puede entenderse naturalmente y sin esfuerzo de un modo acorde con la Constitución y el Estatuto. La norma impugnada no merece tacha alguna de inconstitucionalidad pues la igualación ‘en Aragón’ de los derechos y obligaciones de hijos adoptivos e hijos por naturaleza se entiende ceñida a las relaciones e instituciones jurídicas ordenadas en el Derecho civil aragonés propio, como reconoce, por demás, en sus alegaciones la Diputación General de Aragón”. Por ello, concluye que “el legislador aragonés puede, en conexión con el contenido de su Derecho civil propio, ordenar determinados aspectos del *status* de los hijos adoptivos”.

El art. 127.1 del *Codi de Família* (Ley catalana 9/1998, de 15 de julio) establece que “[l]a adopción origina relaciones de parentesco entre el adoptante, sus ascendientes y descendientes, produciendo los mismos efectos que la filiación por naturaleza, sin perjuicio de las especialidades a que hace referencia el art. 113”.

Más compleja es la situación en Navarra (5). La Ley 68.I FNN afirma que

---

(3) Y ello sin referirnos a los frecuentes supuestos en que sólo uno de los efectos característicos de la adopción, como es el tema sucesorio, es abordado por los legisladores autonómicos.

(4) Ponente: Excmo. Sr. D. Álvaro Rodríguez Bereijo (*Act. C. 669; B.O.E.* de 15 de abril).

(5) *Vid.*, por todos, F. SANCHO REBULLIDA, “Comentario a la Ley 68”; y J. ARREGUI GIL, “Comentario a las Leyes 73 y 74”, en AA.VV., *Comentarios a las Leyes 42 a 81 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. XXXVI, vol. 1, EDERSA, Madrid, 1990, pp. 311-319 y 381-402, respectivamente

“[l]a filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción; aquélla puede ser matrimonial y no matrimonial. La filiación matrimonial y la no matrimonial surten los mismos efectos conforme a lo dispuesto en las Leyes de esta Compilación”. Y luego, con una norma cuyo alcance, a la vista de los arts. 14 y 39 CE, puede ser controvertido, la Ley 73 FNN señala que “[l]os efectos de la adopción serán los pactados en la escritura en que se formalice. Los derechos hereditarios del adoptado y del adoptante y los pactos sucesorios entre ambos se regirán exclusivamente por la voluntad privada y, en su defecto, por lo establecido en esta Compilación”. Con carácter supletorio, la Ley 74 FNN se remite para la adopción y el prohijamiento a lo establecido en el Código civil y en las leyes especiales.

Tampoco puede obviarse el recurso a argumentaciones que traten de reducir la transcendencia de las particularidades autonómicas en esta materia. Baste pensar en la posible alegación de cláusulas (relativamente) generales, como los arts. 139.1 y 149.1.1.<sup>a</sup> 7.<sup>a</sup> y 17.<sup>a</sup> CE.

La STC 46/1999 no toma en consideración esta riqueza (y complejidad) normativa y limita su análisis al Código civil. La misma perspectiva se adoptará en lo esencial en las siguientes páginas, siendo conscientes, sin embargo, de la necesidad de valorar las potestades normativas de las Comunidades Autónomas. Las referencias, pues, al legislador se ciñen al ámbito del Código civil, pero pueden ampliarse sin esfuerzo a los legisladores autonómicos.

## II. LA STC 46/1999, DE 22 DE MARZO

### 1. *Antecedentes*

a) D. José fue adoptado en adopción plena por D. Ignacio y por su esposa, D.<sup>a</sup> María Amparo, por sentencia de 23 de marzo de 1993 del Juzgado de Primera Instancia de Asunción (Paraguay).

b) La madre adoptiva, funcionaria perteneciente al Cuerpo Superior de Finanzas del Estado, falleció, estando en servicio activo, el 25 de julio de 1994, es decir, un año, cuatro meses y dos días después de la adopción.

c) Solicitada la pensión de orfandad, el Director General de Costes de Personal y Pensiones Públicas acordó desestimar esta petición por considerar que no concurrían los requisitos temporales que establecía el art. 41.2 del Texto Refundido de Clases Pasivas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril. Según disponía tal precepto:

“A los efectos de este Texto, la relación paterno filial comprende tanto la matrimonial como la no matrimonial, así como la legal por adopción plena (6). Para que la adopción pueda surtir efectos pasivos es preciso que el

---

(6) Dada la posterior modificación del régimen de la adopción por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, esa referencia al carácter pleno de la adopción resultó efímera.

adoptante haya sobrevivido dos años, al menos, desde la fecha de la adopción" (7).

d) Contra ese Acuerdo se interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Central; reclamación que, por Resolución de 6 de abril de 1995, también fue desestimada. Estas resoluciones fueron recurridas ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que, por Sentencia de 27 de mayo de 1996, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

f) Don Ignacio, como representante legal de su hijo don José, recurre en amparo alegando que tanto las resoluciones administrativas recurridas como la sentencia que las confirma suponen una vulneración del art. 14 CE; infracción que implica, además, una lesión del art. 39.2 CE al consagrar este precepto la igualdad de los hijos ante la ley cualquiera que sea su filiación. Según sostiene el recurrente, esta discriminación es consecuencia de la inconstitucionalidad del art. 41.2 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, ya que considera que es este precepto el que, al establecer como requisito para que los hijos adoptados puedan tener derecho a una pensión de orfandad el que el adoptante haya sobrevivido dos años desde que se produjo la adopción, introduce una diferencia de trato entre dos situaciones que el art. 39.2 CE considera iguales (filiación por naturaleza y filiación por adopción) contraria al principio de igualdad que consagra el art. 14 CE. Se solicitaba la declaración de nulidad de la sentencia impugnada así como la de los actos administrativos recurridos y el reconocimiento de su derecho a obtener una pensión de orfandad, por el período y la cuantía que legalmente corresponda a los hijos, con abono de los intereses de demora devengados desde el 1 de agosto de 1994.

g) El Abogado del Estado alega que la causa de denegación de la pensión de orfandad no se encuentra en ser el solicitante hijo adoptado, sino en la existencia de un precepto legal que condiciona la eficacia de la adopción a efectos pasivos a que el adoptante haya sobrevivido al adoptado al menos dos años desde que se produjo la adopción; precepto que, a su juicio, no puede ser considerado contrario a la Constitución. Para que pudiera entenderse que este precepto es contrario a los preceptos constitucionales invocados sería preciso que la premisa de la que parte el recurrente —que la Constitución ha equiparado los efectos entre la filiación por naturaleza y por adopción— fuera correcta, y

---

(7) El precepto tiene su antecedente inmediato en el art. 31.1 del Decreto 1120/1966, de 21 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios Civiles, según el cual "[a] los efectos de esta Ley, la relación paterno filial comprende la legítima, la natural y la adoptiva por adopción plena. Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio se considerarán a todos los efectos como legítimos, y los legitimados por concesión, como naturales". El art. 31.2 utilizaba las mismas palabras que el Texto Refundido de 1987: "[p]ara que la adopción pueda surtir efectos pasivos es preciso que el adoptante haya sobrevivido dos años, al menos, desde la fecha de la adopción". Nótese que, al variar el contenido de la adopción plena como consecuencia de las Reformas de 1970 y de 1981, a pesar de la no alteración del Texto Refundido de 1966 habían variado sus presupuestos de partida.

Remontándonos más en el tiempo debe citarse el art. 82 del Estatuto de Clases Pasivas, aprobado por Real Decreto de 22 de octubre de 1926 y modificado, en lo que ahora interesa, por la Ley 193/1964, de 24 de diciembre.

según el Abogado del Estado no lo es. A su juicio, no puede entenderse que la Constitución imponga al legislador ordinario la institución de la adopción con la consiguiente equiparación de efectos con la filiación por naturaleza. Es más, en su opinión la Constitución no sólo no impone la existencia de la adopción como una forma de filiación, sino que, además, tampoco exige al legislador ordinario que, en el caso de que expresamente prevea la existencia de esta institución, le otorgue los mismos efectos que a la filiación por naturaleza. Si así fuera, el legislador sólo podría regular los aspectos formales de la adopción, pero no podría llevar a cabo ninguna regulación en la que se estableciese otro tipo de fórmulas intermedias, como puede ser el acogimiento o, como sucedía en la normativa anterior, se regularan distintos tipos de adopción (la adopción simple y la adopción plena), otorgando efectos diferentes a cada una de ellas. Conclusión, además, que, según expone el Abogado del Estado, se encontraría avalada por la STC 33/1983, en la que expresamente se sostiene que la existencia de dos regímenes diferentes de adopción no vulnera el principio de igualdad.

También sostiene que la pretendida equiparación de efectos que, según el demandante de amparo, deben tener las distintas formas de filiación implicaría negar la eficacia limitadora de cualquier dato fundado en el estado civil. Como ejemplo, cita las reglas que establecen los arts. 175 y ss. CC relativos a las condiciones de edad, matrimonio o parentesco que se estatuyen para los distintos casos de adopción.

Por otra parte, el Abogado del Estado indica que el art. 39.2 CE, cuando se refiere a las distintas formas de filiación, lo que pretende es dar solución al problema de las antiguamente llamadas filiación legítima e ilegítima, y no equiparar la adopción a la filiación por naturaleza. Considera que esta conclusión se fundamenta en dos argumentos diferentes. Primeramente, acude al propio tenor literal de este precepto constitucional. En su opinión, el art. 39.2 CE está refiriendo la misma igualdad que estableció para los hijos, cualquiera que sea su filiación, a "las madres, cualquiera que sea su estado civil", referencia que, a su juicio, no tendría sentido si hubiera de comprender a los hijos adoptados, ya que en la adopción la posición de los padres es idéntica. Junto a este argumento invoca otro de carácter sistemático que deduce del art. 39.3 CE, y en concreto del verbo empleado en este artículo: el Abogado del Estado entiende que al establecer el art. 39.3 CE el deber de los padres de asistir a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio está contemplando únicamente la filiación por naturaleza, ya que no es posible entender comprendido en el sentido gramatical de este participio los hijos adoptivos.

Por último, subraya el Abogado del Estado que la exigencia de este requisito temporal, lejos de constituir una diferencia arbitraria, responde a un propósito de acercamiento de los presupuestos de la filiación por naturaleza y la filiación adoptiva, ya que trata de asegurar la estabilidad de la situación; situación "que en la filiación por naturaleza se da *per se* y que en la adoptiva se asegura por medio del plazo". Todas estas consideraciones le llevan a sostener que no existe la vulneración constitucional denunciada y, por ello, solicita la desestimación del recurso de amparo.

i) El recurrente en amparo formula alegaciones donde sostiene que es el art. 39.2 CE el que establece la igualdad de todos los hijos cualquiera que sea su filiación; filiación que, en su opinión, debe comprender no sólo la filiación por

naturaleza, sino también la filiación por adopción, pues considera que si la Constitución hubiera querido referirse sólo a la filiación por naturaleza lo hubiera establecido expresamente. Por esta razón entiende que constituye una diferencia de trato incompatible con el art. 14 CE exigir que para que los hijos adoptivos tengan derecho a una pensión de orfandad sea necesario que hayan transcurridos más de dos años desde que se produjo la adopción hasta la muerte del adoptante.

En su opinión, esta diferencia normativa carece de justificación dado que ni tiene como finalidad consolidar la relación de filiación adoptiva, ni tampoco puede tener como objeto el tratar de establecer un plazo que garantice la certeza de la existencia de este tipo de filiación, ya que ésta viene determinada por la existencia de un procedimiento previo que termina con la inscripción de esta clase de filiación en un registro civil (en este supuesto en el del registro existente en las dependencias consulares españolas del país en el que se produjo la adopción), lo que aleja la posibilidad de fraudes o incertidumbres acerca del comienzo de la relación paterno filial, de la identidad de los padres e hijo, etc.

Alega también el recurrente que cuando frente a situaciones iguales o aparentemente iguales se produzca una impugnación fundada en el art. 14 CE, este Tribunal ha establecido que corresponde a aquellos que asuman la defensa de la desigualdad creada por la legalidad ofrecer una fundamentación razonable de la misma.

j) El Ministerio Fiscal parte de considerar que el art. 39.2 CE establece la igualdad de los hijos cualquiera que sea su filiación; filiación que, según establece el art. 108 CC puede tener lugar por naturaleza y por adopción, lo que a su juicio supone la plena equiparación de los hijos por naturaleza con los adoptivos. Constata también que desde la perspectiva de los derechos pasivos existe una diferencia de trato entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza al establecer el art. 41.2 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado que para que los hijos adoptivos pueden tener derecho a una pensión de orfandad es preciso que el adoptante haya sobrevivido al menos dos años desde la fecha de la adopción.

Apreciada esta diferencia intenta buscar una razón que la justifique, pero no la encuentra. Considera que el motivo de esta exigencia temporal no puede ser el tratar de evitar el fraude que podría suponer el que personas gravemente enfermas pudieran adoptar hijos y proporcionales de este modo una pensión, ya que, si esta fuera la finalidad de la norma, entiende el Fiscal que el plazo que se establece para consolidar los derechos pasivos resulta excesivo. Esta conclusión se ve reforzada, según el Fiscal, por el hecho de que la adopción produce plenos efectos desde que es aprobada, siendo desde este momento irrevocable; regla que sólo se excepciona en los casos en los que el padre o la madre, sin culpa propia, no hubieran intervenido en el procedimiento de adopción. En este supuesto, si así lo solicitan en el plazo de dos años, y siempre cuando no se perjudique al menor, el Juez podrá extinguir la adopción.

Concluye el Fiscal sus alegaciones solicitando de este Tribunal que se estime el recurso, ya que, a su juicio, se ha lesionado el derecho a la igualdad del recurrente. Ahora bien, como en su opinión la vulneración del principio de igualdad tiene su origen en la norma aplicada, solicita también que, una vez



otorgado el amparo, se eleve al pleno cuestión de inconstitucionalidad del art. 41.2 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado por su contradicción con los arts. 14 y 39.2 CE.

## 2. *Contenido fundamental de la Sentencia del Tribunal Constitucional*

La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional no es demasiado extensa ni prolija: en tres fundamentos jurídicos, alguno de ellos construido de modo prácticamente exclusivo con un resumen de su propia doctrina, despacha el recurso, aunque eleve al Pleno del Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad acerca de la regla que es objeto principal de la atención del Tribunal, esto es, el art. 41.2 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987. El propio Ponente de la Sentencia, el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, formula además un Voto Particular concurrente, para completar la argumentación de la Sentencia.

La delimitación de la cuestión a decidir por el Tribunal Constitucional en este recurso de amparo se presenta con una cierta limpieza:

“[D]eterminar si la Administración, al denegar al demandante de amparo la pensión de orfandad por no cumplir el requisito temporal que establecía el art. 41.2 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas de 1987 (que el adoptante haya sobrevivido al menos dos años desde la fecha de la adopción) y posteriormente el órgano judicial, al confirmar esta resolución vulneraron el derecho a la igualdad del ahora quejoso”.

Para el Tribunal Constitucional, la presunta vulneración del principio de igualdad tiene su origen en ese precepto y en su posterior aplicación por la Administración y los Tribunales, lo cual exige un análisis del contenido de ese precepto. Nos hallamos, pues, ante un problema de igualdad en la ley, y no, aunque existan resoluciones administrativas y jurisdiccionales, ante un problema en la aplicación de la ley (8).

---

(8) La doctrina constitucional sobre la distinción es suficientemente conocida. Véase, por ejemplo, la STC (Sala 1ª) 144/1988, de 12 de julio (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente) (comentada por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1988, nº 17, abril-agosto, pp. 701-717): “el principio de igualdad que garantiza la Constitución (art. 14) y que está protegido en último término por el recurso constitucional de amparo (art. 53.2 CE) opera (...) en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador, o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo

A la vista de que la norma enjuiciada que fundamenta los actos objeto de recurso "regula de forma diferente situaciones aparentemente iguales", hay que "enjuiciar si la diferencia creada por la ley tiene un fundamento objetivo y razonable que legitime la desigualdad, ya que, como viene sosteniendo reiteradamente este Tribunal, para que se produzca la quiebra del derecho a la igualdad no basta con que se otorgue un tratamiento diferente a dos situaciones que puedan considerarse iguales, sino que también es preciso que la diferencia establecida por la norma esté desprovista de una justificación objetiva y razonable, y resulte desproporcionada (STC 22/1981, 209/1988, 110/1993, 176/1993, 340/1993, 17/1994 y 72/1994)".

La diferencia de trato estriba, obviamente, en la exigencia del transcurso de dos años desde la adopción hasta el fallecimiento de la persona que genera el derecho a la pensión de orfandad, mientras que en caso de filiación por naturaleza no se requiere el transcurso de plazo alguno: la pensión de orfandad no está supeditada, cuando la filiación es por naturaleza, a una edad mínima del solicitante; sólo se establece, y con carácter general, una edad máxima. La Ley no distingue en esta cuestión dentro de la filiación por naturaleza: no importa en absoluto el carácter matrimonial o no matrimonial de esa filiación desde el punto de vista de la concesión de la pensión (9).

---

tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria. En otro plano, en el de la aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que ésta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma". También son de interés, desde la perspectiva del derecho privado, las consideraciones de E. ROCA I TRIAS, "Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1986, n° 4, pp. 841-874; y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Principio de igualdad y derecho privado", en AA.VV., *El principio de igualdad en la Constitución española (XI Jornadas de Estudio)*, vol. II, Ministerio de Justicia. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1991, pp. 1583-1640.

(9) En el ámbito de la filiación por naturaleza, existe un problema especial, ante la diversidad de categorías que emplea el legislador de 1981: recuérdese la dificultad de precisar el alcance de la constitución y de la determinación de la filiación, que tratan de ser resueltos por el art. 112 CC (por ejemplo, fallecimiento del padre y posterior acción de reclamación de la paternidad, que es estimada). El art. 31.3 del Decreto 1120/1966, de 21 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios Civiles, se preocupaba de la cuestión, bajo un sistema de filiación diferente al actual, al indicar que "[l]a paternidad y la filiación, en cualquiera de sus clases, sólo producirán efectos pasivos si constasen como existentes en el día de fallecimiento del causante de la pensión".

El Tribunal Constitucional enfoca la cuestión desde la perspectiva que ofrece la comparación entre la filiación por naturaleza y por adopción. No se plantea, en cambio, la posibilidad de contrastar la situación exclusivamente desde la perspectiva de la adopción: ¿se vulnera el principio de igualdad por el distinto trato dispensado a unos hijos adoptivos en función del transcurso de los controvertidos dos años?

Para valorar si los diferentes presupuestos que se exigen a la filiación adoptiva son constitucionalmente admisibles, el Tribunal Constitucional reitera su conocida doctrina en el sentido de que no toda desigualdad de trato constituye necesariamente una discriminación, puesto que la igualdad sólo resulta vulnerada “si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida” (10).

El Abogado del Estado —a quien por defender la constitucionalidad del diferente trato incumbe demostrar la razonabilidad y necesidad de la diferencia (11)— sostenía que “la finalidad de la norma que establece el requisito temporal es asegurar la estabilidad de la situación”. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que “esta explicación no es convincente. No debe exigirse en la filiación por adopción una estabilidad que tampoco puede garantizar la filiación por naturaleza”.

También rechaza el Tribunal Constitucional que la finalidad de esa exigencia temporal fuera “evitar posibles fraudes”. Frente a la posible sospecha de que la causa de la adopción sea únicamente facilitar al adoptado una pensión de orfandad en lugar de constituir el vínculo

---

(10) Como se recuerda, entre otras, en la conocida STC (Pleno) 222/1992, de 11 de diciembre [Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Gimeno Sendra (R.A.T.C. 222; B.O.E. de 19 de enero de 1993): “[u]na doctrina constante de este Tribunal —tan reiterada que su cita es ya ociosa— viene estableciendo que los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas”.

(11) Para la conexión de esta cuestión con el hecho de que el factor diferenciador sea uno de los expresamente incluidos en el elenco del art. 14 CE, *vid.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M<sup>a</sup>. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 70-72.

familiar que es propio de esta institución, el Tribunal Constitucional considera que la regulación de la cuestión “resulta claramente desproporcionado: con el fin de evitar un posible fraude se priva de pensión a todos aquellos hijos adoptados que hayan quedado huérfanos en este período. Fraude, por otra parte, que, al menos de modo generalizado, tampoco puede producirse, ya que para que se realice es preciso que muera el adoptante; suceso éste que, en la gran mayoría de los casos, es imprevisible, e incluso, en el supuesto de que fuera humanamente previsible, tampoco podría considerarse que la adopción realizada fuera necesariamente fraudulenta”.

Aún más contundentemente afirma el Tribunal Constitucional:

“Esta forma de proceder del legislador no resulta razonable. Además de presumir que se ha actuado en fraude de ley, establece una presunción sin posibilidad de prueba en contrario, lo que no sólo supone invertir el principio de que generalmente los derechos se ejercen conforme a la exigencias de la buena fe, sino que se está desconociendo la exigencia constitucional de dar protección a la familia y a los hijos (art. 39.1 y 2 CE)”.

En consecuencia, “al no considerar que la desigualdad creada por la norma sea proporcionada al fin perseguido por la misma, esta diferencia debe considerarse contraria al art. 14 CE” y se estima que “el art. 41.2 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, contenía una discriminación respecto de los hijos adoptivos que pugna con el principio constitucional de igualdad en la ley (art. 14 CE)”.

Teniendo en cuenta que el factor que supone la vulneración del principio de igualdad era una exigencia temporal (transcurso de dos años entre la adopción y el fallecimiento de quien permite percibir pensión de orfandad) que ha sido suprimida por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, la posibilidad de que se planteen otros recursos ante el Tribunal Constitucional es ciertamente pequeña, pero como esa Ley posterior tiene una eficacia retroactiva limitada, esa posibilidad no puede descartarse y, por ello, se eleva cuestión de inconstitucionalidad ante el Pleno del Tribunal Constitucional, cuyo resultado es fácilmente previsible.

La modificación efectuada en 1996 en el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado opera en dos niveles distintos: a) por un lado, el art. 129.5 de la Ley de 1996 da nueva redacción al art. 41 del Texto Refundido de 1987, relativo a la pensión de orfandad de modo que, entre otros extremos, su primer párrafo se refiere en general a “hijos del causante de los derechos pasivos que fueran menores de

veintiún años” y su segundo párrafo añade, aunque no fuera necesario, que “[a] los efectos de este texto, la relación paterno-filial comprende tanto la matrimonial como la no matrimonial, así como la legal por adopción” (12); b) por otro lado, el art. 131 de la Ley de 1996 modifica con carácter general los requisitos necesarios para el reconocimiento de las pensiones familiares en los supuestos de adopción:

“A efectos del reconocimiento de las pensiones familiares de clases pasivas, cualquiera que sea su legislación reguladora, se suprime en los supuestos de adopción, el requisito de que el adoptante o el adoptado, según se trate de pensiones de orfandad o en favor de padres, haya sobrevivido dos años, al menos, desde la fecha de la adopción” (13).

(12) Aunque no plantee duda alguna en su interpretación, resulta curioso que se refiera a filiación “legal por adopción”, categoría ésta desconocida (al menos con esa expresión) en el Código civil: hubiera bastado mencionar la filiación por adopción, como hace el art. 108 CC.

La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social ha modificado la numeración de esos párrafos, que son ahora el primero y el cuarto del art. 41.

(13) Se prevén otros dos apartados para regular los aspectos transitorios de esa modificación, que, a juicio del Tribunal Constitucional, determinan tan solo una “limitada eficacia retroactiva”. En primer lugar, se establece que “[c]uando el fallecimiento del causante se haya producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley [el 1 de enero de 1997: *cf.* disp. final 9ª], los efectos económicos de la pensión que pudiera reconocerse se producirán a partir del 1 de enero de 1997, siempre que en esta fecha se acrediten los requisitos exigidos legalmente y la solicitud se haya formulado dentro de los cinco años siguientes a la indicada fecha; en caso contrario, la pensión surtirá efectos desde el día primero del mes siguiente a la solicitud”. Y se añade que “[l]o dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación a los procedimientos iniciados y no resueltos en el momento de entrada en vigor de esta Ley, así como a las peticiones que se formulen nuevamente en relación con solicitudes que hayan sido objeto de denegación por no concurrir el requisito que mediante la presente disposición se suprime, con independencia de que sobre dichas solicitudes haya recaído resolución administrativa o judicial firme”.

El art. 175.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, establecía que “[t]endrán derecho a la pensión de orfandad cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación, así como, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, los adoptivos...”. Este planteamiento, que abría la puerta a ciertas restricciones en perjuicio de los hijos adoptivos, fue modificado por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, cuyo art. 10.1 confirió nueva redacción a ese art. 175.1, conforme a la cual “[t]endrán derecho a la pensión de orfandad cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación...”, sin referencia alguna a la posibilidad de introducir condiciones distintas para el caso de adopción. El mismo planteamiento adopta el art. 9.1 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, que desarrolla determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social.

### 3. Contenido fundamental del Voto Particular concurrente

El Voto Particular concurrente del Ponente de la Sentencia no cuestiona su parte dispositiva, sino que considera que su argumentación jurídica resulta incompleta, puesto que “debió dedicarse un fundamento jurídico al cambio operado en el tratamiento legal de la adopción, después de la reforma del Código Civil de 1987. Sólo con una referencia expresa a este cambio es comprensible, además, que 15 años atrás (STC 33/1983, de 4 de mayo) este Tribunal Constitucional sostuviese que una modalidad de adopción no era equiparable a la filiación por naturaleza o biológica”.

Conforme a este Voto Particular, “[l]a equiparación entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza será un imperativo constitucional en la medida en que sustancialmente pueda calificarse la adopción como una forma de filiación. Así ocurre en el régimen de adopción que se encuentra vigente en el momento en el que se resuelve el presente recurso. A tenor de lo dispuesto en el art. 108 CC, y, en general, de lo que se deduce de la regulación de la institución que efectuó la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, la filiación comprende tanto la filiación por naturaleza como la adoptiva”. Este nuevo planteamiento concuerda con el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de marzo de 1993, ratificado por España, con entrada en vigor aquí el 1 de noviembre de 1995 (*cfr.* art. 26.1).

En cambio, antes de esa Ley de 1987 se distinguía entre adopción plena y adopción simple y sólo la primera quedaba equiparada a la filiación por naturaleza. Ello permitió, en su momento, al Tribunal Constitucional considerar que la denegación de una pensión de orfandad a un adoptado de forma simple no vulneraba el principio de igualdad, ya que el legislador partía de dos formas diferentes de adopción con regímenes jurídicos también distintos. Y, a nuestro juicio, acertadamente, se concluye:

“El legislador puede establecer una institución a la que denomine adopción y, sin embargo, no la considere realmente una forma de filiación, tal y como ocurría, por ejemplo, con la adopción simple; forma de adopción que estuvo vigente en nuestro Derecho hasta la reforma de 1987 y sobre la que expresamente se pronunció este Tribunal (STC 33/1983) (...) Sin embargo, en este momento —tal y como se ha señalado— sólo existe una modalidad de adopción; modalidad, además, a la que se reconoce los mismos efectos que a la filiación por naturaleza. Por ello, y dados los términos en los que nuestro ordenamiento jurídico regula actualmente la adopción, debe considerarse una forma de filiación. Este Tribunal tiene dicho que ‘la igualdad ha de valorarse en cada

caso teniendo en cuenta el ámbito jurídico sustantivo de relaciones en que se proyecten' (STC 209/1988 y 134/1996) (...) Vista la adopción como una clase de filiación, los hijos adoptivos y los hijos biológicos son iguales ante la ley, con 'independencia de su filiación' (art. 39.2 CE). Las situaciones alegadas por el recurrente como términos de comparación reúnen los requisitos de identidad necesarios para efectuar un juicio de igualdad (art. 14 CE). La violación del principio de igualdad entre hijos biológicos e hijos adoptivos, que se estima en la sentencia, se ve mejor, en mi opinión, con estas consideraciones sobre el presente tratamiento legal de la adopción. La equiparación completa, en definitiva, puede estimarse que es una premisa obligada del fallo".

### III. LA EQUIPARACION ENTRE LA FILIACION POR NATURALEZA Y LA FILIACION POR ADOPCION: EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL AMBITO DE LA ADOPCION

Con la intención de aplicarlo fundamentalmente en las relaciones familiares no matrimoniales, se ha defendido en nuestra doctrina (14) la conveniencia de distinguir un doble nivel de relaciones en la familia. Las relaciones familiares verticales son aquellas que se establecen entre los progenitores y sus hijos, o entre éstos y los parientes de sus padres. Se habla, en cambio, de un plano horizontal para aludir a las relaciones de la pareja. Esta distinción resulta de gran utilidad para analizar el grado de protección de la familia en nuestro Ordenamiento y para determinar la transcendencia del principio de igualdad entre los diversos grupos familiares (15). Nuestro planteamiento se limita aquí a las relaciones familiares de carácter vertical, sin perjuicio de que se hagan las oportunas referencias a las relaciones familiares horizontal cuando se estime pertinente.

(14) Cfr. E. ROCA I TRIAS, "Constitució i família", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1984, n° 2, pp. 298-299; y "Familia, familias y derecho de la familia", *Anuario de Derecho Civil*, 1990, t. XLIII, fasc. IV, octubre-diciembre, pp. 1077-1079.

(15) "En este tipo de relaciones [verticales], las diversas normas que las configuran prescinden de que exista o no matrimonio y el ordenamiento jurídico establece normas sobre filiación y parentesco con independencia del origen matrimonial o no de la relación (...) [En las relaciones horizontales] no nos encontramos ante un sistema rígido, porque no tienen como finalidad la protección de intereses sin representación (el caso claro de los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 39 CE), sino que afecta a personas mayores de edad que toman una determinación, la de no contraer matrimonio. En este punto, la normativa a aplicar será la que deriva de la forma constitutiva de la unión (...) En materia de filiación rige el principio absoluto de la igualdad (art. 14 CE) y de protección del interés más débil y en materia de pareja, rige un principio de libertad, con regulaciones diversas" (E. ROCA I TRIAS, "Familia, familias y derecho de la familia", *Anuario de Derecho Civil*, 1990, t. XLIII, fasc. IV, octubre-diciembre, p. 1078).

Desde una perspectiva constitucional, la aplicación del principio de igualdad en el ámbito del derecho de filiación ha ofrecido varios claros terrenos de discusión: entre otros, cuestiones arrendaticias, pleitos sucesorios y reclamaciones de derechos pasivos. Es evidente que esos tres ámbitos no son los únicos sobre los que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, pero sí han sido magníficos exponentes de los criterios, no siempre coincidentes ni coherentes, que ha utilizado el Tribunal Constitucional para tratar de solventar los pleitos planteados. La cuestión de los efectos de las relaciones de filiación ha sido mucho más tratada que los problemas relativos a la determinación de esa relación (16). Tampoco cabe ninguna duda de que, desde la perspectiva de la igualdad en la filiación, la gran cuestión ha sido la equiparación entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial, quedando el régimen de la adopción en un segundo (y más discreto) plano (17).

Desde el punto de vista de la doctrina relativa al principio de igualdad, la STC 46/1999 no aporta excesivas novedades: se limita en buena medida a reproducir las afirmaciones más típicas al respecto, preparando el terreno a la valoración por parte del Tribunal Constitucional (en este caso, negativa) de la concurrencia de los factores que determinan que una desigualdad de trato obedece a la presencia de una justificación objetiva y razonable y que sea proporcionada. El Tribunal centra rápidamente su atención en el análisis del ámbito sobre el que proyectar esa repetida doctrina sobre el principio de igualdad. Así se indica en el Voto Particular, resumiendo los criterios del propio Tribunal Constitucional: "la igualdad ha de valorarse en cada caso teniendo en cuenta el ámbito jurídico sustantivo de relaciones en que se proyecten".

---

(16) No podemos olvidar tampoco que la trascendental STC (Pleno) 88/1993, de 12 de marzo [Ponente: Excmo. Sr. D. Álvaro Rodríguez Bereijo (*Act.C.* 669; *B.O.E.* de 15 de abril)] versó sobre una Ley aragonesa que establecía precisamente la equiparación de los hijos adoptivos a los hijos por naturaleza.

(17) En el art. 43 de la Constitución republicana de 1931, se apreciaba más claramente que el principio de igualdad entre las filiaciones tenía como objetivo básico suprimir las diferencias entre la matrimonial y la no matrimonial, sin preocuparse especialmente de la cuestión de la equiparación con la adopción. Ese precepto establecía, entre otros extremos, que "[l]os padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad. No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna".



Con carácter general, interesa examinar la ubicación constitucional del principio de equiparación de las filiaciones. La cuestión, hay que advertirlo previamente, no tiene valor decisivo ni en éste, ni en otros casos, pero revela un cierto modo de pensar del constituyente. Resumidamente, el problema se desdobra en otros dos: por un lado, hay que saber si es el art. 14 CE el que directamente establece la prohibición de desigualdades entre las filiaciones o si se requiere una combinación normativa entre los arts. 14 y 39 CE para llegar a esa conclusión; por otro lado, se encuentra la inclusión o no de la filiación en la primera (“[l]os españoles son iguales ante la ley”) o la segunda frase del art. 14 CE (“sin que pueda prevalecer discriminación alguna...”), y, en su caso, dentro de esta segunda, en la cláusula de cierre o en la referencia al nacimiento (18).

La doctrina (19) ha indicado que el origen de la referencia al nacimiento en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 2) parece encontrarse en una propuesta soviética tendente a incluir entre los supuestos de prohibición de distinción los privilegios de clase de origen feudal conexos con el nacimiento. La cuestión, desde esta perspectiva, se encuentra más cercana a los problemas relativos a la constitucionalidad de la existencia de los títulos nobiliarios de carácter hereditario (20). Ahora bien, por esa misma doctrina se aduce que la existencia de una cláusula general en el art. 14 CE permite una interpretación extensiva del término, de modo que pueda incluir la discriminación por filiación (21). Y más concretamente se afirma que la

---

(18) La cuestión tiene relevancia para quienes establecen una clara diferenciación entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación: *vid.* M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M<sup>a</sup>. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, *passim*, esp. pp. 156 y ss. Conviene destacar las consideraciones críticas que a una radical distinción formula F. REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 39 y ss.

(19) M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M<sup>a</sup>. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 190-191, a quienes seguimos en este punto.

(20) Es conveniente a este respecto el recuerdo de la STC (Pleno) 126/1997, de 3 de julio [Ponente: Excmo. Sr. D. Julio D. González Campos (R.A.T.C. 126; B.O.E. de 18 de julio)] y comparar su contenido con las decisiones del Tribunal Supremo, antes y después de la misma. El sentido de aquella Sentencia permite deducir que nada impide la discriminación en el ámbito de la sucesión nobiliaria que diferencia en función del tipo o la clase de filiación. Un apunte de esta problemática puede verse en la STS de 29 de diciembre de 1998 [Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela (R.A.J. 9981)].

(21) En este sentido, se manifiestan con claridad la STC (Sala Segunda) 74/1997, de 21 de abril [Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael de Mendizábal Allende (R.A.T.C. 74; B.O.E. de 21 de mayo)]; y la STC (Pleno) 67/1998, de 18 de marzo [Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo García Manzano (R.A.T.C. 67; B.O.E. de 22 de abril)].

expresa mención del principio de equiparación de filiaciones en el art. 39.2 CE no puede ser argumento para una interpretación restrictiva del art. 14 CE: esa mención en el art. 39 CE supone un reforzamiento y no una degradación del principio (22).

La principal trascendencia de la cuestión se encuentra en la fundamentación de los recursos de amparo. A pesar de que sea el art. 39.2 CE el que explícitamente establezca la igualdad de los hijos "ante la ley con independencia de su filiación", en su caso el acceso al Tribunal Constitucional deberá articularse por la vía del art. 14 CE [*cf.* arts. 53.2 y 161.1.a) CE]. Como recuerda el Tribunal Constitucional, la presunta vulneración de los principios contenidos en el art. 39 CE no es susceptible de amparo constitucional por la vía del recurso de amparo (23).

### 1. Principio de igualdad y filiación por naturaleza

La equiparación jurídica entre los distintos supuestos de filiación es actualmente valor común en nuestros tribunales y nuestros autores. Con mayor o menor rotundidad (y normalmente con aquélla), suele proclamarse como verdad indiscutida e indiscutible que toda clase de filiación produce hoy en nuestro Derecho los mismos efectos (24).

(22) M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M<sup>a</sup>. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 193-194.

(23) *Vid.* ATC (Sala Segunda, Sección Cuarta) 920/1987, de 15 de julio (*J.Const.*, 1987, t. XVIII, pp. 1621-1624), aunque en ese supuesto también se había alegado la infracción de los arts. 14 y 24 CE.

Téngase presente que el Tribunal Constitucional, en su conocida STC (Sala Primera) 7/1994, de 17 de enero [Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (*R.A.T.C.* 7; *B.O.E.* de 17 de febrero)], relativa a la trascendencia de la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación, se apoya constantemente en el art. 39 CE para fundamentar su decisión. La cuestión es relevante, dada la ubicación (y consiguiente protección constitucional: *cf.* art. 53 CE) de ese precepto entre los "[p]rincipios rectores de la política social y económica", recogidos en el Capítulo III del Título I, y dado que se enfrenta a derechos, como la integridad física (art. 15 CE) y la intimidad de la persona (art. 18 CE), contenidos en la Sección 1<sup>a</sup> del Capítulo II del Título I. La explicación a este proceder no puede despacharse diciendo que, en realidad, así se da sentido a lo dispuesto en los arts. 14 o 24 CE o algún otro derecho de más etéreo contenido, como el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). El tema, a nuestro juicio, merecía un desarrollo más completo.

(24) Según J. FERRANDIS VILELLA, "la reforma del Código civil va más lejos que el texto constitucional. Aquí ya no se trata de mantener 'clases' de filiación a las que se atribuirán derechos iguales (no discriminación) sino de eliminar la distinción misma entre filiaciones. El art. 108 (versión actual) no deja lugar a dudas (...) Propiamente el art. 108 no distingue clases o tipos de filiación; lo que hace es diferenciar entre varios 'modos de determinación' de la filiación. Actualmente sólo existe 'una' filiación, que 'puede tener lugar por naturaleza y por adopción'" ("*Reflexiones sobre la Reforma del régimen de la filiación*". En particular, la inserción del hijo no matrimonial en la familia del progenitor", *La Ley*, 1988, vol. 2, p. 1100).

Acaso inadvertidamente, con la anterior afirmación ya se está poniendo de manifiesto que el alcance de esa tendencia igualadora mantiene ciertos ámbitos en los que no opera. Obsérvese que la declaración igualadora se plantea desde el punto de vista de los efectos de la filiación (25), pero, curiosamente, la tendencia a la igualdad ha tenido una incidencia muy inferior en el plano de su determinación (26).

Nada hay que objetar a que los mecanismos que permitan constituir una filiación por adopción sean distintos a los medios que contribuyen al establecimiento de la filiación por naturaleza (27). Pero nues-

---

(25) Como más ampliamente expone F. BLASCO GASCÓ [“La filiación”, en AA.VV., *Derecho de Familia*, V.L. Montés y E. Roca (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, 2ª ed., p. 356]: “si se entiende que el principio de igualdad afecta al momento preliminar de la determinación de (los criterios de) la filiación, habrá que concluir que no caben clases de filiación. Sin embargo, a bien observar, la esencia de la norma contenida en el art. 39.2 CE no se halla en las clases de filiación sino en el principio de igualdad de los hijos. Más aún, asentado el citado principio, la expresión ‘independientemente de su filiación’ parece, en principio, innecesaria: si los hijos son iguales, lo son con independencia de cualquier condición o situación personal, propia de sus progenitores. La expresión comentada parece más bien una respuesta (o reacción frente) a la regulación jurídica anterior a la Constitución, en la que se podía verificar una discriminación de los hijos por causa de su filiación. Por otro lado, el legislador constituyente no determina los tipos o clases de filiación, ni siquiera su contenido. Se ciñe a colocar un límite, a señalar que, sean las que fueren las clases de filiación, los hijos no pueden ser discriminados. Ello supone, por lo demás, una consideración global del hijo como persona, acorde con la dignidad que le es propia, el libre desarrollo de su personalidad y los derechos que le son inviolables, tal como proclama el art. 10 CE”.

(26) Con rotundidad lo expresa la RDGRN de 31 de diciembre de 1994 (R.A.J. 1549), al rechazar la pretensión de los padres adoptivos de que se cancelasen los datos referidos a la madre biológica: “[l]a igualdad constitucional de todos los españoles ante la ley y el principio de equiparación entre la filiación adoptiva y la filiación por naturaleza no pueden acarrear la consecuencia, a todas luces excesiva, de que las modalidades de la constitución de diferentes clases de filiación hayan de ser idénticas. Precisamente la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad no se compaginan con las pretensiones deducidas, que equivaldrían a que el Registro consagrara una falsedad en cuanto a la verdadera filiación por naturaleza del adoptado e impedirían o, al menos, dificultarían extraordinariamente el derecho del adoptado a conocer su origen. Además, tales pretensiones harían imposible el conocimiento de los impedimentos matrimoniales por parentesco natural, que subsisten pese a la ruptura de vínculos jurídicos con la familia anterior (cfr. art. 178.3 CC)”. Para el planteamiento actual de la Dirección General, *vid.* Instrucción de 15 de febrero de 1999.

(27) La noción de “filiación por naturaleza” se opone hoy a la categoría de “filiación por adopción”. Más adecuado parecería hablar de “hijos biológicos” o “hijos naturales”, pero esta última expresión no se emplea para evitar la confusión con los esquemas del Código civil de 1889. La incidencia de las técnicas de reproducción asistida y su reconducción al sistema del Código civil vigente puede acrecentar las dificultades terminológicas y expresivas.

tro legislador de 1981 ha llevado la distinción relativa a la determinación de la filiación por naturaleza más lejos y no sólo ha mantenido la tradicional diferenciación entre las formas de establecimiento de la filiación matrimonial y de la no matrimonial, sino que ha profundizado en algunas de sus diferencias (28). En el plano extrajudicial, destaca, por un lado, la aplicación de la presunción de paternidad marital con carácter exclusivo en el ámbito de la filiación matrimonial (*cf.* art. 116 CC). A pesar de los diferentes proyectos normativos referidos a la regulación de las uniones de hecho (29), no existe ninguna pretensión de formular una presunción de paternidad similar a la prevista con

---

(28) La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio era plenamente consciente de esa circunstancia: “dos son, en esencia, los problemas que ha de resolver el Derecho, en relación con el hecho de la filiación. Uno, el de su determinación legal, que debe ajustarse a reglas estrictas por tratarse de un hecho que, como todos los que afectan al estado civil, tiene efectos generales. Otro, el de sus efectos en orden al propio hijo y a la familia del progenitor. Pues bien, se ha entendido en la actual reforma que la circunstancia de que la filiación se produzca dentro o fuera del matrimonio es, como regla, irrelevante en relación con el segundo problema —el de sus efectos—, pero es importante para regular la primera cuestión —la determinación legal de aquélla. Por eso, el nuevo texto ya no habla de hijos legítimos ni de ilegítimos, naturales o no naturales, sino que refleja todo el hecho de su concepción dentro o fuera del matrimonio, reconociendo a todos su condición de hijos por naturaleza, como contrapuestos a los de adopción, y respetando, en cuanto a los efectos de su filiación, el principio de igualdad ante la ley, con vigencia dentro y fuera de la familia. En cambio, 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”.

(29) Y algunas realidades, como la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de Uniones estables de pareja; o la Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas estables no casadas.

Evidentemente, puede considerarse más adecuado desde el punto de vista de la técnica legislativa, regular en un único texto o ámbito todas las cuestiones relativas a la determinación de la filiación (por ejemplo, los arts. 108 a 141 CC; o la Ley catalana 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones, ahora incluida en el *Codi de Família*: Ley catalana 9/1998, de 15 de julio). Pero ello significaría, de obrar consecuentemente, que otros efectos de la existencia de una unión de hecho, como los sucesorios o los alimenticios, debieran excluirse de la regulación autónoma de esa situación, para incorporarse a la normativa sobre sucesiones o sobre alimentos.

Las presunciones de paternidad no matrimonial que prevé el art. 94 del *Codi de Família* no tienen con carácter autónomo eficacia determinadora de la paternidad, como se deduce de su omisión en el art. 93 del mismo cuerpo legal.

relación al matrimonio (30). Por otro lado, llama la atención el nulo esfuerzo unificador llevado a cabo por el legislador respecto a la eficacia determinante del reconocimiento de paternidad/maternidad, que se regula en forma distinta en función del carácter matrimonial o no de la filiación (*cf.* arts. 118, 119 y 120 CC) (31). No cabe duda de que la existencia de matrimonio entre los (eventuales) padres es un factor a ponderar, pero ¿son razonables y objetivas las diferencias formuladas, sobre todo en el ámbito de la eficacia del reconocimiento?

Un discurso similar, y con mayor fundamentación constitucional, gracias al art. 24 CE, puede efectuarse por lo que respecta a la determinación judicial de la filiación matrimonial y no matrimonial. Por limitarnos a poner algunos ejemplos significativos, ¿es razonable que el padre no casado con la madre, si no existe posesión de estado, no pueda reclamar su paternidad, a diferencia de lo que ocurre con el marido de la madre (*cf.* arts. 132 y 133 CC)? (32). La regulación de la

---

(30) Ello no habría de suponer una igualación entre todos los hijos no matrimoniales y los matrimoniales, sino simplemente entre los matrimoniales y aquellos no matrimoniales cuyos padres estuvieran unidos por una relación de afectividad análoga a la conyugal. Sería insensato tratar de conseguir una equiparación con los casos en que la cohabitación fecunda no se enmarca en el ámbito de una relación estable de pareja (sea o no matrimonial). La dificultad de prueba de esa cohabitación (más o menos) aislada aconseja que su tratamiento sea eminentemente judicial, dada la carencia de analogía en cuanto a la convivencia, fundamento de la presunción de paternidad.

(31) Resulta esclarecedora la opinión de L. Díez-Picazo y A. Gullón: “[l]a Reforma de 1981 ha seguido considerando el reconocimiento como un modo de determinación específico de la filiación no matrimonial cuando lo lógico es que se extendiera también a la filiación matrimonial dado que, como hemos dicho reiteradas veces, la base de la Reforma ha sido la igualdad entre las filiaciones. Debería haberse regulado unitariamente, porque a pesar de las expresiones literales del art. 120.1º, el Código civil no rechaza el reconocimiento de la filiación matrimonial (...) No debe buscarse la diferencia en la necesidad de unos requisitos materiales y formales más benignos para el reconocimiento de la filiación matrimonial, pues carece de toda justificación la diferencia de trato. Sustancialmente, tanto en aquel reconocimiento como el de la filiación no matrimonial no hay más que la constatación voluntaria de la relación de filiación del reconecedor con el hijo” (*Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1986, 3ª ed., 2ª reimp., pp. 328-329). Estos mismos autores, en una edición posterior (*Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 1997, 7ª ed., pp. 250-251), mantienen que “[e]l legislador reformista [de 1981] ha sido en este punto [equiparación en los modos de establecimiento de la relación de filiación] conservador y ha establecido una distinción entre filiación matrimonial y extramatrimonial, seguramente porque construir un sistema de fijación de las filiaciones sin realizar ninguna alusión al matrimonio o no matrimonio de los padres es enormemente difícil y, probablemente, desconocedor de la naturaleza de las cosas, pues es claro que, en una proporción muy alta, en nuestra cultura los hijos se procrean en el matrimonio y son hijos de los cónyuges”.

(32) Acaso pueda pensarse que ése es el precio a pagar por la flexibilización de la determinación a través del reconocimiento. Problema distinto es la reclamación de paternidad no matrimonial, combinada con una impugnación de la paternidad marital (*cf.* art. 134 CC).

impugnación de la paternidad, dejando a un lado la intervención del hijo y de la madre, resulta absolutamente sorprendente: ¿por qué el marido ve limitadas sus posibilidades de impugnar la paternidad a un plazo anual desde la inscripción del nacimiento en el Registro civil o desde su conocimiento, con independencia de la existencia de posesión de estado (*cf.* art. 136 CC) y, en cambio, la impugnación de la paternidad no marital se abre a cualquier perjudicado (y sin limitación temporal) si no hay posesión de estado, y si hay posesión de estado el progenitor (y los afectados en su condición de herederos forzosos) dispone de un plazo no anual, sino cuatrienal (*cf.* art. 140 CC)? ¿Cuál es la fundamentación objetiva y razonable de esa clamorosa distinción? (33).

---

(33) Desde el punto de vista de las enormes restricciones al ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad marital, la cuestión ha sido analizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y nuestro Tribunal Supremo y merece la pena dejar constancia de sus oscilantes pronunciamientos (para la transcendencia interna de aquellas Sentencias, *vid.* C. RUIZ MIGUEL, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cívitas, Madrid, 1994, pp. 17-32).

El Caso Rasmussen contra Dinamarca [STEDH de 28 de diciembre de 1984 (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1985, n° 56, pp. 1513-1525)] tiene como objeto principal el análisis de los límites impuestos a la impugnación de la paternidad marital.

Per K. Rasmussen, ciudadano danés, se casó en 1966; de su matrimonio nacieron dos hijos, un niño en 1966 y una niña en 1971. Incluso antes del nacimiento de esta última tuvo dudas sobre su paternidad, aunque no llevó a cabo ninguna acción legal con el fin de preservar su matrimonio. En 1973, el matrimonio se separó legalmente. La madre obtuvo la custodia de los hijos, debiendo pasar el padre una pensión alimentaria. En 1975 el Sr. Rasmussen solicitó asistencia judicial para investigar la paternidad de la niña. Sin embargo, poco después desestimó su pretensión, como consecuencia del acuerdo al que llegó con su esposa, por el cual ésta renunciaba a la pensión de alimentos y él a investigar la paternidad. Los Sres. Rasmussen obtuvieron el divorcio legal, en el cual se obligaba al padre a pasar la pensión de alimentos. En 1976, su ex esposa solicitó de nuevo la pensión, la cual le fue concedida. Desde entonces el Sr. Rasmussen pagó regularmente los alimentos. En este momento fue cuando el demandante solicitó a los Tribunales auxilio judicial para presentar fuera de plazo una demanda de investigación de la paternidad. Los Tribunales daneses desestimaron su pretensión.

Según la jurisprudencia y la doctrina danesas, un marido no tenía derecho a denegar la paternidad de un hijo nacido en el matrimonio si, sabiendo que su mujer había mantenido relaciones sexuales con un tercero durante el período de concepción, él había reconocido su paternidad de forma expresa o tácita después del nacimiento (doctrina del reconocimiento). La normativa posterior (de 1960) estableció que el marido podía ejercer la acción de investigación de la paternidad dentro de los doce meses siguientes a que tuviera conocimiento de las circunstancias que pudieran justificar su investigación, y en un máximo de cinco años desde el nacimiento del niño (limitado a tres años por una reforma de 1982). También se preveía la posibilidad de que los Tribunales pudieran autorizar una acción de esta naturaleza, aun cuando hubiera expirado el plazo y cuando se cumplieran determinadas condiciones.

Se alega una violación del art. 14 del Convenio de Roma, en relación con los arts. 6 y 8 del mismo, ya que la ex mujer del Sr. Rasmussen podía solicitar una investigación de la paternidad sin sujeción a plazo, mientras que al marido se le negaba este derecho.

Basten las anteriores indicaciones para desmentir cualquier asomo de absoluta y radical equiparación entre las filiaciones. No cabe contraargumentar en el sentido de diferenciar entre efectos y determinación

El Gobierno danés defendió que la existencia de un diferente tratamiento al marido y a su esposa tenía una justificación objetiva y razonable: a) los intereses del marido y de la mujer en una acción de investigación de paternidad son diferentes, coincidiendo éstos últimos, por lo general, con los del niño, al que, por otra parte, se considera conveniente proteger; b) los plazos de ejercicio de la acción evitan que el marido pueda utilizarla como amenaza contra la madre, a fin de librarse de su obligación de dar la pensión alimentaria; c) hay que tener en cuenta el contexto social y económico que reinaba en el país y en la época, cuya legislación se cuestiona.

La Comisión entiende que únicamente el deseo de evitar que una nueva acción de investigación de la paternidad años después del nacimiento colocara al niño en una situación más desfavorable podía justificar la diferencia de trato. Sin embargo en su opinión, faltaría una relación razonable de proporcionalidad entre el medio empleado —la institución de plazos sólo respecto al marido— y el fin así perseguido, pues se habría podido alcanzar éste último con la doctrina del reconocimiento.

Con fundamento en la inexistencia de un denominador común a los sistemas jurídicos de los Estados contratantes en relación a las acciones de investigación de la paternidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la legislación danesa no vulnera el margen de apreciación concedido por el Convenio a cada Estado, ni por tanto se ha transgredido el principio de proporcionalidad.

La solución del Caso Rasmussen contrasta con la más reciente doctrina del Caso Kroon y otros contra Países Bajos [STEDH de 27 de octubre de 1994 (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1997, n° 191, pp. 83-86) (extracto)].

La Sra. Kroon contrajo matrimonio con el Sr. M. en 1979. Posteriormente éste desapareció y su paradero se desconoce actualmente. La Sra. Kroon inició con el Sr. Zerrouk una relación estable de la que nació en octubre de 1987 su hijo Samir. La interesada permaneció legalmente casada con el Sr. M. hasta la disolución del matrimonio por divorcio en julio de 1988. El oficial del estado civil rechazó un recurso que perseguía permitir que la Sra. Kroon declarase que el Sr. M. no era el padre de Samir y así obtener el reconocimiento de la realidad biológica. Los Tribunales holandeses confirmaron aquella decisión.

Los demandantes alegaban la vulneración de los arts. 8 y 14 del Convenio de Roma, puesto que, según el Derecho holandés, no podían obtener el reconocimiento de la paternidad del Sr. Zerrouk: mientras un hombre casado podía no reconocer su paternidad respecto de un hijo de su esposa, una mujer casada no podía actuar de la misma manera.

El Tribunal considera que la relación entre la Sra. Kroon y el Sr. Zerrouk supone un vínculo familiar *de facto* y que un niño nacido de esa relación se inserta de pleno derecho en esa "célula familiar" desde su nacimiento y por el hecho de la propia relación. Por ello, a la situación le es aplicable el concepto de "vida familiar" del art. 8 del Convenio.

Según los principios que se extraen de la jurisprudencia del Tribunal, allí donde la existencia de un vínculo familiar con un hijo está establecida, el Estado debe actuar de manera que permita a este vínculo desarrollarse, y hay que conceder una protección jurídica que haga posible, desde el nacimiento o desde que sea realizable después, la integración del niño en su familia.

El Tribunal considera que pesa sobre las autoridades competentes una obligación positiva de autorizar tan rápidamente como sea posible el establecimiento de vínculos

de la filiación, puesto que un particular planteamiento en el ámbito de la determinación puede ahogar casi por completo la más amplia tendencia unificadora en el plano de los efectos. Piénsese, por ejemplo, en

---

familiares legales completos entre el Sr. Zerrouk y su hijo, ya que su relación puede calificarse de relación familiar. El Tribunal desecha las soluciones alternativas propuestas por el Gobierno de los Países Bajos (adopción de Samir por la Sra. Kroon y el Sr. Zerrouk; o una autoridad parental conjunta). Según el Tribunal, el “respeto” de la “vida familiar” exige que la realidad biológica y social prevalezca sobre una presunción legal cuando choque de frente tanto con los hechos establecidos como con los deseos de las personas implicadas, sin realmente beneficiar a nadie. En consecuencia, por siete votos a favor y dos en contra, el Tribunal entiende, con dos opiniones disconformes, que, aun teniendo en cuenta el margen de apreciación del que gozan, los Países Bajos han infringido el art. 8 del Convenio al no garantizar a los demandantes el “respeto” de su “vida familiar”.

El más reciente planteamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contrasta profundamente con la regulación que nuestro Código civil ofrece de las acciones de impugnación y con las decisiones de nuestros Tribunales. Mucho más razonable es el planteamiento del art. 106.1 del *Codi de Família* (Ley catalana 9/1998, de 15 de julio). Como muestra jurisprudencial significativa, piénsese en la STS de 31 de diciembre de 1998 [Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (R.A.J. 9776)], según la cual “habida cuenta la taxatividad del citado art. 136 CC, no cabe duda de que el marido sólo podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año, contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil —salvo que ignore el nacimiento— por lo que es evidente, que ejercitada esta acción, con casi más de veinte años desde que se produjo dicha inscripción, habrá de mantenerse el recto razonamiento de la sentencia dictada” que desestimó la demanda por caducidad de la acción.

También es de interés recordar la STS de 20 de junio de 1996 [Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa (R.A.J. 5104)] que desestima la acción impugnatoria de paternidad de un marido respecto a los cuatro hijos de su esposa presentada en 1990 (el matrimonio se había celebrado en 1969; los hijos habían nacido en 1973, 1977, 1981 y 1984; en 1986 el matrimonio se separó judicialmente y en 1988 se divorció). Las pruebas biológicas no pudieron efectuarse, fundamentalmente por la negativa de la madre. El Tribunal Supremo considera que la acción del art. 136 CC “se encuentra condicionada a su ejercicio dentro del plazo señalado en dicho precepto —un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil— plazo que es de caducidad por razones obvias de seguridad jurídica en las relaciones paterno-filiales, y es por eso, por lo que en la meritada sentencia se estimó sobradamente transcurrido el plazo en cuestión al momento de entablarse la demanda, debido a que el hijo menor tenía ya cinco años y dieciséis el mayor, habiendo sido inscritos desde su nacimiento”.

Consideramos que la doctrina de la STC (Pleno) 54/1994, de 24 de febrero [Ponente: Excmo. Sr. D. Eugenio Díaz Eimil (R.A.T.C. 54; B.O.E. de 17 de marzo)] no resulta absolutamente trasladable a los conflictos en materia de filiación. Como es conocido, en esa Sentencia, el Tribunal Constitucional se planteó la constitucionalidad del art. 1524 CC y del plazo de nueve días para el ejercicio del retracto legal desde la inscripción en el Registro de la Propiedad, y, en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta. La presunta vulneración del art. 24 CE (pues la forma de computar ese plazo puede convertir en ilusorio el derecho de retracto o convertirlo en la práctica de imposible ejercicio) no se produce, según el Tribunal Cons-



un sistema que proclame la radical igualdad de todos los hijos, pero que, a continuación, establezca enormes cortapisas para la determinación de la paternidad de los nacidos fuera del matrimonio. A la inversa,

---

titucional, puesto que "el derecho de retracto regulado en los arts. 1521 y ss. CC es un derecho de carácter sustantivo. Y el plazo que para el ejercicio de ese derecho se prevé en el art. 1524 CC es también (...) un plazo sustantivo, no procesal: es, en efecto, un plazo para el ejercicio de un derecho, pero en modo alguno tiene relación con el acceso a los órganos jurisdiccionales a los efectos de obtener una resolución judicial motivada. De todo ello se desprende con claridad que ninguna relación existe entre el derecho a la tutela judicial efectiva, que es típicamente un derecho al proceso y en el proceso, y el precepto controvertido, que regula un derecho preferente a adquirir la propiedad en determinados supuestos. Este derecho es de creación legal y el legislador puede regularlo con la amplitud o restricción que considera más apropiada a la efectividad de los intereses en atención a los cuales lo crea, dentro, claro está, de los límites que establece la Constitución".

Esta doctrina no puede aplicarse por cuanto entendemos que no pueden situarse en el mismo plano el ejercicio de un derecho de contenido patrimonial, como es el retracto, y un derecho que, aunque con implicaciones ulteriores patrimoniales, sitúa en primer término una cuestión, como es el establecimiento de la paternidad (o su negación) que afecta a diversos derechos fundamentales de toda persona.

Una solución distinta a un supuesto extraordinariamente similar (aunque calificado posteriormente como diferente por el propio Tribunal Supremo) es la que se recoge en la STS de 30 de enero de 1993 [Ponente: Excmo Sr. D. Rafael Casares Córdoba (R.A.J. 353)], donde se confirmó la estimación de la impugnación de la paternidad frente al recurso del Ministerio Fiscal: "[l]a conclusión a que por rigurosa observancia de esta norma del art. 136 CC aisladamente considerado, se llega, pidiendo la desestimación de la acción entablada por el marido, cuya paternidad está, sin asomo de duda absolutamente descartada, ofrece serios visos de contradicción a los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981, en su patente tendencia a que en materia de estado civil prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial, como proclama la misma Ley de Reforma y deja constancia el art. 127 CC, al admitir toda clase de prueba en los juicios sobre filiación que puedan desvanecer las situaciones presuntas, entre ellas la del art. 116 CC que da pie, como mera presunción, a la posibilidad impugnatoria puesta en juego por el marido, acreedor, en este caso, de una particular atención, puesto que no hay indicio alguno que permita poner a su cargo la más mínima demora ni mucho menos dejación de su decisión impugnatoria, tan pronto pudo entever la verdad en su relación paterna, poniendo seguidamente en marcha, inmediatamente de tener mera sospecha, la decisiva investigación biológica que estableció, fuera de toda duda, la negativa de su condición paterna, consideraciones que, en principio, militan en pro del rechazo del recurso y confirmación de la sentencia de apelación, declarando a los fines confirmatorios de lo resuelto en la instancia, su ajuste a derecho, una vez patente que la Reforma de 1981 tuvo como uno de sus presupuestos asentar la filiación sobre la verdad biológica, y desvanecida la presunción del art. 116 CC, no sólo por su acomodo al sentido que en la normativa del Código, informa la filiación como condición personal definida, de una parte, por el hecho veraz de ser hijo y, de otra, por el de ser verdadero progenitor, sino en consideración, a estos fines mucho más trascendente, de su ajuste a la normativa constitucional en la que, luego que el art. 39 CE asegura la protección integral de los hijos, protección que clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la

un sistema absolutamente permisivo en cuanto al establecimiento de la filiación puede no corresponder con la equiparación de efectos entre las filiaciones así establecidas. Ejemplos históricos de esos sistemas pueden

potestad sobre ellos a quien no es su progenitor, ha consagrado la amplia investigación de paternidad sin someter tal facultad a limitaciones que, contra la realidad y la voluntad del interesado expresada sin detenimiento ni vacilación, en cuanto tuvo oportunidad de ello, conllevaría ante el desconocimiento por el marido de cualquier circunstancia que le permitiera impugnar la determinación registral, un efecto de indefensión vedado por el art. 24 CE. La hiriente discordancia, según acertada y sincera expresión del representante del Ministerio Fiscal, entre la solución que en el recurso se postula y la realidad investigada y acreditada desde todas las perspectivas incluida la del interés, tanto del hijo a la verdad biológica como de la esposa, manifestando allanándose a la pretensión del marido, amén de la paz familiar, tan frecuentemente invocada en pro de mantener, pasado un cierto tiempo, la situación paterno-filial creada con la presunción legal de paternidad, abonan en el supuesto contemplado la impugnación, ya que la tan deseada pacificación en modo alguno puede ser conseguida desde un formalismo, sustentado sobre una actuación fraudulenta y como tal art. 6.4 CC contraria, desde su origen, a Derecho, cuyas normas se resisten a ser aplicadas produciendo un efecto de indefensión constitucionalmente vedado, y con olvido de la investigación de paternidad también constitucionalmente admitida sin limitaciones en sí ni en unas consecuencias, que imperativos de culto a la verdad y equidad y al espíritu y finalidad que han de inspirar la aplicación de las normas (art. 3.1 y 2 CC) impiden desconocer, desde aquel art. 39.2 CE, ignorado si es que se concluyese en la prevalencia de la presunción *pater is est*, pese a que no se corresponde con la realidad”.

En la doctrina constitucional, debe citarse el ATC (Sala Primera, Sección Segunda) 276/1996, de 2 de octubre. Se había planteado una acción mixta de impugnación de la paternidad marital y de reclamación de la paternidad no matrimonial (art. 134 CC). El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Alicante desestimaron la pretensión del presunto progenitor biológico, pero el Tribunal Supremo [STS de 28 de noviembre de 1995, Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete (*Act.C.*, 1996, 146)] estimó el recurso de casación, valorando los escasos indicios probatorios aportados y, fundamentalmente, la negativa del matrimonio a la práctica de las pruebas biológicas.

El Tribunal Constitucional inadmite el recurso de amparo de los demandados: “no cabe compartir el juicio [de los recurrentes] de que por principio no se persiga el interés del hijo al posibilitar la investigación de la paternidad en supuestos como el de autos, pues ello sería tanto como dar por supuesto que al declarar respecto del hijo una filiación extramatrimonial se le está haciendo de peor condición que si se le mantiene su filiación matrimonial, lo que iría en contra del principio constitucional según el cual los hijos son iguales ante la ley con independencia de su filiación (...) [E]l supuesto aquí enjuiciado no es en absoluto comparable al de la STC 7/1994. Allí se consideró causante de indefensión el desplazar completamente la carga de la prueba sobre quien no opone ningún obstáculo para su práctica, mientras que aquí, quienes alegan indefensión son, por el contrario, quienes con su actitud no han permitido que la prueba se practicara, por lo que, en todo caso, si alguna indefensión han padecido es imputable a su conducta”.

Más recientemente, la STC (Pleno) 116/1999, de 17 de junio [Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo García Manzano (*L.L.* 8358; *B.O.E.* de 8 de julio)] ha analizado la constitucionalidad de la disociación entre paternidad biológica y paternidad jurídica y el anonimato del donante que consagra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de

verificarse y demuestran la necesidad de tener presente tanto el plano de la determinación como el de los efectos de la filiación (34).

Una proclamación como la contenida en la frase final del art. 39.2 CE relativa a que “[l]a ley posibilitará la investigación de la paternidad” sólo se explica en un contexto previo en el que el ordenamiento establecía fuertes limitaciones a esa investigación, tanto para la filiación matrimonial como para la no matrimonial. Se trata, pues, de una previsión directamente encaminada a una cuestión propia de la determinación de la filiación (35). En cambio, nada implica, en sí misma

---

reproducción asistida. En lo que ahora interesa, según el Tribunal Constitucional, apoyándose (en forma dudosa, a nuestro juicio) en algunas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la identificación entre familia natural y familia jurídica “carece de todo respaldo constitucional”, como prueba que “los hijos adoptivos se integren y constituyan una familia, aunque sus padres legales no se correspondan con los biológicos (...) No existe, por lo tanto, una obligada correspondencia entre las relaciones paternofiliales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación (...) Es por ello perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal que sirve de fundamento a ciertas reglas contenidas fundamentalmente en los arts. 8 y 9 de la Ley”. También afirma el Tribunal Constitucional que el secreto en la identidad del donante no es contrario a la previsión constitucional de la investigación de la paternidad: “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 y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor”. El Tribunal estima que las causas por las que la Ley garantiza ese anonimato son razonables y no se ocasiona a los hijos un perjuicio de entidad suficiente para considerar que se les despretege.

(34) Como decía Demófilo de Buen, en el Preámbulo del Anteproyecto republicano de Ley de investigación de la paternidad, “legislar sobre investigación de la paternidad, sin entrar al propio tiempo en el tema de los derechos de los hijos habidos fuera de matrimonio, hubiera sido producir una obra legislativa donde, prevenido lo adjetivo, faltaría lo principal. La investigación de la paternidad no persigue otro objeto más que el de obtener derechos determinados; al no puntualizar los derechos de la misma derivados, se hará una regulación incompleta” (COMISIÓN JURÍDICA ASESORA, *Anteproyectos de Ley e Informes presentados al Gobierno por la Comisión Jurídica Asesora*, s.e., Madrid, 1933, p. 65).

(35) En la STC (Sala Primera) 7/1994, de 17 de enero [Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (R.A.T.C. 7; B.O.E. de 17 de febrero)], que analiza la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas en los procesos de filiación, se afirma que “[l]a 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, como ha destacado la doctrina del Tribunal Supremo. Así pues, las resoluciones judiciales que disponen la investigación de la filiación sirven directamente fines constitucionales; 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”.

considerada, acerca de las consecuencias de esa investigación. Proviene de otras referencias constitucionales (arts. 39.2, primera frase, y 14 CE) la equiparación en el plano de los efectos entre las distintas clases de filiación.

Sentado lo anterior pueden extrañar aún menos las diferencias normativas que se constatan en otros supuestos como son los casos de filiación con intervención de técnicas de reproducción asistida. En la Ley 35/1988, de 11 de noviembre, de Técnicas de reproducción asistida se aprecia un esfuerzo por tratar de acomodar (con escasa claridad y precisión) esos nuevos supuestos a los esquemas previstos en el Código civil para la filiación por naturaleza. En efecto, el art. 7.1 LTRA establece que “[l]a filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo”. Por ello, pueden explicarse la no referencia al criterio de imputación de la paternidad al marido de la madre, la alusión para el varón no casado al escrito indubitado del art. 49 LRC (*cf.* art. 8.2 LTRA) o la utilización del parto como criterio de imputación de la maternidad (*cf.* art. 10.2 LTRA). Mas, aunque ahora sea una cuestión puramente hipotética, ¿hubiera sido absolutamente descabellado que nuestro legislador hubiera preferido aproximar con carácter general el establecimiento de la paternidad en caso de técnicas de reproducción asistida a un modelo basado en el reconocimiento, dada la preponderancia que asume en estos supuestos la voluntad de los interesados? ¿Podría, dando un paso más, haberse acudido a un modelo más desvinculado de la (probable) procedencia del material genético y más preocupado de la voluntad, cual es la adopción?

Lo que es evidente, con independencia de las preferencias personales de cualquier intérprete, es que en la medida que el resultado de la utilización de esas técnicas de reproducción asistida es el establecimiento de una relación de filiación (por naturaleza o por adopción; por presunción legal o por reconocimiento) los nacidos gozarán de los mismos efectos que cualquier otro hijo. En nuestro sistema actual, el resultado de esas técnicas es una filiación (por naturaleza) matrimonial o no matrimonial.

## *2. El contenido histórico de la relación de adopción*

El grado de equiparación entre la filiación por naturaleza y la filiación por adopción es una cuestión que no siempre ha merecido la misma solu-

ción. Un factor que ha contribuido en buena medida a la existencia de una situación no igualitaria se encuentra, sin ninguna duda, en las propias diferencias que en lo que ahora conocemos como filiación por naturaleza consagraban los textos preconstitucionales. En efecto, la pretensión de equiparar la adopción con la filiación por naturaleza planteaba históricamente el problema de determinar a qué tipo de filiación debía aproximarse la adopción. Es más: una vez afirmada la posibilidad de distinguir entre las distintas clases de filiación no matrimonial, no existía necesidad alguna de procurar a los hijos adoptivos lo que no correspondía a todos los hijos por naturaleza. Si a ello se añade la existencia histórica de distintos tipos de adopción, se comprende sin dificultad que la adopción recibiera un tratamiento específico en el ámbito del Código civil.

Una buena prueba de la valoración que merecía la adopción para el legislador se encuentra en parte de la base 5ª del art. 8º de la Ley de 11 de mayo de 1888:

“Se autorizará también la adopción por escritura pública, y con autorización judicial, fijándose las condiciones de edad, consentimiento y prohibiciones que se juzguen bastantes a prevenir los inconvenientes que el abuso de ese derecho pudiera traer consigo para la organización natural de la familia” (36).

Con estos inicios tan poco propicios no es de extrañar que la institución de la adopción sea una de las materias que mayor número de reformas ha sufrido de todas las que contiene el Código civil. Algunas de esas modificaciones han sido de escasa trascendencia, como las que recientemente se han ocupado de corregir los problemas derivados de la adopción internacional (37), pero otras han significado un importante cambio en la configuración de la institución, tratando de perfilar sus caracteres en el seno del Derecho de la persona y de la familia y de responder a las exigencias sociales imperantes. Brevemente, y a los efectos que ahora interesa, conviene destacar los siguientes hitos (38).

(36) Para una efectiva descripción del estado de la cuestión durante el proceso codificador español, *vid.* J.J. HUALDE SÁNCHEZ, “De la adopción”, en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil. Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador), Tecnos, Madrid, 1993, pp. 126-129.

(37) *Cfr.*, por ejemplo, Ley 18/1999, de 18 de mayo, de modificación del art. 9.5 del Código civil.

(38) Sintetizamos la exposición de J.J. HUALDE SÁNCHEZ, “De la adopción”, en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil. Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador), Tecnos, Madrid, 1993, pp. 119-138; y M.Á. PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Cívitas, Madrid, 1989, pp. 13-59; y “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1991”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1991, nº 26, abril-agosto, pp. 620-625.

a) En su redacción originaria, el Código civil ofrece una configuración unitaria de la adopción, distinguiendo dos tipos de consecuencias:

- *ope legis*, la adopción supone la atribución al adoptante de la patria potestad del adoptado menor de edad (art. 154.II CC) y un derecho de alimentos a favor del adoptado, con ciertas limitaciones (art. 176 CC).
- por compromiso asumido en la escritura de adopción, genera un derecho del adoptado a los apellidos y a la sucesión del adoptante (arts. 175 y 177 CC).

De ello resulta que, en 1889, la adopción sólo implica un *status filii*, de contenido básicamente personal entre el adoptante y el adoptado, sin que suponga la pérdida del adoptado del *status familiae* (de contenido patrimonial) respecto a su familia biológica (39).

b) El criterio originario del Código civil no tarda en demostrar sus carencias y su falta de adecuación a las exigencias de la sociedad. La Reforma operada por la Ley de 24 de abril de 1958 responde a un cambio profundo en el planteamiento de la institución y comienza una evolución en un sentido determinado al cual se acomodan las modificaciones posteriores. Se pasa de un planteamiento donde la finalidad esencial de la adopción es satisfacer las ansias de paternidad de los adoptantes a otro donde predomina la protección, personal y familiar, a ciertos menores que la requieren. La mutación puede fácilmente expresarse: del adoptante al adoptado (40). La articulación jurídico-privada de este cambio pasa por una intensificación de las relaciones entre adoptante (y su familia) y adoptado y por una reducción de los vínculos entre adoptado y su familia biológica, que supera la concepción de la adopción como mero *status filii* para llegar finalmente a un auténtico *status familiae*.

La Exposición de Motivos de la Ley de 1958 demuestra claramente el alcance de ese primer paso en la tendencia descrita:

---

(39) En opinión de J.J. HUALDE SÁNCHEZ [“De la adopción”, en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil. Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador), Tecnos, Madrid, 1993, p. 130], “aunque la adopción sometía al adoptado a la patria potestad del adoptante, no podía hablarse (de hecho, el Código no lo hacía) de filiación adoptiva”.

(40) En este sentido, M.Á. PÉREZ ÁLVAREZ, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1991”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1991, nº 26, abril-agosto, p. 621.

“El Código civil, influido por las tendencias entonces dominantes, concibió la adopción con perfiles y efectos muy estrechos. Situó a los adoptados entre dos círculos parentales, sin adscripción clara a ninguno de ellos. Esta insuficiencia de la hasta ahora vigente ordenación legal se muestra más acusada ante la muy frecuente adopción de expósitos, donde, al fallar los vínculos afectivos propios de la generación, se acrecientan los derivados de la convivencia entre adoptante y adoptado, siempre expuestos al riesgo de que la familia natural, invocando pretendidos derechos cuyos deberes correlativos no afrontó, rompa los afectos nacidos de la adopción y arranque al adoptado del ambiente familiar y social en que se formó (...) La [adopción] plena se reserva exclusivamente a los abandonados y expósitos. Cuestión especial se ha hecho de tal terminología, sin echar en olvido que habrá de tener en los primeros momentos los inconvenientes de la novedad. Pero otros términos como ‘acogimiento’, ‘afiliación’, ‘prohijamiento’, tienen su propio significado, y su empleo para la adopción podría resultar perturbador (...) El vínculo que se establece entre adoptante y adoptado había de tener su repercusión en la regulación de las instituciones de protección en que tanta trascendencia tiene la relación paterno filial; en el texto queda debidamente precisado que el adoptante respecto del adoptado y éste respecto de aquél tienen los deberes y derechos que recíprocamente tienen los padres y los hijos, con lo cual, en un punto más, queda establecida la debida analogía entre la relación de filiación adoptiva y la establecida por la naturaleza (...) La adopción plena se ha configurado reforzando el vínculo adoptivo cuanto la prudencia permite. Así, la situación jurídica del adoptado plenamente se asemeja a la del hijo respecto de su padre. Sin embargo, el adoptado, aunque lo sea plenamente, no adquiere propiamente el carácter de hijo legítimo del adoptante (...) [L]a adopción plena pretende crear una situación familiar de alguna manera análoga a la que dimana de la paternidad legítima (...) En la adopción plena, adoptante y adoptado ocupan en sus respectivas herencias el mismo lugar que los hijos naturales reconocidos y los padres que los reconocieron. Parece que los derechos y obligaciones que engendra la adopción plena, debieran asemejarse a los que dimanarían de la filiación legítima y no de la natural, pues tanto más perfecta es la copia cuanto lo sea el modelo. Pero tal solución hubiera hecho más intenso el vínculo adoptivo que el de la filiación natural. Por eso, al regular los efectos de la adopción sobre el derecho sucesorio, la posición del adoptado plenamente queda equiparada a la del hijo natural reconocido (...) El arreglo de los intereses contrapuestos que existen entre los parientes naturales, con los que el adoptado está unido por vínculos de sangre, y la nueva familia adoptiva, constituye la dificultad mayor con que la reglamentación legal de la adopción tropieza. La solución que se da en el caso de adopción plena, es, sin duda, radical, pero no podía ser de otro modo si se quiere cortar de raíz el temor de interferencias abusivas de la familia natural en el círculo de la familia adoptiva (...) Limitada ha sido la reforma de la adopción menos plena, que se configura en términos muy semejantes a los que el Código civil ha venido dedicando a la única clase de adopción por él admitida”.

Es evidente que, sin llegar a la equiparación con la filiación legítima, la Reforma de 1958 acentúa los efectos de la adopción

plena (41), sobre todo en el aspecto patrimonial, pero todavía no puede hablarse de un *status familiae*. Late en esas palabras de la Exposición de Motivos la dificultad de perfilar adecuadamente las consecuencias de la adopción: siendo la posición de la filiación legítima, el techo máximo al que puede aspirar, se aprecia la dificultad de comparar la situación de la filiación adoptiva y la filiación natural. Ahora bien, a pesar de mejorar la posición del adoptado plenamente, respecto al adoptante y su familia, la Reforma de 1958 no le confería una posición similar a la del hijo natural reconocido, en lo que se refiere al parentesco, la tutela y la representación del ausente o los alimentos (art. 174 CC) (42).

c) Un nuevo paso en la profundización de la tendencia supone la Ley 7/1970, de 4 de julio, exclusivamente dedicada a la Reforma de la adopción (43), cuya Exposición de Motivos penetra con agudeza en alguna de las claves de la institución, al referirse a la Reforma de 1958:

“La incertidumbre hizo aconsejable conjugar el progreso con la prudencia. Exponente de ello fue, sobre todo, distinguir dos clases de adopción: la plena, en la cual se fortaleció considerablemente el vínculo jurídico entre adoptante y adoptado a cambio de restringir la posibilidad de acceso a esa situación; y la adopción menos plena (llamada simple en la presente Ley), que vino a significar algo recíprocamente contrario; esto es, mayor libertad de acceso a cambio de una efectividad jurídica menor, equiparable a la derivada de la primitiva figura de la adopción” (44).

El modelo a alcanzar (el *status* de la filiación legítima) se aproxima enormemente con la Reforma de 1970:

---

(41) Obsérvese que los efectos de la adopción plena son *ope legis* y no dependen de pactos en la escritura de adopción: *vid.* M.Á. PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Cívitas, Madrid, 1989, p. 20.

(42) En este sentido, J.J. HUALDE SÁNCHEZ, “De la adopción”, en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil. Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador), Tecnos, Madrid, 1993, p. 132. M.Á. PÉREZ ÁLVAREZ (*La nueva adopción*, Cívitas, Madrid, 1989, p. 20) afirma que sí se asimiló “la relación entre adoptante y adoptado en forma plena a la del padre e hijo natural reconocido”, con lo que “al adoptado se le hace de mejor condición que a los hijos ilegítimos no naturales”.

(43) Como dice M.Á. PÉREZ ÁLVAREZ (*La nueva adopción*, Cívitas, Madrid, 1989, p. 20), “[a]l menos a primera vista, el que doce años después de la reforma de 1958 hubiera que modificar de nuevo el régimen jurídico de la adopción pudiera hacer pensar en un fracaso de la reforma anterior”.

(44) Como en tantas otras ocasiones, se combina la facilidad en el establecimiento del vínculo con la limitación de los efectos de ese establecimiento; y a la inversa, un mayor rigor en la constitución abre paso a una mayor intensidad de efectos.



“Como tónica dominante, la Ley persigue facilitar y robustecer el vínculo adoptivo. Mientras en la Ley de 1958, en donde ya hizo irrupción ese propósito, entrañaba una considerable novedad respecto a las directrices imperantes en el año 1889, ahora lo nuevo no se traduce tanto en una mutación de rumbo como en la continuada y progresiva apertura de derroteros ya esbozados (...) La Ley, al enunciar como norma general la equiparación de los hijos adoptivos a los legítimos, salvo preceptos expresos en sentido distinto —los cuales principalmente han quedado circunscritos a algunos aspectos de régimen sucesorio—, se mantiene fiel a una tendencia muy difundida en el mundo que responde al frecuente deseo de los adoptantes y viene a potenciar el instituto de la adopción”.

La equiparación entre el adoptado plenamente y el hijo legítimo no es absoluta con la Ley de 1970 (*vid.*, en el ámbito sucesorio, art. 179 CC), pero determina la clara existencia de un *status filii* (45). Más difícil fue precisar si implicaba la ruptura total con la familia biológica: parte de la doctrina (46) mantuvo la pertenencia del adoptado a dos ámbitos familiares, aunque la relación con la familia biológica sólo operaba a favor del adoptado.

c) La transformación fundamental en el *status* del adoptado se produce con la Ley 11/1981, de 13 de mayo y la redacción que se confiere al art. 108 CC. Se supera una concepción del vínculo adoptivo como mero *status filii* y se asiste a la consagración de un verdadero *status familiae*. Se trata de una modificación sustancial del régimen de la adopción que, sin embargo, no se recogía en el Proyecto de Ley, sino que fue fruto de su tramitación parlamentaria (47). Con toda claridad, la redacción proyectada del art. 108 CC sólo pretendía establecer la igualdad en cuanto a los efectos que producía cualquier filiación por

(45) Según el art. 176.II, “[l]a adopción causa parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes, de otra; pero no respecto a la familia del adoptante, sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales”.

Esa asimilación entre la adopción plena y la filiación legítima, hizo que aquéllos fueran de mejor condición que los hijos naturales reconocidos, por lo que el legislador permitió la adopción de los propios hijos naturales reconocidos: *vid.* M.Á. PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Cívitas, Madrid, 1989, p. 26.

(46) Referencias en J.J. HUALDE SÁNCHEZ, “De la adopción”, en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil. Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador), Tecnos, Madrid, 1993, p. 136, nt. 58; y M.Á. PÉREZ ÁLVAREZ, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1991”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1991, nº 26, abril-agosto, p. 623.

(47) *Vid.* M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, “Comentario a los arts. 108 a 141 del Código civil”, en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 807; y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario a los arts. 172 a 180 del Código civil”, en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1167-1170.

naturaleza (48), sin preocuparse por la adoptiva. El texto vigente del art. 108.II CC unifica el contenido de la relación de filiación, equiparando a la matrimonial tanto la no matrimonial como la adoptiva (49).

(48) Según E. RUIZ VADILLO, "el artículo 108 no debió distinguir entre filiación matrimonial y no matrimonial, sino limitarse a señalar que la filiación por naturaleza y la adoptiva plena (y esto último con reservas) surten los mismos efectos" ("La filiación en la Constitución española y en la ley de 13 de mayo de 1.981", *Documentación Jurídica*, 1982, n° 33 a 36, enero-diciembre, Monográfico dedicado a la Reforma española del Derecho de Familia de 1981, vol. I, p. 139).

(49) Una cierta contradicción parece apreciarse en el contenido del fundamental art. 108 CC. Se señala que la (relación de) filiación puede tener lugar de dos modos diferentes: por naturaleza y por adopción (art. 108.I CC). Y a continuación efectúa una subclasificación de la filiación por naturaleza, que puede ser matrimonial o no matrimonial. El criterio para efectuar esta distinción se encuentra en el art. 108.I: "[e]s matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí". El art. 108.II confirma ese esquema al contraponer filiación matrimonial y no matrimonial a filiación adoptiva. En consecuencia, parece que la filiación adoptiva es filiación adoptiva a secas, sin que pueda adjetivarse como matrimonial o como no matrimonial, clasificación ésta que se reserva a la filiación por naturaleza. Pero si se analiza el criterio que permite fundamentar esa distinción puede comprobarse cómo se presenta de modo absolutamente aséptico únicamente en función de la concurrencia o no de tres factores: relación de paternidad entre un hombre y una persona; relación de maternidad entre una mujer y esa persona; matrimonio de ese hombre y esa mujer. El art. 108.I CC, en su tercera frase, no exige que esa relación de paternidad o de maternidad tenga su fundamento en la naturaleza, ni excluye que se constituya por adopción. ¿Cuál es la calificación que merece el supuesto, previsto en el art. 176.2.II.2° CC, en que el adoptando es hijo del consorte del adoptante? ¿Y el caso de adopción por ambos cónyuges, citado en el art. 172.4 CC? Ciertamente, la cuestión no tiene excesiva transcendencia desde el momento en que sea matrimonial, no matrimonial o adoptiva, la filiación surte los mismos efectos. Pero piénsese, por ejemplo, en un acto de autonomía privada (que fuera constitucionalmente admisible) que sólo se refiriera a hijos matrimoniales: ¿qué sucedería con los adoptados por el cónyuge del progenitor biológico o los adoptados por un matrimonio?

La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de febrero de 1999 permite que:

a) extendidas en el Registro competente la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, el matrimonio adoptante solicite, durante la minoría de edad del adoptado, que se extienda en el folio que entonces corresponda, una nueva inscripción de nacimiento en la que sólo constaran, además de los datos del nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y la referencia al matrimonio de éstos.

b) en la nueva inscripción se haga referencia en la casilla destinada a observaciones, exclusivamente, a los datos registrales de la inscripción anterior (libro número, folio número, página número), que será cancelada formalmente.

c) de la nueva inscripción se puedan expedir certificaciones literales a favor de cualquier persona con interés por conocer el asiento.

d) la publicidad del asiento anterior cancelado quede limitada a los adoptantes, al adoptado mayor de edad y a los terceros que obtengan la autorización especial prevista en el art. 21 RRC.

El nivel máximo de la antiguamente denominada filiación legítima corresponde ahora a todo supuesto que pueda calificarse de filiación (50).

No deja de resultar sorprendente que esta Instrucción, pretendiendo evitar la publicidad irregular de datos que afectan a la intimidad familiar, establezca una posibilidad sólo al alcance de los matrimonios adoptantes: ¿caso no tiene derecho a la intimidad familiar, en la misma medida, el adoptante singular? ¿No se trata de un modo de reintroducir una diferencia injustificada en función exclusivamente de la concurrencia de adopción por un matrimonio? Conectando esta cuestión con lo anteriormente expuesto respecto al art. 108 CC, ¿se trata de un caso de discriminación en perjuicio de la filiación (adoptiva) no matrimonial?

(50) La posibilidad de una interpretación de la normativa sobre pensiones de orfandad y de viudedad que pudiera favorecer a los hijos no matrimoniales respecto a los matrimoniales ha sido rechazada por la STS (Sala de lo Social) de 23 de febrero de 1994 [Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampredo Corral (*R.A.J.* 5343)]. Una mujer, no unida por vínculo matrimonial con el causante de la prestación, había solicitado, en nombre y representación de su hijo menor, nacido en 1980, pensión de orfandad, que fue reconocida por la entidad gestora, en una cantidad resultante de aplicar el porcentaje del 20% sobre la base reguladora. Y además pretendía que la pensión otorgada —y con fundamento en no haber quedado cónyuge sobreviviente— debía aumentar con el incremento fijado para la pensión de viudedad. Denegada la pretensión en vía administrativa, fue estimada por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. La entidad gestora interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina.

Según el Tribunal Supremo, el precepto aplicable, el art. 17.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967 (normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social), “delimita, claramente, los supuestos en que procede incrementar la pensión concedida al huérfano, cuales son que el causante no deje cónyuge sobreviviente o que éste fallezca en el disfrute de la pensión. Tal redacción, precisa y objetiva, viene a significar que la misma tiene como destinatarios a los huérfanos absolutos, que sin duda sufren de mayor menoscabo patrimonial que el huérfano simple; naturalmente que la cuantía de la pensión de orfandad ha de ser igual en los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pero ello no autoriza, a falta de norma expresa, a incrementar el porcentaje de la pensión de estos últimos como en el correspondiente a la viuda —porcentaje del 45%—, pues de una parte, ello haría de mejor condición la filiación extramatrimonial, en cuanto en la matrimonial el incremento, solamente, se produce cuando existe orfandad absoluta, —es decir, cuando faltan ambos dos padres— lo que no ocurre en el caso que nos ocupa, en que la madre —que no es cónyuge—pervive (...). La mera contemplación del tenor literal del referido artículo 17.2, conduce a constatar, en primer lugar, que en ambos casos, se emplea la palabra ‘cónyuge’ —estado sólo aplicable a las personas unidas por vínculo matrimonial— y, en segundo lugar, que ni siquiera el fallecimiento posterior del viudo genera, automáticamente, el derecho del incremento litigioso, sino que el acreditamiento viene supeditado a la condición de que el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión muera en el goce de la misma. Por lo tanto si en este último supuesto el incremento depende de que la viuda ostente la titularidad y disfrute de la pensión de viudedad en el momento de su muerte, una interpretación armónica y coherente de la norma, globalmente considerada, permite concluir que el ‘cónyuge inexistente’, en el momento del fallecimiento del causante de la prestación de viudedad, de haber vivido reuniría los requisitos y condiciones para el acceso a la misma. El término ‘incremen-

De este modo, las cortapisas que en esa equiparación aún establecía la Ley de 1970 quedan superadas. La prueba de la situación familiar del adoptado era el art. 176.II CC, en cuya virtud “[l]a adopción genera un

---

tará’ —aplicable a ambos supuestos— reafirma el alcance y significado anteriormente expuesto, en cuanto tal expresión supone la preexistencia de un derecho que, por falta de su destinatario-titular, acrece el derecho de los beneficios legalmente establecidos; no teniendo, pues, el conviviente derecho a la pensión de viudedad por muerte del causante, al que está unido maritalmente, mal puede, transmitiendo un derecho que nunca tuvo, incrementar la pensión de orfandad del hijo común extramatrimonial”. Y se recuerda a continuación la conocida jurisprudencia que niega el derecho a la pensión de viudedad en el caso de unión no matrimonial, por lo que “[c]onceder en el caso que nos ocupa el incremento debatido al huérfano simple, puede suponer que el cónyuge sobreviviente de la unión de hecho, obtenga el reconocimiento de una pensión, a la que no tiene derecho, por vía indirecta, en virtud de las facultades inherentes a la patria potestad de representar y administrar los bienes de sus hijos —art. 154.II.2° CC— (...) [N]o se produce, con la interpretación que se hace del art. 17.2 una discriminación en contra del hijo extramatrimonial, en cuanto el menoscabo patrimonial sufrido por quien se encuentra en situación de orfandad absoluta derivada de la pérdida de ingresos con que el causante hacía frente al cumplimiento de las obligaciones familiares, no es el mismo que el sobrevenido cuando pervive la madre soltera, a quien incumben —art. 154.II.1° CC— entre otras, las obligaciones de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, educarlos y procurarles una formación integral. En definitiva, la orfandad absoluta supone una situación de necesidad más grave que la simple”.

Esta doctrina fue inmediatamente aplicada por la STS (Sala de lo Social) de 5 de abril de 1994 [Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez (*R.A.J.* 6834)]. Lo más relevante no es esa aplicación sino el Voto Particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde, que critica esa doctrina por “excesivamente individual”, puesto que “[e]l hecho causante de esta prestación especial de muerte y supervivencia en favor de los huérfanos es, en suma, la muerte del padre o de la madre (sujeto causante asegurado) del menor de 18 años, unida a la inexistencia de ‘cónyuge sobreviviente’ con derecho a pensión de viudedad, bien por fallecimiento, bien por falta de vínculo matrimonial (...) La solución que sostenemos no es discriminatoria, a nuestro juicio, por la siguiente diferencia relevante entre los términos de la comparación: el huérfano relativo nacido en una familia matrimonial vive con un padre o una madre que percibe pensión de viudedad, al ser idénticos los requisitos de las pensiones de viudedad y orfandad; por el contrario, el huérfano relativo que tiene la condición de hijo extramatrimonial vive en una ‘familia uniparental’ en la que el progenitor no es un beneficiario de renta social por la pérdida de los ingresos del sujeto causante”.

De la fundamentada argumentación de este Voto Particular entresacamos las siguientes observaciones: “[L]a existencia de obligación de alimentos a cargo del padre o madre sobreviviente respecto de los hijos, obligación que surge con indiferencia de que éstos hayan nacido en una unión matrimonial o en una unión extramatrimonial, no debe tampoco tener influencia alguna en el reconocimiento o no del derecho al incremento de la pensión de orfandad previsto en los arts. 36.2 del Decreto 3158/1966, y 17.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967. En particular, no podrá aducirse para exonerar a la entidad gestora del abono del referido incremento el hecho de que el progenitor (padre o madre) que no es ‘cónyuge sobreviviente’ tenga en cuanto tal un deber de alimentos respecto del hijo o de los hijos extramatrimoniales habidos con el causante (...) La célula familiar se mantiene en el régimen jurídico de este sector de la acción protec-

parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante" (51). Es conocido, por lo demás, que la Ley 30/1981, de 7 de julio, suprimió el contenido del art. 176 CC, que fue luego restaurado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre (52) (hasta la Ley 21/1987, de 11 de noviembre). La anterior referencia del art. 176.I CC, según la cual "[c]orresponden al hijo adoptivo los mismos derechos y obligaciones que a los hijos por naturaleza", se había tornado perfectamente inútil tras la norma de equiparación que contenía el art. 108 CC.

tora como elemento o factor a tener en cuenta tanto en la atribución de dichas prestaciones, como en el cálculo de las mismas en determinados supuestos, como en la determinación de las situaciones de necesidad que dan derecho a ellas. En suma, el viudo o la viuda y/o los huérfanos del sujeto causante son protegidos no sólo en cuanto personas individuales, sino también en cuanto miembros de una familia cuyo modo de subsistencia se ha visto afectado por el agotamiento de una de sus fuentes de ingresos (...) [E]l hecho causante de la concesión del incremento de la pensión de orfandad no es sólo la orfandad absoluta, sino más ampliamente la pérdida de los medios de vida que constituyen para el huérfano las rentas de trabajo o las rentas sociales del causante, unida a la pérdida o a la inexistencia de renta social del progenitor superviviente. Tal pérdida o 'menoscabo patrimonial' respecto de los hijos extramatrimoniales se produce no sólo en las familias en que faltan el padre y la madre, sino también en las familias extramatrimoniales de un solo progenitor (padre o madre) sobreviviente, en que éste no tiene derecho a pensión de viudedad porque no tuvo en su día la condición de cónyuge del asegurado o pensionista causante de las pensiones de orfandad (...) Esta perspectiva familiar justifica de un lado la denegación de pensión de supervivencia al progenitor superviviente, puesto que no existía vínculo familiar cognaticio entre él y el sujeto causante, y justifica al mismo tiempo la atribución de un incremento de pensión equivalente a los hijos extramatrimoniales sobrevivientes, que no deben padecer una situación económica familiar más desfavorable por el hecho de que sus padres no se hubieran casado".

Más recientemente, esta línea jurisprudencial ha sido confirmada por la STS (Sala de lo Social) de 18 de noviembre de 1998 [Ponente: Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López (R.A.J. 9999)].

(51) No quedaba clara la permanencia de los derechos sucesorios del adoptado respecto a su familia biológica: *vid.* M.Á. PÉREZ ÁLVAREZ, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1991", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1991, n.º 26, abril-agosto, p. 623.

(52) Para la explicación de ese errático proceder del legislador, *vid.* M.Á. PÉREZ ÁLVAREZ, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1991", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1991, n.º 26, abril-agosto, p. 624; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Comentario a los arts. 172 a 180 del Código civil", en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1158-1163; y "Comentario al art. 5.º de la Ley 13/1983", en AA.VV., *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela. Ley 51/1982, de 13 de julio de 1982, y Ley 13/1983, de 24 de octubre de 1983*, M. Amorós Guardiola y R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinadores), Tecnos, Madrid, 1986, pp. 801-802; y M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Comentario a los arts. 108 a 141 del Código civil*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. III, vol. 1.º, EDESA, Madrid, 1984, pp. 55-56 y 991.

d) A pesar de incidir ampliamente en la materia de la adopción, modificaciones posteriores del Código civil han tenido un alcance desigual en punto a la configuración del *status* del adoptado. Una vez alcanzado el máximo de efectos de la relación de filiación, característico de cualquiera de éstas, la adopción no puede ir más allá en el diseño de su régimen, sin conculcar ese criterio equiparador que consagran los arts. 14 y 39 CE.

La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, nuevamente con un contenido exclusivamente referido a la adopción, ofrece como dato de mayor interés en lo que aquí interesa la supresión de la categoría de la adopción simple (a la que se acusa de servir en la mayoría de las ocasiones para fines marginales no merecedores de una protección especial) y la introducción de la figura del acogimiento. Esa variación terminológica facilita la aplicación y la interpretación de las normas que aluden exclusivamente a adopción, sin adjetivarla, pero plantea dificultades en su adaptación a los supuestos todavía existentes o de nuevo cuño (por ejemplo, por provenir de una adopción simple internacional) que se refieran a la adopción simple o menos plena (53).

Los objetivos de la Reforma de 1987 se manifiestan con toda claridad en su Exposición de Motivos:

[Las] "finalidades de integración familiar y de consecución, con carácter prioritario, del interés del menor son servidas en el texto legal mediante la consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior, y la creación *ope legis* de una relación de filiación a la que resultan aplicables las normas generales de filiación contenidas en los arts. 108 y ss. CC".

La Reforma de 1987 no establece explícitamente como consecuencia de la adopción el establecimiento de una relación de parentesco entre el adoptado y la familia adoptiva (tema del que se ocupaba el ant. art. 176.II CC): el silencio del legislador resulta en este punto perfectamente coherente con la anterior previsión, en el art. 108 CC, de la adopción como uno de los supuestos en cuya virtud tiene lugar la filiación (y con la nueva previsión de la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior: *cfr.* art. 178.1 CC) (54).

(53) La disp. trans. 2ª prevé que "[l]as adopciones simples o menos plenas, subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior, sin perjuicio de que pueda llevarse a cabo la adopción regulada por esta Ley si para ello se cumplen los requisitos exigidos en la misma".

(54) En el mismo sentido, M.Á. PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Cívitas, Madrid, 1989, p. 207; y "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1991", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1991, nº 26, abril-agosto, pp. 627-628.

Finalmente, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, aunque aborda cuestiones relativas a la adopción en general (por ejemplo, exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes), centra, en lo que ahora interesa, sus principales preocupaciones en la reforma del acogimiento y de la adopción internacional, sin replantearse problemas vinculados con los efectos de la filiación adoptiva.

La evolución que comenzara la Reforma de 1958 se ha detenido ya, tras alcanzar el vínculo adoptivo el máximo de efectos que la Ley reconoce a cualquier clase de filiación: el art. 108 CC supone la culminación de esa progresión. Las Reformas de 1987 y 1996, que han supuesto importantes cambios procedimentales y de categorías en la adopción, no han variado esa consecuencia fundamental.

### 3. *El grado de libertad legislativa en la configuración de la adopción y su incidencia en la equiparación con la filiación por naturaleza*

Para concluir este apartado, relativo a la aplicación del principio de igualdad en materia de filiación, vamos a plantearnos un interrogante que *a priori* muchos desearán por parecerles obvia la respuesta: ¿puede ser tachado de inconstitucional un régimen que establezca diferencias entre la filiación por naturaleza y la filiación por adopción? Así formulado, la contestación surge inmediatamente: si la Constitución, en su art. 39.2, establece la igualdad de los hijos ante la ley “con independencia de su filiación”, todo supuesto de filiación sea cual sea su origen o su fuente debe recibir el mismo trato.

Pero vayamos un poco más allá en nuestras dudas: ¿es necesario que el efecto de la adopción sea la creación de una relación de paternidad y filiación? ¿O un parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante? (55). En función de la respuesta que se dé a esta pregunta, cabrá admitir, dentro del margen de libertad del legislador, la formulación de una figura que, bajo el nombre de adopción, no suponga consecuencia alguna en el plano de la filiación. Cuestión distinta, naturalmente, es la conveniencia de esa solución o el acierto de crear una categoría de perfiles propios y autónomos, no sólo por lo que respecta a su constitución, sino también a sus efectos (56).

---

(55) Acerca de algunas de las distintas posibilidades de que disponía el legislador, *vid.* M.Á. PÉREZ ÁLVAREZ, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1991”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1991, n° 26, abril-agosto, p. 630.

En nuestro propio ordenamiento, y tras la Constitución, hemos constatado la existencia de una categoría genérica, la adopción, con subclases (adopción plena y adopción simple) cuyos requisitos no

(56) La equiparación de la adopción con la filiación biológica se ha planteado en diversas ocasiones en el plano impositivo, especialmente por su relación con aspectos sucesorios. La cuestión se complica por la diversidad histórica de categorías de adopción y su conexión con los diferentes textos tributarios.

La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 17 de enero de 1998 [Ponente: Excmo. Sr. D. José Mateo Díaz (R.A.J. 797)] analiza si una heredera, hija adoptiva de la causante, "debe tributar por la tarifa 3 del Impuesto de Sucesiones, al igual que los hijos legítimos (tesis de la sentencia apelada), o debe hacerlo por la tarifa 2, que es la expresamente prevista para los adoptivos (tesis de la parte apelante). Aduce esta última la absoluta equiparación entre hijos legítimos y adoptivos que se establece en el art. 931 CC (...). En su opinión el principio de equiparación absoluta entre los hijos adoptivos y los hijos por vínculo consanguíneo está presente en la jurisprudencia (...) Finalmente invocó también el apelante el art. 14 CE (...) En definitiva, la parte apelante, concedora de la Sentencia de esta Sala de 22 abril 1988, que consagró la doctrina contraria a la que propugna, y sostuvo que los hijos adoptivos deben tributar por la tarifa 2 y no por la reservada a los hijos y demás descendientes, interesa con su recurso que se revise la mencionada doctrina para acoger la contraria. Mas dicha sentencia, transcrita casi literalmente en la sentencia apelada, no ha representado el parecer aislado de esta Sala, sino que ha ido seguida de otras que han reforzado aún más sus planteamientos. Singularmente, la Sentencia de 27 febrero 1989 mantuvo incólume la doctrina de la de 22 abril 1988 y, además, añadió nuevos razonamientos. Conjugando la doctrina de ambas, debe rechazarse, una vez más, el argumento de que los arts. 14 y 32.2 CE instauran la igualdad absoluta entre cualesquiera hijos y que, por ello, han de entenderse derogados todos los preceptos anteriores que contengan discriminaciones entre unos y otros, como ocurre con las citadas normas tributarias". Y a partir de aquí, resume el planteamiento constitucional del principio de igualdad y lo relaciona con las clases de filiación: "la igualdad, como tantas veces se ha dicho, consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan han de ser también iguales. Y deben considerarse iguales los supuestos de hecho cuando el factor diferencial esté falto de un fundamento racional y sea por tanto arbitrario. Entre estos factores proscritos en el propio art. 14 figura el del nacimiento. El nacimiento genera un vínculo totalmente distinto de la adopción, que es una mera ficción legal, que incluso podría no estar reconocida en el ordenamiento y que cuando lo está, cual ocurre en nuestra legislación, es modulable, como lo demuestra la existencia de la adopción plena y menos plena (figuras ya desaparecidas) o actualmente de la adopción junto al acogimiento familiar". Tras efectuar un somero repaso histórico de la adopción, afirma que "[r]esulta, por tanto, evidente que la filiación adoptiva, incluso después de la Constitución de 1978, responde a unos u otros designios del legislador y no a la inmutabilidad que la Norma Suprema atribuyó a la filiación por naturaleza (...) Por todo ello, la elección de la adopción como factor diferencial, a efectos tributarios, de las distintas clases de filiación no puede ser tildada de arbitraria y discriminadora. Y es más, precisamente por su carácter de institución modulable, el legislador ha establecido distinciones como puede verse en la actual Ley 29/1987, de 18 diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que ha establecido una diferencia (no una discriminación) entre los propios hijos adoptivos, pues si son menores de 21 años tienen derecho a una reducción en la base imponible de dos millones de pesetas, más qui-



eran absolutamente coincidentes, ni producían los mismos efectos. Y el Tribunal Constitucional admitió, como veremos, que una de esas

---

nientas mil pesetas por cada año menos que tenga el causahabiente, y si son mayores de 21 años sólo tienen derecho a los dos millones (art. 20)".

En efecto, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de febrero de 1989 [Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Pujalte Clariana (R.A.J. 1439)] examina un supuesto en que la causante había fallecido en 1980. El Texto refundido de la Ley y Tarifas del Impuesto de Sucesiones de 1967 contenía una disp. trans. 4.<sup>a</sup>, según la cual: "[s]erán de aplicación el número 3 y, en su caso, la letra c) del número 8, de la Tarifa del Impuesto general sobre Sucesiones, a los ascendientes y descendientes, por adopción, cualquiera que sea la edad que tuvieren estos últimos, al tiempo de otorgarse la escritura pública de adopción, cuando la fecha de ésta sea anterior a 1.º de abril de 1945. Los mismos números de la Tarifa serán de aplicación a las adopciones realizadas antes de la entrada en vigor de la Ley de 24 de abril de 1958, y a aquellas en las que el adoptado fuese menor de treinta años al tiempo de otorgarse la escritura de adopción y la fecha de ésta anterior a 1.º de julio de 1964". Según el Tribunal Supremo, "[r]esulta incuestionable que concurren estas últimas circunstancias: la escritura pública de adopción se otorgó el 20 de diciembre de 1955 —antes, por tanto, de la Ley de 1958—, pero, además, la adoptada tenía 6 años al tiempo de la adopción y la escritura se otorgó antes del 1.º de julio de 1964. Resulta, por tanto, evidente que, con arreglo a la Ley Tributaria, la sucesión de doña Catalina F. P. en favor de su hija adoptiva doña Margarita F. F. debía liquidarse con arreglo al número 3 de la Tarifa del Impuesto sobre Sucesiones relativo a 'Sucesión entre ascendientes y descendientes por afinidad"'. A continuación, efectúa un recorrido histórico por los diferentes sistemas de adopción que han existido en nuestro ordenamiento, para llegar a lo que denomina cuestión central del debate: "con arreglo al art. 42 y la disp. trans. 4.<sup>a</sup> del Texto refundido del Impuesto, la adopción menos plena o simple tributa por el número 3 de la Tarifa, como herencia entre ascendientes y descendientes por afinidad; con arreglo a la modificación sustantiva de la adopción de 1970 la adopción simple atribuye la misma posición hereditaria que la de los hijos naturales reconocidos. Si se concede a esto último trascendencia en el campo tributario, desde el momento que los hijos naturales reconocidos, según el art. 41 del Texto refundido del Impuesto, tributan con arreglo al número 2 de la Tarifa, que se refiere a los ascendientes legítimos, este mismo tratamiento habría que aplicar al adoptado simple (...) Concretamente, en el caso que se enjuicia, el hecho de que el art. 180 CC en la redacción que le dio la Ley de 4 de julio de 1970, dispusiera que el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos, no puede modificar la calificación fiscal que, a efectos del Impuesto general sobre las Sucesiones otorga el art. 42 y la disp. trans. 4.<sup>a</sup> de su Ley y Tarifas reguladoras, en cuanto los asimila —naturalmente, a sus solos efectos— a los ascendientes y descendientes por afinidad (...) La sentencia apelada revoca las resoluciones y actos administrativos objeto de impugnación en este recurso, sustancialmente, por entender que a partir de la promulgación de la vigente Constitución Española, sus arts. 14 y 39.2 instauran la absoluta igualdad entre cualesquiera hijos, y han de entenderse derogados todos los preceptos anteriores que contengan discriminaciones entre unos y otros, como ocurre con las normas tributarias antes citadas, tesis que no puede ser compartida. Aun cuando el art. 14 consagre el principio de igualdad de los españoles ante la Ley, y el [art.] 39.2 la igualdad de los hijos ante ella con independencia de su filiación, es lo cierto que, en cuanto al primero, es reiterada, constante y notoria la doctrina tanto del Tribunal Constitucional como de este Tribunal Supremo respecto a que la igualdad

subclases, la adopción simple, no se equiparara a la filiación por naturaleza (57).

ante la Ley requiere que ante situaciones iguales se apliquen consecuencias jurídicas equiparables. Resulta evidente que la igualdad por naturaleza existe entre las distintas categorías —más o menos artificiosas— que puedan hacerse de los hijos biológicos, todos los cuales, por un vínculo sanguíneo o generacional, tienen igual origen e iguales habrán de ser las consecuencias jurídicas que de él se deriven; mas los hijos adoptivos deben su vínculo a una ficción legal, y es el legislador, al crear y regular esa ficción, quien puede atribuirle mayor o menor amplitud y uno u otros efectos”.

Ya la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de abril de 1988 [Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Pujalte Clariana (*R.A.J.* 2698)] (con idéntico Ponente de la ya citada) había analizado cuál era la tarifa por la que debía tributar en una sucesión abierta en 1979 una adoptada en 1946, que tenía 25 años al tiempo de la adopción. Y anticipando el núcleo argumental de las Sentencias posteriores, entiende que “salvo los casos expresos de remisión o los de aplicación supletoria de normas comunes, el ordenamiento tributario tiene sustantividad propia e independiente de aquél, por lo que, en ocasiones, una misma institución jurídica recibe distinto tratamiento en uno y en otro. Concretamente, en el caso que se enjuicia, el hecho de que el art. 180 CC, en la redacción que le dio la Ley de 4 de julio de 1970, dispusiera que el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos, no puede modificar la calificación fiscal que, a efectos del Impuesto general sobre las Sucesiones otorga el art. 42 y la disp. trans. 4.ª de su Ley y Tarifas reguladoras en cuanto los asimila —naturalmente, a sus solos efectos— a los ascendientes y descendientes por afinidad”.

Es un planteamiento jurisprudencial que también aparece en la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de noviembre de 1993 [Ponente: Ilmo. Sr. D. F. Martín González (*L.L.*, 1994-2, 16060-R)], que vuelve a analizar si el régimen impositivo sucesorio al que se ven sometidos los adoptados en forma simple resulta contrario a los arts. 14, 39 y 53 y a la disp. derog. 3ª CE, porque con la aplicación del núm. 3 de la Tarifa del Impuesto General sobre Sucesiones y sobre las Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, Texto Refundido de la Ley y Tarifas de dicho Impuesto, aprobado por Decreto 1018/1967, de 6 de abril, se les hace tributar por medio de tipos impositivos aplicables a los parientes por afinidad, casi el cuádruple del aplicable a los hijos hoy matrimoniales y adoptivos plenamente.

La recurrente había sido adoptada en forma menos plena en 1964. El adoptante falleció en marzo de 1978 y la adoptante en junio de 1979, bajo testamentos que supeditaban el derecho de la adoptada al fallecimiento del último de los adoptantes. La Audiencia Nacional rechaza el recurso. “[L]a adopción otorgada en el supuesto que se enjuicia tuvo lugar bajo la vigencia de la Ley de 24 de abril de 1958, en la que se prevenían la adopción plena (arts. 178 y 179) y la adopción menos plena (art. 180), distinción que se calificó como innovación fundamental de la reforma de 1958, en cuya Ley se reservaba la ‘clase’ de plena para los niños abandonados o expósitos, y la de menos plena, configurada de modo similar a la adopción única que conocía el Código civil antes de la reforma, que era aplicable a todos y producía efectos menores, siendo esta forma o clase la adoptada en el supuesto de autos y que además, dadas las circunstancias, era la única posible desde el punto de vista de la normativa vigente entonces (...) [E]l Ordenamiento Tributario tiene sustantividad propia e independiente, por lo que, en ocasiones, una misma institución jurídica recibe distinto tratamiento en uno y en otro, y así resulta que el hecho de que el art. 180 CC, en la redacción que le dio la Ley de 4 de Julio de 1970, dispusiera que el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos, no puede modificar la califica-

Naturalmente, si el legislador configura la adopción como una forma de filiación, el art. 39.2 CE impone un régimen igual en el plano

ción fiscal que, a efectos del Impuesto General sobre las Sucesiones, otorga el art. 42 de su Ley reguladora, en cuanto los asimila, a sus efectos, a los ascendientes y descendientes por afinidad (...) Tampoco resultan admisibles para esta Sala los argumentos que en contra de la resolución recurrida deduce la actora del principio de igualdad proclamado en el art. 14 CE, en cuanto que bien conocido es el criterio del Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, respecto a que dicho principio sólo es aplicable frente a situaciones iguales, pero no cuando exista una justificación objetiva y razonable de la desigualdad, puesto que, si bien exige de suyo la desaparición de cualquier tipo de discriminaciones, una exagerada imposición de identidades ante supuestos no equivalentes lleva a la discriminación y al desconocimiento de otras libertades y derechos constitucionales también protegidos, por lo que no se prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia jurídica de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso (...) siendo, además, de destacar, en lo que al supuesto de autos concierne, que la adopción, y muy en particular la menos plena, no deja de ser, en cualquier caso, un vínculo de parentesco civil, ficticio, del que derivan relaciones que podrán ser análogas, pero no idénticas, a las que resultan de la paternidad y filiación por vía de generación natural lo que, en su totalidad, impone la desestimación del recurso”.

Una orientación distinta preside la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda) de 10 de mayo de 1995 [Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Martín Herrero (E.D. 3540)]. Se trataba de la sucesión a favor de una hija adoptada, en virtud de escritura pública otorgada en 1974, bajo la modalidad de adopción simple, y cuando la adoptada tenía treinta y nueve años. La adoptante falleció en 1982. El Abogado del Estado pretendía que la sucesión entre adoptante y adoptado en forma menos plena tributara por el número 3 de la del Impuesto de Sucesiones y Donaciones de 1967 y, en su caso, por la letra C del número 8 sólo si el adoptado tenía menos de dieciocho años al constituirse la adopción. Como la hija adoptiva superaba esa edad, consideraba que debía aplicarse el tipo correspondiente a las personas sin parentesco.

El Tribunal Supremo rechaza esta interpretación: “es un hecho que la adopción, aun siendo simple, produce entre el adoptante y el adoptado unos vínculos de parentesco que no pueden ser ignorados por la legislación fiscal, sobre todo cuando el Texto que se pretende aplicar es anterior a la Constitución (...) y anterior a las normas civiles que han ido modificando los derechos de los hijos adoptivos, equiparando éstos a los naturales reconocidos, y sin establecer, a efectos de esta equiparación unos límites de edad que sólo se exigen para adoptar (...) Ciertamente, la adopción que originó el presente recurso no era plena, sino simple, pero ésta, indudablemente, tenía que tener unos efectos civiles, y éstos no podían ser otros que los establecidos por las normas civiles de los que el Derecho tributario no puede prescindir, sobre todo si las normas que se pretenden aplicar lo son para situaciones civiles anteriores que han sido sustancialmente modificadas”.

Actualmente, el art. 20.2.a) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre sucesiones y donaciones, al fijar los grupos familiares relevantes para la aplicación de reducciones (y también para la fijación de la cuota tributaria: *cfr.* art. 22), incluye en un mismo grupo a los descendientes y adoptados menores de veintiún años y en otro a los descendientes y adoptados mayores de veintiún años y a los ascendientes y adoptantes.

(57) Solución coincidente con lo dispuesto por el art. 108.II CC, tras su Reforma en 1981, que sólo asimilaba la adopción plena (y no la simple) a la filiación por naturaleza. La referencia al carácter pleno de la adopción desapareció, en coherencia con el nuevo sistema instaurado, con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre (*cfr.* art. 3º).

de sus efectos, pero entiendo que, dentro del margen de libertad del legislador, se encuentra la posibilidad de una configuración de la adopción fuera de la categoría genérica de la filiación, con lo que al adoptado ya no se le debería poder considerar hijo (58). Insisto en que no estoy defendiendo esa posibilidad, pues por diversas razones la actualmente vigente me parece mejor solución, sino simplemente apuntando su posible existencia, lo que nos ha de poner sobre aviso de la relatividad o contingencia de ciertas afirmaciones demasiado apresuradas.

En el fondo, con las anteriores consideraciones se pretende poner de manifiesto un elemento que no debe pasar desapercibido: el dato que supone el necesario trato igual de los hijos por adopción a los hijos por naturaleza no se encuentra exclusivamente en la Constitución, en sus arts. 14 y 39.2, sino, mucho más sencillamente, en el art. 108.I CC, al afirmar que “[l]a filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción” (59). El art. 108.II, que proclama la igualdad en los efectos de la filiación por naturaleza (matrimonial y no matrimonial) y por adopción, es una lógica consecuencia del apartado primero de ese mismo precepto, en combinación con los arts. 14 y 39.2 CE. Coincidimos por ello con el sentido del Voto Particular a la STC 46/1999, que

---

(58) Esta opinión es contundentemente manifestada por J.A. PIQUERAS BAUTISTA [“La igualdad en el Código civil”, en AA.VV., *El principio de igualdad en la Constitución española (XI Jornadas de Estudio)*, vol. II, Ministerio de Justicia. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1991, pp. 1685-1686]: “la adopción es una figura artificial, creada por el legislador y (...) por lo tanto no está necesariamente vinculada a la naturaleza humana, como acontece con la filiación natural. Por ello lo mismo que el legislador puede establecer la adopción, puede suprimirla del ordenamiento, si estima que hay razones sociales, económicas o de otro tipo que así lo aconsejen. Aplicando el principio ‘quien puede lo más puede lo menos’, cabe asimismo que decida restringir los efectos de la adopción, atribuyendo a los hijos adoptivos distintos derechos que a los hijos por naturaleza, sin que por ello se viole el principio de igualdad, habida cuenta que en una y otra filiación concurren circunstancias muy diferentes que justifican la diferencia del trato”. Por lo que se expone en el texto, es evidente nuestra discrepancia con la última afirmación del autor.

(59) La cuestión se plantea claramente, desde el punto de vista sucesorio, en la STS de 23 de mayo de 1991 [Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipe (R.A.J. 3786)]: “[l]os arts. 14 y 39.2 CE no implican una ‘constitucionalización’ de los derechos de los hijos en punto a su igualdad respecto de los padres más que en los que sean de la sangre, sin posible discriminación de si son ‘intra’ o ‘extra’ matrimoniales como se infiere del párrafo 3 del mismo art. 39, pero sin que se configure un derecho de igualdad respecto de los adoptivos con relación a la familia del adoptante, pues tan sólo se define ese derecho de orden legitimario en la herencia del padre adoptante, y no por disposición constitucional obviamente, sino a través del art. 823 CC, según redacción de la Ley de 13 de mayo de 1981”.

hasta cierto punto pone de manifiesto el carácter histórico de la equiparación hoy existente entre la filiación por naturaleza y por adopción (60).

Esta rigidez de los efectos de todo supuesto que pueda calificarse como filiación ha sido expresada por el Tribunal Constitucional con claridad al valorar el hoy derogado art. 487 bis del Código Penal de 1973 (introducido en 1989), que sólo tipificaba como punible el impago de prestaciones económicas nacidas de convenio judicial o resolución judicial derivados de situaciones de crisis o extinción de uniones matrimoniales, dejando desprovistos de protección a los hijos extramatrimoniales (61):

---

(60) También compartimos en buena medida la argumentación del Abogado del Estado en la STC 46/1999, aunque no su conclusión: “no puede entenderse que la Constitución imponga al legislador ordinario la institución de la adopción con la consiguiente equiparación de efectos con la filiación por naturaleza (...) [L]a Constitución no sólo no impone la existencia de la adopción como una forma de filiación, sino que, además, tampoco exige al legislador ordinario que, en el caso de que expresamente prevea la existencia de esta institución, le otorgue los mismos efectos que a la filiación por naturaleza. Si así fuera, el legislador sólo podría regular los aspectos formales de la adopción, pero no podría llevar a cabo ninguna regulación en la que se estableciese otro tipo de fórmulas intermedias, como puede ser el acogimiento o, como sucedía en la normativa anterior, se regularan distintos tipos de adopción (la adopción simple y la adopción plena), otorgando efectos diferentes a cada una de ellas”. A nuestro juicio, si el legislador califica la adopción como una clase de filiación, el alcance de sus efectos viene determinado necesariamente por los arts. 14 y 39 CE. El diferente régimen de la adopción simple (y la interpretación del Tribunal Constitucional) se explica por cuanto el art. 108.II CC establecía sólo la equiparación entre la filiación por naturaleza y la adoptiva plena.

Quizá deba apuntarse que la combinación entre la redacción del art. 108 CC y las sucesivas Reformas en materia de adopción no han favorecido la comprensión del sistema normativo. Obsérvese que el art. 108.I CC habla de la filiación por adopción, sin matizar en absoluto si se trataba (hasta 1987) de una adopción plena o simple. La regla del art. 108.II CC no ofrecía las mismas dificultades interpretativas porque explícitamente se refería a la adopción plena, excluyendo de la equiparación de efectos a la adopción simple. Ahora bien, lo que cabe plantearse es si, dada la consideración del art. 108.I CC de cualquier adopción como una relación de filiación, el art. 108.II CC, al reducir el alcance de la equiparación sólo a favor de la adopción plena, no estaba vulnerando los criterios de los arts. 14 y 39 CE. Más sintéticamente: si la adopción simple, conforme a la literalidad del art. 108.I CC, es un supuesto de filiación, ¿no merece el mismo trato que los otros casos de filiación, a pesar de no estar incluida en la referencia del art. 108.II CC? Evidentemente, se ha producido una interpretación conjunta de ambos párrafos en el sentido de entender que sólo la adopción plena (hasta 1987) es una clase de filiación. La Reforma de 1987 acaba con el problema y restaura la coherencia entre los dos párrafos del art. 108 CC.

(61) STC (Pleno) 67/1998, de 18 de marzo [Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo García Manzano (R.A.T.C. 67; B.O.E. de 22 de abril)]; STC (Sala Segunda) 74/1997, de 21 de abril [Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael de Mendizábal Allende (R.A.T.C. 74; B.O.E. de 21 de mayo)]; y STC (Sala Segunda) 84/1998, de 20 de abril [Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando García-Mon y González-Regueral (R.A.T.C. 84; B.O.E. de 20 de mayo)].

“No es dudoso que el legislador, en el ejercicio de su libertad de configuración normativa, puede utilizar el Derecho Penal como instrumento mediante el cual dar cumplimiento al mandato constitucional de ‘protección integral de los hijos’ (art. 39.2 CE), y con el que mejor asegurar el deber de los padres de ‘prestar asistencia de todo orden a los hijos (...) durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda’ (art. 39.3 CE). Ahora bien, esa opción legislativa, así como cualquier otra que se encamine hacia ese mismo fin protector, no puede desconocer que, con arreglo al art. 39 CE, la filiación no admite categorías intermedias y que, por lo tanto, los hijos son ‘iguales ante la ley con independencia de su filiación’ (apartado 2º), mientras que el deber de asistencia de los padres, previsto en el apartado 3º de ese mismo artículo, se proyecta sobre los hijos ‘habidos dentro o fuera del matrimonio’. Precisamente, por ello, cualquier opción legislativa de protección de los hijos y, más en general de la infancia (...) que quebrante, por sus contenidos, esa unidad, incurre en una discriminación por razón del nacimiento, expresamente prohibida por el art. 14 CE”.

La discusión en torno al contenido de la categoría “filiación” encuentra un magnífico ejemplo en la STC (Sala Primera) 13/1995, de 24 de enero (62), aunque la Sentencia no quiera entrar en el fondo del asunto y el Voto Particular prefiera plantear la cuestión desde la perspectiva de la concurrencia o no de un grupo familiar (63).

(62) Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael de Mendizábal Allende (R.A.T.C. 13; B.O.E. de 28 de febrero).

(63) La SAP de Madrid (sección 8ª) de 3 de noviembre de 1993 [Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Arias Rodríguez (Act.C., 1994, @ 460) indica “que el art. 58.1 LAU persigue una continuidad en el arrendamiento por parte de un miembro de la familia que convivía con el finado titular del contrato o subrogado en el mismo no puede ser puesto en tela de juicio; pero no a favor de cualquier miembro familiar sino tan sólo de alguno que por su mayor proximidad de parentesco el legislador ha entendido que se ha de proteger”. Por ello, afirma que “el carácter taxativo de los llamamientos impide la ampliación de los acogidos o prohijados, ya que así lo exige la interpretación literal y teleológica del precepto, donde se defiere la sucesión arrendaticia tan sólo a favor de los nominados legalmente, lo que inviabiliza su aplicación extensiva o analógica”. En ese supuesto, se rechaza la pretensión de subrogación de una sobrina que convivía con la arrendataria fallecida, que planteaba “la asimilación de la adopción de hecho, acogimiento y prohijamiento a la adopción legal cuando la persona para la que se postula la observancia de los arts. 14 y 39 CE ha convivido de forma estable y duradera con la ocupante de la vivienda por título jurídico. Que existe una justificación lógica y razonable para no hacer equivalentes la adopción legal con la denominada por la recurrente adopción de facto no exige demasiada motivación, habida cuenta que al ser la adopción una filiación de creación *ex lege*, se establece el control judicial no solo para la fiscalización del cumplimiento de los requisitos legales, sino también para que nazcan vínculos de filiación que permitan alcanzar finalidades dignas de protección. No se trata de alzaprimar el respeto a las formas y a los procedimientos legalmente instaurados, sino de ponderar la importancia que ostenta la filiación que se deriva y cuya conveniencia e interés para el adoptado el Juez ha de valorar (...) Pero es que, además, no todo adoptado por el mero hecho de serlo se hace acreedor del beneficio legal, ya que

El padre de la demandante, doña Águeda, arrendó una vivienda en 1940, donde vivió ininterrumpidamente ella desde entonces. Poco después quedó viudo el padre, volviendo a contraer nuevo matrimonio en 1941 y, a su muerte, la segunda esposa se subrogó en el inquilinato en 1981, conviviendo ambas mujeres en el piso. Una vez fallecida la viuda, intentó doña Águeda ejercitar también su derecho a la subrogación, a lo cual se opuso la propietaria, quien presentó demanda de resolución del contrato de arrendamiento. El Juez de Distrito de La Coruña desestimó la demanda, dando por probado que doña Águeda convivió en el piso arrendado desde su infancia con su padre y su segunda esposa, que continuó luego al fallecimiento del titular y, por consiguiente, existía “una relación plenamente asimilable a las relaciones entre madre e hija”, relación que permitía extenderle el beneficio previsto en el art. 59 LAU (de 1964). Formulada apelación, la Audiencia Provincial de La Coruña estimó el recurso y revocó la resolución apelada, porque el art. 59 LAU sólo prevé que puedan continuar en la vivienda arrendada “los descendientes legítimos, naturales o adoptivos” del subrogado y este parentesco no existía en este caso, haciendo inviable una segunda subrogación.

La recurrente solicitó que se dictara sentencia revocatoria de la impugnada, manteniendo la dictada por el Juez de Distrito y, en consecuencia, se la tuviera por subrogada en la vivienda litigiosa. En tal sentido alegaba que esa sentencia lesionaba una pluralidad de derechos fundamentales (arts. 14 y 24.1 CE) por entender que interpretaba erróneamente lo previsto para el derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento urbano en los arts. 58 y 59 LAU de 1964, destacando que había convivido ininterrumpidamente con la segunda esposa de su padre (y primera subrogada en el contrato de arrendamiento) hasta su fallecimiento y que esta relación configuraba una convivencia asimilable a las relaciones en el seno de una familia, pues estuvo sometida a su patria potestad juntamente con la de su padre desde niña. Con base en la existencia de dicha relación, asimilable a la existencia entre madre e hija, se dice que la resolución recurrida también vulnera la igualdad de los ciudadanos ante la ley en su aplicación por los Tribunales de Justicia.

El Fiscal interesó la inadmisión del amparo, porque, en lo que ahora interesa, en cuanto a la violación del art. 14 CE, la actora no aportaba término de comparación, requisito inexcusable para poder confrontar las resoluciones y examinar la concurrencia de discriminación, sin que tampoco pudiera estimarse que el art. 59 LAU causa una desigualdad, porque atribuye a un vínculo específico una consecuencia determinada como efecto de un contrato, y en este supuesto no existe dicho vínculo, por lo cual no puede producirse el efecto pre-

---

saliendo al paso de probables fraudes el art. 58.1 sólo lo concede a los hijos adoptivos que hubiesen sido adoptados antes de cumplir los dieciocho años. Tampoco es parificable el acogimiento con la clase de filiación que crea la adopción: instituto aquél que ha obtenido carta de naturaleza en el Código civil por Ley 21/1987 y que impone determinadas obligaciones a quien reciba al menor y aún cuando produzca la plena participación del mismo en la familia, no determina filiación alguna a diferencia de la adopción, además de caracterizarse por las notas de temporalidad y revocabilidad en la regulación que le dedica el Código civil; siendo precisamente la misma razón antedicha de creación de un vínculo de filiación paterno-filial lo que impide hacer equivalentes la adopción y el prohijamiento”.

tendido. La situación es distinta y siendo así es lógico que no produzca las mismas consecuencias, sin que esas diferencias constituyan discriminación.

La arrendadora alegó que, respecto al art. 59 LAU, nunca había habido dudas sobre quienes podían subrogarse, que son exclusivamente las personas que se indican en el precepto y no otras, ya sean parientes por afinidad o colaterales. De lo que se deducía que no puede siquiera plantearse el derecho a la subrogación de quien ni siquiera tiene vínculo de parentesco alguno con la arrendataria. El art. 59 LAU es claro al respecto y según el mismo tan sólo los descendientes legítimos, naturales o adoptivos tendrán derecho de subrogación. La recurrente no es pariente de la arrendataria fallecida y, por tanto, no puede pretender subrogarse en los derechos de aquélla. Aún más, en esta segunda subrogación ya no tendrían derecho siquiera los padres o hermanos de la arrendataria, pues la Ley no los incluye. En virtud de todo ello, solicitaba la desestimación del amparo.

El Tribunal Constitucional, tras destacar la conexión que en este caso ofrecían los arts. 14 y 24.1 CE (64), sitúa el problema en la doble interpretación del art. 59 LAU que habían ofrecido los órganos jurisdiccionales: una, la de Juez de Distrito, "extensiva e integradora", y otra, la de la Audiencia Provincial, textual y literal, sin más disquisiciones. Para el Tribunal Constitucional,

"La regulación no ofrece un perfil nítido, desde la perspectiva constitucional. El planteamiento así diseñado muestra por sí solo que la controversia tiene por meollo la determinación del sentido y alcance de una norma jurídica, en el plano de la legalidad, sin que la segunda de las dos sentencias vulnere el principio de igualdad. En efecto, no siendo sospechoso de inconstitucionalidad el precepto aplicado, ya que tal cuestión no ha sido suscitada en ningún momento por quien demanda el amparo, la solución en tela de juicio tiene un fundamento suficiente y objetivo, no *intuitu personae* en la medida en que establece una diferencia de trato razonable, en función de relaciones de parentesco más intensas que la filiación por afinidad, excluida deliberadamente como supuesto de novación subjetiva del inquilinato sin asomo de arbitrariedad".

El Tribunal Constitucional rechaza el recurso teniendo en cuenta las funciones que se le asignan y la razonabilidad (constitucional) de la sentencia impugnada:

---

(64) Dice el Tribunal Constitucional que "la sedicente desigualdad de la solución no nace de la propia Ley que, como habrá ocasión de comprobar, permite interpretaciones alternativas, ni tampoco de su aplicación para otros supuestos análogos respecto de distintas personas por el mismo órgano judicial o en contradicción con la doctrina legal del Tribunal Supremo. No es tal el caso. La discriminación que se achaca a la Sentencia impugnada surge de ella misma, de su propia entraña argumental, que entiende una palabra a su manera y no a la manera que prefiere la demandada, también razonable".



“Este Tribunal Constitucional no está concebido como una última instancia ni ejerce funciones casacionales, que se mueven en el plano de la legalidad y para su salvaguardia. Por ello, no le corresponde terciar en favor de cualquiera de las dos interpretaciones contradictorias, ambas admisibles a la luz de la Constitución, que son parejamente razonables y fueron suficientemente razonadas en las dos Sentencias sucesivas. La lógica interna del sistema de recursos exige que prevalezca la solución dada por la Audiencia Provincial como Juez de apelación”.

Se formuló un Voto Particular por el propio Ponente de la Sentencia, al que se adhirió el Magistrado Excmo. Sr. D. Vicente Gimeno Sendra, que mostraba su disconformidad y se inclinaba por la concesión del amparo. Es en este amplio Voto Particular, donde se efectúan las consideraciones más sugerentes y también más discutibles:

“Me parece oportuno en este lugar y conveniente para el tiempo en que vivimos enfatizar la importancia actual del parentesco por afinidad, eje de mi argumentación, una vez establecido el divorcio. La existencia de sucesivos matrimonios de los cónyuges con la posibilidad de hijos nacidos de ellos, sitúa en primer plano este vínculo parental a todos los efectos, incluido el tabú del incesto, dándole una vitalidad que tuvo en otros tiempos pero que había ido debilitándose en los inmediatamente anteriores a este nuestro, fenómeno paralelo al que significó la resurrección del derecho de superficie por obra del urbanismo. La Sala lo rechaza implícitamente con cierta incoherencia respecto de la propia doctrina del Tribunal Constitucional. En efecto, no ha mucho hemos entendido, a los mismos efectos subrogatorios de los arrendamientos urbanos, que la voz ‘cónyuge’, por lo demás tan clara semántica, social y jurídicamente, cuyo significado nos lleva derechamente al matrimonio y a los esposos, comprende también a la pareja supérstite en las uniones de hecho *more uxorio* (...) Aceptar una interpretación extensiva en tal caso con base en el principio de igualdad y rechazarla aquí y ahora, con una proposición apodíctica, no deja de resultar sorprendente. Por otra parte, se ha negado al tema medular cualquier dimensión constitucional. Bien podría ser así en algún aspecto (...) A mi parecer se hacía inexcusable, por ello, investigar con una mayor atención si se daba la discriminación alegada, a la luz del contenido positivo de la tutela judicial que impone en cualquier caso una interpretación de las normas en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales (SSTC 4/1986, 24/1987 y muchas más) (...) A tal efecto resulta útil la disección analítica del art. 59 en la parte que nos interesa por controvertida, cuando señala como eventuales beneficiarios de la segunda subrogación a los ‘descendientes’, clasificándolos por su origen matrimonial o extramatrimonial (legítimos o naturales), distinción irrelevante a la luz del art. 39 CE, y legal (adoptivos), sin alusión alguna a la consanguinidad ni a la afinidad. Esta es una de las modalidades del parentesco que con muy diferente peso específico tiene en cuenta nuestro ordenamiento jurídico en varios de sus sectores. Junto al vínculo biológico, por naturaleza o de ‘linaje’, en expresión de las Partidas y al civil surgido de la adopción, se da como un hecho sociológico refrendado jurídicamente —el

parentesco ficto, por afinidad o 'cuñadía', según el Rey Sabio, que crea un vínculo entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro. Aun cuando, en principio, la afinidad nazca del matrimonio, no faltan ejemplos de afinidad fuera de él, como ocurre en el Derecho canónico”.

Tras este planteamiento, el Voto Particular ofrece una relación no exhaustiva de ejemplos de textos legales de diferente contenido en los que se confiere relevancia al parentesco por afinidad y añade:

“Este quizá largo excurso por los recovecos de nuestro ordenamiento jurídico, sin agotarlo, se ha hecho con el propósito de poner de manifiesto algo por lo demás obvio, la existencia operativa del parentesco por afinidad desde una gran variedad de circunstancias y situaciones, como vínculo personal que sirve para formar la trama y urdimbre de la familia como grupo social definido, con una específica función y unas características singulares hasta el punto de que le alcanza, aun cuando más débilmente, el tabú del incesto, a pesar de haber desaparecido como impedimento matrimonial. Pues bien, una familia compusieron, con vínculos consanguíneos y por afinidad, a lo largo de más de medio siglo —desde 1941— el titular del inquilinato, su segunda esposa y la hija del primer matrimonio de aquél, en una situación que en nada esencial se diferencia de cualquier otra unida exclusivamente por la consanguinidad. En consecuencia, la hoy demandante puede ser calificada, sin forzar el concepto, como ‘descendiente’ de la cónyuge subrogada en primer lugar, por cuanto la razón de la norma no se funda en la sangre, pues admite la adopción, sino la vida en común dentro de un marco afectivo, más allá de la pura biología. La lectura del art. 59 LAU a la luz del art. 39 CE, como hizo el Juez de Distrito, impide un tratamiento discriminatorio de esta situación respecto de otras pariguales en un todo, sin más diferencia que la derivada de la filiación por naturaleza (...) Polarizar la atención exclusivamente sobre la circunstancia biológica de la consanguinidad, con un enfoque superficialmente literalista, es el error en que incurrió la Audiencia Provincial de La Coruña, cerrando así el paso a una interpretación alternativa más acorde con el espíritu de nuestra Constitución, donde se repudia la sequedad del positivismo y se abren las ventanas a valores y principios, a usos y concepciones de la vida nacidas en el pueblo, en la entraña de la sociedad, elementos todos —con las normas escritas— de eso que desde hace milenios ha dado en llamarse Derecho, al cual alude la Constitución más de una vez (arts. 1 y 103 CE, por ejemplo). Pues bien, sociológica y jurídicamente, la situación aquí contemplada se enmarca en el grupo familiar con una dimensión maternofilial por su origen, sus características y su permanencia. El error en la calificación adquiere, pues, relevancia constitucional hasta socavar la plenitud de la tutela judicial por conllevar el desconocimiento, del derecho fundamental a la igualdad de tratamiento, excluyendo a todo un grupo, el de los parientes por afinidad, contra lo predicado además en el art. 9.2 CE. En definitiva, la demandante merecía el amparo que pidió, para lo cual hubiera bastado con dejar sin efecto la Sentencia impugnada y mantener subsistente la pronunciada en la primera instancia de la vía judicial previa a este proceso”.

#### IV. LOS EFECTOS DE LA ADOPCIÓN EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Que la constitución de la adopción transcurra por cauces distintos a la constitución de la filiación por naturaleza es cuestión indiscutida en nuestro ordenamiento y en nuestra sociedad. La STC 46/1999 se limita a valorar el grado de equiparación en el plano de los efectos de la adopción, y no en el de su constitución (65). La norma analizada

---

(65) El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca de la constitucionalidad de los procedimientos de adopción. Puede decirse que, en general, no se aprecia tacha alguna en el procedimiento en abstracto y que sólo son las concretas circunstancias concurrentes las que determinan la vulneración del art. 24 CE.

En la STC (Sala Primera) 114/1997, de 16 de junio [Ponente: Excmo. Sr. D. M. Jiménez de Parga y Cabrera (*R.A.T.C.* 114; *B.O.E.* de 18 de julio)] se planteó un recurso de amparo por la madre biológica contra las resoluciones judiciales que habían acordado la adopción de su hijo por parte de un matrimonio que lo tenía, primero, en guarda y luego, en acogimiento.

El Tribunal Constitucional otorga parcialmente el amparo por la falta de respuesta judicial motivada por parte de la Audiencia Provincial, para denegar la suspensión de la vista del recurso de apelación contra el auto de adopción, por inasistencia del Letrado a causa de fuerza mayor (huelga de ferrocarriles que le impidió regresar a España). Pero rechaza las argumentaciones derivadas de las especiales características de ese procedimiento y de la eventual vulneración del art. 24 CE.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional subraya que “el procedimiento judicial de adopción no puede ser analizado aisladamente. Desde la perspectiva de los derechos fundamentales del art. 24 CE, que garantizan una tutela judicial sin indefensión a través de un proceso justo, es relevante el dato de que la solicitud de adopción fue adoptada por una Administración pública, el Instituto Navarro de Bienestar Social, solicitud formulada tras sustanciar el correspondiente procedimiento administrativo (arts. 172 y 176 CC). En ese procedimiento, el menor Daniel había sido declarado en situación de desamparo, asumiendo la entidad pública su tutela legal, por Resolución de 22 diciembre de 1992, cuando el niño se encontraba internado en un hospital público gravemente enfermo. En segundo lugar, tampoco puede ser pasado por alto que los Tribunales civiles que resolvieron sobre la adopción del menor, mediante las resoluciones aquí impugnadas en amparo, acababan de tramitar un procedimiento judicial para resolver acerca del acogimiento del menor. En dicho procedimiento, tanto el Juzgado de Familia como la Audiencia Provincial examinaron los hechos que habían dado lugar a la actuación de la Administración navarra, así como las alegaciones formuladas por la madre del menor. Esta última no solamente fue oída por el Juzgado, sino que había sido provista de Abogado y Procurador de oficio en el momento en que lo solicitó; profesionales que, por su parte, interpusieron recurso de apelación contra el auto de acogimiento, formulando alegaciones en una vista pública celebrada ante el Tribunal superior, que finalmente fueron rechazadas por la Sección de la Audiencia en un Auto de 27 de abril de 1994, al cual se remitió enteramente el Auto de 15 de diciembre de 1994, ahora impugnado en esta sede constitucional de amparo (...) La situación de supuesta indefensión que la madre del menor habría padecido en el procedimiento de adopción, tramitado por el Juzgado de Primera Instancia, se apoya en dos órdenes de consideraciones: las primeras se fijan en el procedimiento previsto por la ley, que según la

sólo se refiere a la equiparación entre la filiación por naturaleza y la adopción plena, con lo que puede plantearse el problema de determinar hasta qué punto la equiparación beneficia a los adoptados en

demanda de amparo impide asegurar una defensa adecuada de los derechos de los padres biológicos del menor cuando el órgano judicial aprecia que se encuentran incurso en causa de privación de la patria potestad; el segundo tipo de alegaciones de indefensión se funda en las concretas circunstancias de las actuaciones seguidas en el caso de la demandante de amparo. La genérica alegación de que el procedimiento de adopción establecido por el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil, a tenor de la reforma llevada a cabo por la Ley de Adopción (Ley 21/1987, de 11 de noviembre), vulnera los derechos de defensa de la madre del menor, no puede ser aceptada" [por las razones expuestas en la STC 298/1993, que luego se resume] (...) [E]s preciso añadir que, al encauzar el conocimiento judicial de estas controversias sobre la situación familiar de los menores a través de procedimientos tan flexibles, sean o no caracterizables en sentido estricto como ejercicio de la jurisdicción voluntaria, la Ley de Enjuiciamiento civil transparenta su intención de servir importantes fines. Uno, asegurar que todas las actuaciones serán llevadas a cabo 'con la conveniente reserva', evitando en particular que se quiebre la muralla de discreción que la ley establece entre la familia de origen y la familia adoptiva (arts. 173.4 CC y 1826 LEC). Otro fin al que sirve el carácter informal e incisivo del procedimiento consiste en procurar que el Juzgado obtenga y verifique toda la información que resulte precisa para asegurarse de que la medida a acordar resultará beneficiosa para el menor, cuyos intereses son prevalentes (arts. 172.4, 173.2 *in fine*, 174 y 176.1 CC y 1826 LEC) (...) Atendidas las circunstancias concretas en que se han desarrollado las actuaciones que dieron lugar a los autos impugnados, no cabe apreciar vulneración alguna del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (...) En el capítulo de las alegaciones, es también indudable que la actora pudo ejercer sin obstáculos el derecho de defensa (...) No resulta ocioso recordar que los riesgos de que la actuación de los poderes públicos, en situaciones percibidas como de desamparo de menores, pueda producir la indefensión de alguna de las personas concernidas, son riesgos previstos por el legislador. En la Ley del Menor, aprobada por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, se han reforzado algunas de las garantías que protegen a los afectados por las resoluciones públicas en esta materia. Dadas las consecuencias decisivas que acarrea la declaración de que un menor se encuentra desamparado, es especialmente significativo que ahora la entidad pública está legalmente obligada no solamente a notificar la resolución correspondiente a los padres del menor, en un plazo de 48 horas; también debe informarles 'de forma presencial y de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada' (nuevo art. 172.1.1 CC). El cumplimiento de este deber cualificado de notificación y de información, que deberá ser supervisado cuidadosamente por los Tribunales cuando la Administración proponga cualquier medida judicial de acogimiento o de adopción, o los interesados se opongan a sus resoluciones, disipa el riesgo de falta de conocimiento de los hechos determinantes para la defensa. En el caso presente, por lo demás, la demanda de amparo no pone reparo alguno a la resolución de desamparo acordada en su día por el Instituto Navarro de Bienestar Social, cuyo traslado a la interesada fue acordado en cumplimiento de la legislación administrativa común, antes de la reforma legal de que se acaba de hacer mención".

Precedente de esta Sentencia es la STC (Sala Primera) 298/1993, de 18 de octubre [Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Cruz Villalón (R.A.T.C. 298; B.O.E. de 9 de noviembre)], donde se impugnaban por la madre biológica las resoluciones judiciales que habían

forma simple o cómo se traduce aquella categoría tras la Reforma 21/1987, de 11 de noviembre, que se refiere a la adopción sin adjetivarla.

declarado que un determinado menor de edad se encontraba en situación de desamparo, confirmando de este modo la asunción de la tutela administrativa del niño por parte de la autoridad competente de la Junta de Andalucía y las decisiones de promover su acogimiento en el seno de una familia, así como su ingreso provisional en un centro dependiente de la Administración, bajo la guarda de su Director.

La cuestión a determinar se centró en valorar “si, al alcanzar su fallo, los Tribunales civiles han respetado el art. 24 CE, ofreciendo a la recurrente una oportunidad real de defender los legítimos intereses que posee como madre del menor, al ostentar la plenitud de los derechos y facultades ínsitos a la patria potestad, de la que sólo puede ser privada por sentencia (arts. 154 y 170 CC)”.

El Tribunal Constitucional denegó el amparo solicitado, porque entendió que en ese concreto caso no se había producido vulneración del art. 24 CE. En efecto, “[e]l problema nace de que, salvo cuando se trata de niños sometidos a la jurisdicción de los Juzgados de Menores (...), la situación de desamparo de los menores de edad es conocida por los juzgados civiles comunes en el cauce de un procedimiento *ad hoc*, que no se encuentra perfilado por la ley de manera clara ni acabada. Ni el Código civil, ni la Ley de Enjuiciamiento civil tras la reforma efectuada por la Ley 21/1987, precisan de qué forma pueden defender sus derechos la madre biológica, ni otros parientes o los guardadores, cuando una entidad pública competente en materia de protección de menores (designada en la disp. adic. 1ª de la Ley 21/1987) entiende que un menor se halla en situación de desamparo. La Ley de Adopción de 1987 se limitó a regular el acogimiento y la adopción de menores, y no dio normas expresas respecto al momento inicial: la constatación de si un niño se encuentra o no en situación de desamparo. Los Autos de los Tribunales de Almería que han sido impugnados en este recurso de amparo han optado por aplicar las pautas que el art. 1828 LEC dedica a la constitución, y a la cesación, del acogimiento en una familia, en conjunción con el art. 173.2 CC. La representación letrada de la actora alega, por el contrario, que lo procedente hubiera sido tramitar un juicio, haciendo contencioso el expediente de jurisdicción voluntaria, al haberse formulado oposición por quienes tomaban parte en él, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1817 LEC. Y aun se han postulado otras posibilidades, como seguir el procedimiento previsto para el nombramiento y el discernimiento de tutores, con arreglo a los arts. 1836, 1838 y 1839 LEC, al encontrarse en cuestión la tutela del menor por parte de una entidad pública, así como su guarda (arts. 172, 222, 231, 239 y 303 CC). Del mismo modo, no procede tampoco resolver la cuestión suscitada por quienes han intervenido en este proceso de amparo, acerca de cuál era el procedimiento adecuado para ventilar la oposición de la madre contra la declaración administrativa de desamparo del menor. 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 (...). 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 los medios de alegación y de prueba suficientes cuando se actúa con una diligencia procesal razonable (...). Lo determinante es precisar si, en el procedimiento objeto de la demanda de amparo, se han respetado las garantías procesales básicas que protege la Constitución en su art. 24 (...) No puede alegar indefensión en el plano probatorio, ni privación del derecho a la prueba, quien en el proceso desenvuelto

La argumentación de la Sentencia acerca de la categoría “adopción” no resulta demasiado profunda. Se parte de la asimilación entre la filiación por naturaleza y por adopción (se considera, pues, que las

---

ante el Tribunal competente permanece inactivo frente a los medios de prueba aportados por la Administración en sustento de su pretensión procesal (...) Tampoco resulta convincente la alegación de indefensión que, con carácter más general, formula el demandante de amparo. En efecto, a lo largo de todo el procedimiento seguido por el Juzgado de Primera Instancia, y que había sido iniciado a su demanda, la actora tuvo ocasión de alegar y acreditar sin restricción alguna, pudiendo ejercer sin obstáculos el derecho de defensa, y contando con asistencia letrada (...) Finalmente atendidas las circunstancias del proceso, no puede dársele mayor trascendencia al hecho de que, en su comparecencia personal ante el Juzgado para prestar declaración, no fuese acompañada por su Abogada. Es evidente que su Letrada conocía la citación judicial, pues ella, misma se encargó de transmitírsela. Y su ausencia en el trascendental acto en que la recurrente declaró ante el Juez sólo fue debida a la propia voluntad de la parte actora, quien actuó con libertad, y con asesoramiento Letrado, en el modo que estimó más adecuado para la defensa de sus derechos”.

La STC (Sala Primera) 143/1990, de 26 de septiembre [Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Leguina Villa (*R.A.T.C.* 143; *B.O.E.* de 23 de octubre)] concedió el amparo, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a la recurrente que pretendía la nulidad de las resoluciones judiciales que declararon y confirmaron la adopción plena de su hijo menor de edad solicitada por las personas a quienes se les había confiado dicho menor para su guarda y acogimiento familiar porque “de las actuaciones examinadas resulta que, tras recabar sin resultado positivo del matrimonio adoptante los datos domiciliarios precisos para emplazar a la madre biológica del menor, el Juez se limitó a ordenar su citación por cédula en el tablón de anuncios del Juzgado y por edictos en el ‘Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza’”, lo cual contradice la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual “debe procederse al emplazamiento personal siempre que los interesados sean conocidos e identificables a partir de los datos que obren en el escrito de interposición o en el expediente, siendo sólo válida la citación edictal cuando no conste en las actuaciones el domicilio de la persona que debe ser emplazada o se ignore su paradero por haber cambiado de domicilio. Tal doctrina es, sin duda, aplicable a los procedimientos judiciales de adopción, en los que, por estar en juego intereses de la mayor importancia en el orden personal y familiar, resulta especialmente necesaria la comparecencia de los padres biológicos del menor adoptado, lo que le obliga a rodear de las mayores garantías y del más escrupuloso celo los actos judiciales de comunicación con estos últimos que se practiquen en tales procedimientos”. El Tribunal Constitucional rechaza la argumentación del Juzgado y de la Audiencia Provincial “en el sentido de que ‘el hecho de ser oídos [los padres biológicos] no puede tener ningún tipo de influencia en la decisión que se adopte’, pues aunque la Ley otorgue al Juez muy amplias facultades para apreciar la conveniencia de acceder o no a la adopción solicitada, no puede aquél en modo alguno ignorar el mandato legal de dar audiencia a los padres del menor, pues sólo así podrá tener en cuenta todos los elementos de contraste necesarios que, una vez ponderados adecuadamente, conduzcan a una resolución acorde con los criterios legales y con los intereses prevalentes en la adopción”.

La STC 187/1996, de 25 de noviembre [Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando García-Mon y González-Regueral (*R.A.T.C.* 187; *B.O.E.* de 3 de enero de 1997)] concedió el amparo al abuelo materno de dos menores que se oponía a las decisiones de la Administración que los declaraba en situación de desamparo y asumía su tutela, y ratificaba

situaciones son iguales), con lo que el problema decisivo prácticamente se diluye al tener que plantearse sólo la justificación de un trato desigual. En buena medida, el sentido del Voto Particular se explica

---

el inicio de los trámites de acogimiento familiar preadoptivo con familia ajena, suspendiendo las visitas con su familia biológica.

El recurso se centra en analizar si, al pronunciar su fallo, favorable a los criterios de la Administración, los órganos judiciales habían respetado el art. 24 CE, permitiendo al recurrente la posibilidad de defender sus legítimos intereses como abuelo biológico de los menores, porque éste alegaba que se había denegado la práctica de las pruebas solicitadas y se había decidido valorando tan sólo las pruebas aportadas por la Administración. Según el Tribunal Constitucional, “[e]n la primera instancia no hubo (...) más vulneración en orden a las pruebas que la relativa a prescindir o desconocer el Juzgado de las presentadas por el recurrente con su escrito de oposición [tendientes a demostrar que las causas (abandono de los menores por la madre y deficiente estado de salud de la abuela) por las cuales los abuelos acudieron al Departamento de Bienestar Social de la Generalidad para que se hiciera cargo de sus nietos habían cesado y ya no era necesario el acogimiento]. Infracción que al no ser subsanada en la segunda instancia, traslada a esa fase del procedimiento y a la resolución en ella dictada la queja que sobre ‘derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa’ (art. 24.2 CE) formula el recurrente en su demanda de amparo (...) [D]e lo expuesto se deduce que los argumentos básicos que configuran la decisión de la Sala son, por una parte, que la madre biológica representa un elemento ‘distorsionador’ de la situación de los menores; sin embargo, no se tiene en cuenta que ésta falleció el 25 de abril de 1993, es decir, un año antes de dictarse la resolución impugnada (...); por otra, el ‘precario estado de salud de la abuela’. Siendo ello así, y excluida ya la conducta perturbadora de la madre, debe concluirse que la inadmisión de una de las dos pruebas solicitadas en esta instancia —el examen médico-forense de la abuela— fue determinante para que el litigio se resolviera en sentido contrario a sus pretensiones (...) La vulneración de la tutela judicial efectiva sin indefensión que garantiza el art. 24.1 CE, no sólo se ha producido como consecuencia de lo ya expuesto en orden a las pruebas, sino que, además (...) se produce de una manera autónoma. El litigio se ha resuelto atendiendo exclusivamente a las pruebas e informes de una de las partes, la Dirección General de Atención a la Infancia y de las entidades públicas, y se ha prescindido totalmente de las pruebas aportadas por la otra parte, a quien, además, se le han inadmitido las propuestas por él a pesar de que, como se deduce de la propia fundamentación de la resolución impugnada, resultaban de importancia para decidir la controversia. El razonamiento de la resolución impugnada sobre la prevalencia del principio *favor minoris*, por muy adecuado que sea —como lo es— como elemento fundamental de la ponderación de intereses en estos casos, ha de ser consecuencia de la concurrencia de unos presupuestos fácticos cuya apreciación requiere permitir a ambas partes, y no sólo a una de ellas (...) los medios de defensa conducentes a que, en lo posible, la aplicación del citado principio responda a una realidad constatada”.

La cuestión se ha planteado también ante el Tribunal de Estrasburgo. La posible vulneración del art. 8 del Convenio de Roma, relativo al respeto a la vida privada y familiar y a los supuestos en que son admisibles las injerencias de las autoridades públicas, suele alegarse junto con cuestiones relativas a las características del procedimiento de adopción: *cfr.*, entre otras, STEDH de 28 de octubre de 1998 (Caso Söderbäck contra Suecia); de 9 de junio de 1998 (Caso Bronda contra Italia); de 24 de febrero de 1995 (Caso McMichael contra Reino Unido); de 26 de mayo de 1994 (Caso Keegan con-

por la existencia de una decisión anterior del Tribunal Constitucional que, en un caso relativamente similar (66), negó el amparo al adoptado simple que solicitaba pensión de orfandad, con relación al régimen de los derechos pasivos en el ámbito de la Administración Local.

En efecto, la STC (Sala Segunda) 33/1983, de 4 de mayo (67), versó “sobre el régimen de los derechos pasivos en el ámbito de la Administración Local, en lo que se refiere a las personas con derecho a pensión de orfandad y, en particular, acerca de cuál es el régimen aplicable a los hijos adoptivos adoptados en forma simple, pues mientras la Administración entiende que no es equiparable a los hijos por naturaleza la adopción simple y que, además, en todo caso de adopción se condiciona el nacimiento del derecho a la pensión a que el acto jurídico de adopción sea anterior en cierto tiempo al fallecimiento del causante, el demandante cree que la adopción sin distinción, produce en todos los ámbitos —también en el de clases pasivas— una equiparación a los hijos por naturaleza”.

Para el Tribunal Constitucional, “los regímenes de la adopción plena y de la adopción simple son distintos, de ellos nacen efectos de desigual contenido para los adoptados, sin que estos regímenes distintos sean atentatorios a la igualdad que proclama —como derecho susceptible de protección por la vía del amparo constitucional— el art. 14 CE, pues para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable, y aquí, en cuanto son distintas las figuras, el dotar de un mayor contenido a la adopción plena y equipararla a la filiación por naturaleza no significa para los adoptados en forma simple una discriminación. Pues bien, si en el régimen civil los derechos derivados de una y otra forma de adopción no son equiparables, se comprende que en el régimen de pasivos, en el que la pensión, además, tiene naturaleza propia y *ex lege*, no *iure successionis*, sea perfectamente legítimo un sistema en que se reconozca pensión sólo a los huérfanos que sean hijos adoptivos en la modalidad de plena, y aunque se condicione ésta a que la adopción sea anterior en un determinado tiempo. Siendo esto

---

tra Irlanda); y de 8 de julio de 1987 (Casos B., W., R. y H. contra Reino Unido). (E.D. 1998, 19896; 1998, 7603; 1995, 11082; 1994, 13579; 1987, 9896; 1987, 9895; 1987, 9897; y 1987, 9894, respectivamente).

(66) El recurrente en amparo y su hermana habían sido adoptados en forma simple el 8 de febrero de 1972. El adoptante, funcionario de la Diputación de Sevilla, se jubiló el 26 de junio de 1973 y falleció el 22 de febrero de 1980.

(67) Ponente: Excmo. Sr. D. Jerónimo Arozamena Sierra (R.A.T.C. 33; B.O.E. de 20 de mayo).



así, bien se comprende que el reconocimiento de derechos pasivos a los adoptados plenamente, y no en la modalidad de simple, no crea una situación de desigualdad discriminatoria proscrita por el art. 14 CE" (68).

El planteamiento del Tribunal Constitucional en esta Sentencia, basándose en el distinto contenido de la relación de adopción, en función de su carácter pleno o simple, resulta plenamente compartible (69). La propia Reforma del Código civil, por Ley 11/1981, de 13 de mayo, equiparó los efectos de la filiación por naturaleza y los de la adopción plena, sin expresar iguales consecuencias de la adopción simple, aunque la literalidad del art. 108.I CC pudiera suscitar dudas acerca de la consideración de la adopción simple como filiación. La modificación introducida con motivo de la Reforma en materia de adopción y otras formas de protección de menores (*cf.* art. 3º de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre) en el propio art. 108 CC y en los otros preceptos que aludían a la adopción plena, al suprimir la referencia al carácter pleno de la adopción, en la medida que desaparece la categoría de la adopción simple (70), ha podido suscitar más de un equívoco al hacer pensar a un lector apresurado que todas las categorías de la adopción tenían ahora (71) iguales efectos. El error podía fácilmente

---

(68) Como acertadamente observa Á. CARRASCO PERERA ("El 'juicio de razonabilidad' en la justicia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1984, nº 11, mayo-agosto, p. 73): "¿[d]e dónde obtiene el TC esta distinción entre ambas formas de adopción? Sin duda que no lo hace de los arts. 14 y 39 CE. Para que el juicio de constitucionalidad no mezclase cuestiones de legalidad la adopción debería existir como una entidad prepositiva independiente de su configuración en el Derecho Civil. Pero es claro que no existe más adopción que la del Código Civil, y si alguna distinción existe entre el régimen de la simple y la plena es la que señala el Código Civil: el TC ha utilizado todas estas determinaciones de la norma civil, calificando el supuesto mediante un juicio de legalidad orientativo para 'deducir del art. 14' que no se ha producido indefensión".

(69) Refiere J.R. RODRÍGUEZ CARBAJO ["Los desiguales efectos que producen la adopción plena y la simple no son contrarios a los preceptos constitucionales (Sentencia número 33/1983 de 4 de mayo de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional dictada en el recurso de amparo número 289/1982)", *Anuario de Derecho Civil*, 1984, t. XXXVII, fasc. IV, octubre-diciembre, p. 1182] que la diversidad de régimen entre la adopción plena y la simple era cuestión en la que la doctrina civilista coincidía al calificarla de constitucional.

(70) La propia Exposición de Motivos de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, criticaba "la posibilidad indiscriminada de adopción de los mayores de edad y la misma pervivencia de la adopción simple, reducida a una forma residual de escasa trascendencia jurídica y que sólo se utilizaba en la mayoría de las ocasiones para fines marginales no merecedores de una protección especial".

(71) O antes, para quien sólo se fijara en el art. 108.I CC y obviara lo dispuesto en el art. 108.II CC.

disiparse de haber consultado la disp. trans. 2ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que, con toda claridad, establece que “[l]as adopciones simples o menos plenas, subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior...”.

Hemos dicho que el caso analizado por esta STC 33/1983 es relativamente similar, pero en modo alguno idéntico: el carácter simple de la adopción cuyos efectos se analizaron en aquella ocasión permite que no haya necesidad de explicar un eventual apartamiento del Tribunal Constitucional respecto a su propia doctrina, ya que en el caso de la STC 46/1999 se trataba de una adopción plena. No hay pues absoluta continuidad entre aquel y este caso.

Tan solo una escueta referencia en la doctrina sentada por la STC 33/1983 hace surgir la duda. Apelando a la especial naturaleza de la pensión de orfandad, el Tribunal Constitucional sostiene que es “perfectamente legítimo un sistema en que se reconozca pensión sólo a los huérfanos que sean hijos adoptivos en la modalidad de plena, y aunque se condicione ésta a que la adopción sea anterior en un determinado tiempo”. El problema aparece porque el Tribunal Constitucional no encuentra obstáculo alguno a la posibilidad de exigir el transcurso de un cierto plazo entre la adopción (plena) y la muerte del adoptante. Y ésta es precisamente la discusión que preside la STC 46/1999.

Aunque quizá hubiera sido oportuno eliminar cualquier posible contradicción en la doctrina del Tribunal Constitucional, entendemos que la breve alusión contenida en la STC 33/1983 no tiene base suficiente para consolidar una determinada postura del Tribunal. Esa frase tiene claramente un alcance *obiter dictum*, en el seno de una Sentencia dedicada a establecer los efectos de la adopción simple en comparación con la adopción plena y, por tanto, no puede servir para entender fijados los criterios de relación entre la adopción (plena) y la filiación por naturaleza.

Más compleja es la conexión de la STC 46/1999 con el ATC (Sala Primera, Sección Primera) 540/1987, de 6 de mayo (72), que debió valorar el carácter discriminatorio y contrario al art. 14 CE del art. 58.1 LAU de 1964 que limitaba el derecho a subrogarse en el arrendamiento a los “hijos adoptivos que hubieran sido adoptados antes de cumplir los dieciocho años” (73). La solicitante de amparo había sido adoptada

---

(72) *J.Const.*, 1987, t. XVIII, pp. 959-962.

(73) También el art. 19 CC tiene en cuenta la edad del adoptado para establecer unas soluciones distintas: si el extranjero adoptado es menor de dieciocho años, adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen; si el adoptado es mayor de dieciocho años, puede optar por la nacionalidad española de origen en un plazo de dos años desde la constitución de la adopción.

en forma plena a los veintitrés años de edad. El ATC 540/1987 se apoya en los fundamentos jurídicos de la STC 33/1983 para afirmar que “[c]onsideraciones análogas podrían efectuarse en el caso que nos ocupa con respecto a las diferencias, en cuanto al derecho de subrogación en el arrendamiento, existentes entre la filiación por naturaleza y la adoptiva, o precisando más, entre la filiación por naturaleza y la adoptiva antes del cumplimiento de dieciocho años por el adoptado, por un lado, y la adopción, una vez cumplida tal edad, por otro. Las diferencias legalmente establecidas entre unos y otros supuestos encuentran una justificación objetiva y razonable en la finalidad reconocida de evitar posibles fraudes —y ello con independencia de que en cada supuesto individualmente considerado pueda apreciarse la ausencia de fraude—, así como en una mayor atención en determinados casos a los derechos del arrendador”.

Y se recuerda la doctrina del ATC (Sala Primera, Sección Segunda) 671/1985, de 9 de octubre (74), según el cual “el tratamiento que realiza el art. 58 LAU con relación a los llamados a ejercitar el derecho de subrogación —derecho que supone un trato distinto y favorable, que conduce a la prórroga forzosa de la relación contractual— no afecta para nada al derecho a la igualdad a que se refiere el art. 14 CE. El legislador tiene un marco de libre actuación en el que puede ejercer sus opciones o restringir o ampliar o incluso suprimir, el derecho a la subrogación, sin que ello afecte, en principio, al derecho a la igualdad y no discriminación que protege el art. 14 CE”. Estos argumentos condujeron al Tribunal Constitucional a apreciar la concurrencia de una causa de inadmisión del recurso de amparo.

No cabe ninguna duda de la singularidad del ATC 540/1987 en sus dos extremos principales. Por un lado, en punto a la cuestión del grado de equiparación de la adopción a la filiación por naturaleza. Por otro lado, respecto al grado de libertad reconocido al legislador para determinar los beneficiarios de la subrogación arrendaticia. En efecto, es altamente discutible y debe justificarse adecuadamente (como demuestra la propia STC 46/1999) la posibilidad de establecer diferencias en el plano de los efectos entre la filiación por naturaleza y la filiación por adopción. Argumentar a partir del art. 58 LAU, no parece excesivamente oportuno porque ese precepto constituye un verdadero monumento a la discriminación, explicable desde su formulación en 1964, pero totalmente inaceptable después de 1978. En la actualidad, el art. 16.1 LAU se refiere a ciertos parientes del arrendatario prescin-

---

(74) *J.Const.*, 1985, t. XIII, pp. 935-938.

diendo por completo, entre otros extremos, de la relevancia del carácter adoptivo o natural de la filiación.

Hay otros casos en los que se planteaba la equiparación de efectos entre la filiación por naturaleza y por adopción, aunque no con tanta claridad como en la STC 46/1999. También fue inadmitido el asunto que motivó el ATC (Sala Segunda, Sección Cuarta) 22/1992, de 27 de enero (75). El recurrente en amparo consideraba “vulnerado el derecho de igualdad del art. 14 CE, porque se entiende discriminado, en cuanto a sus derechos sucesorios en la herencia de su tía paterna —hijo adoptivo de uno de los sobrinos de aquella— con respecto a los dos hijos de otra de las sobrinas de aquella tía, a quienes mediante la escritura de adición de partición se les adjudica la propiedad de los bienes de la herencia, discriminación que entiende derivada de ser él hijo adoptivo y los otros dos hijos por naturaleza” (76). El asunto llegó hasta el Tri-

---

(75) *J.Const.*, 1992, t. XXXII, pp. 873-877.

(76) En 1901, doña Elisa otorgó testamento abierto disponiendo que la renta producida por sus bienes sería para los pobres del pueblo de Tembleque hasta que sus tres sobrinos carnales (uno de ellos, don José María, padre adoptante del recurrente) quedaran sin herederos forzosos ascendientes, momento en que sus bienes pasarían por partes iguales y en usufructo vitalicio a esos sobrinos. Además se estableció que si alguno de los tres sobrinos fallecía sin sucesión directa, su porción de bienes pasaría a los otros dos o al sobreviviente, y que en ningún caso sus bienes pasarían a personas que no fueran descendientes por línea directa de los tres sobrinos instituidos. En 1931, falleció doña Elisa y se adjudicó el usufructo vitalicio a sus tres sobrinos, sin disposición concreta en la partición acerca de la nuda propiedad de los bienes. En 1955, don José María y su esposa adoptaron conjuntamente al solicitante de amparo, a quien tenían acogido desde los cuatro años de edad. En 1961, los tres sobrinos instituidos y los hijos de una de ellas (doña Piedad) otorgaron escritura de adición de partición en la que se hicieron adjudicaciones concretas a estos últimos en concepto de herederos nudo-propietarios, señalándose como condición resolutoria que al fallecimiento de su madre (doña Piedad) no subsistieran ni hijos ni descendientes o que al fallecimiento de los otros dos sobrinos instituidos (entre ellos, el padre del adoptante) quedaran descendientes suyos. En 1968, falleció doña Piedad. En 1972, falleció don José María (padre adoptante del solicitante de amparo), habiendo instituido heredera universal a su esposa, pero como ésta renunció pura y simplemente a la tal herencia, se abrió la sucesión *abintestato*, siendo declarado el solicitante de amparo como heredero *abintestato* en todos los bienes de su padre adoptivo mediante Auto del Juzgado de Primera Instancia en 1986. A continuación, el recurrente promovió demanda de juicio de menor cuantía en la que solicitaba la nulidad de pleno derecho de la escritura de adición de partición de herencia de 1961, así como la declaración de su condición de pariente colateral dentro del cuarto grado con relación a la testadora (y el consiguiente derecho a sucederla en la correspondiente cuota de bienes). En 1987, en plena tramitación del procedimiento, falleció la última de las sobrinas de doña Elisa. El Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial de Madrid y el Tribunal Supremo desestimaron la demanda y los recursos.

bunal Supremo (STS de 23 de mayo de 1991) (77) y es esta Sentencia la que entiende que “como su llamamiento a aquella herencia tuvo lugar, no cuando falleció la última de las sobrinas de la testadora, sino cuando se produjo el fallecimiento del padre adoptivo de tal solicitante de amparo —el llamamiento de los sustitutos respecto de los instituidos tiene lugar por estirpes, esto es, el 14 de marzo de 1972—, como en dicha fecha no era pariente de la testadora, puesto que no se había publicado la Ley de Reforma del Código civil de 1981 —especialmente el art 176 CC—, y tampoco era ni pariente ni descendiente directo de tal testadora en la fecha de fallecimiento de la misma — fecha también a tomar en consideración conforme a los arts. 657 y 758 CC—, concluye argumentando que tal demandante no reúne las cualidades exigidas en el testamento analizado para obtener la pretensión de su demanda” (78).

Con carácter general, afirma el Tribunal Constitucional:

“Efectivamente, dentro de la prohibición de discriminación del art. 14 CE, y concretamente dentro de la no discriminación por razón de nacimiento, procede encuadrar la igualdad entre las distintas clases de filiación, y por ende entre la filiación por naturaleza y por adopción. En consecuencia, tendría razón el solicitante de amparo al argumentar —en ello se basa la primera parte de su recurso— que como reflejo de dicho principio constitucional, a partir de la primera reforma postconstitucional del Código civil, y hasta la actual, deben entenderse absolutamente equiparadas, a todos los efectos y en todo momento,

(77) Vid. M.Á. PÉREZ ÁLVAREZ, “Comentario a la STS de 23 de mayo de 1991”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1991, nº 26, abril-agosto, pp. 613-630.

(78) No se plantea el Tribunal Constitucional una cuestión que, a nuestro juicio, reviste gran complejidad: ¿qué valoración merece un testamento en que se contenga, tanto antes como después de la Constitución, un criterio discriminatorio? ¿Tiene transcendencia el alcance de los derechos sí conferidos a los sujetos discriminados (por ejemplo, respeto de la legítima estricta)? Para el alcance de los criterios constitucionales en los actos de autonomía privada, *vid.*, con carácter general, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Principio de igualdad y derecho privado”, en AA.VV., *El principio de igualdad en la Constitución española (XI Jornadas de Estudio)*, vol. II, Ministerio de Justicia. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1991, pp. 1638-1640; J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, 1993, t. XLVI, fasc. I, enero-amarzo, pp. 57-122; y J. BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. Más concretamente, *vid.* M. ALBALADEJO, “Si muriendo sin descendientes un usufructuario, procede la sucesión intestada o, diferentemente, el derecho de acrecer a favor de los descendientes de los demás usufructuarios conjuntos, para recibir la propiedad de los bienes dejados en usufructo a varias personas y en propiedad a sus descendientes. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1998”, *Revista de Derecho Privado*, 1999, julio-agosto, pp. 564-565.

las distintas clases de filiación, y para ello basta leer la Exposición de Motivos de la Ley de 1987 de reforma del Código civil en la materia, que se refiere a la consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior, y la creación *ope legis* de una relación de filiación a la que resultan aplicables las normas generales de filiación contenidas en los arts. 108 y ss. CC”.

El principal interés de la posición del Tribunal Constitucional estriba en un aspecto que puede pasar desapercibido ante la contundencia del discurso. Obsérvese que se indica que la equiparación de efectos entre la filiación por naturaleza y por adopción tiene su inicio con la primera reforma postconstitucional del Código civil (esto es, la Ley 11/1981, de 13 de mayo). No se plantea, en cambio, la situación de la filiación adoptiva entre 1978 y 1981, ni si se requería una traducción en el ámbito del Código civil del principio contenido en el art. 14 CE. Ciertamente, esas cuestiones carecen de transcendencia a los efectos de resolver el amparo solicitado, pero hubiera resultado conveniente establecer con claridad el alcance de la Constitución en este ámbito, teniendo en cuenta, además, las dificultades que suscita la proyección constitucional en los pleitos sucesorios y de filiación (79).

---

(79) Recuérdese la STC (Sala Segunda) 80/1982, de 20 de diciembre [Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente (R.A.T.C., 80; BOE de 15 de enero de 1983)], donde se cuestionaba si la entrada en vigor de la Constitución había afectado al art. art. 137 CC: “[q]ue la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal, es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su art. 9.1, donde se dice que ‘los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución’, sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor, que tuvo lugar, según la disposición final, el mismo día de su publicación en el ‘Boletín Oficial del Estado’. Decisiones reiteradas de este Tribunal en cuanto intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC) han declarado ese indubitable valor de la Constitución como norma. Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53.3 CE, no puede haber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los arts. 14 a 38, componentes del Capítulo II del Título I, pues el párrafo primero del art. 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho Capítulo ‘vinculan a todos los poderes públicos’. Que el ejercicio de tales derechos haya de regularse sólo por ley y la necesidad de que ésta respete su contenido esencial implican que esos derechos ya existen con carácter vinculante para todos los poderes públicos, entre los cuales se insertan obviamente ‘los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial’ (art. 117 CE), desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional. Uno de tales derechos es el de igualdad ante la ley que tienen todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento (art. 14 CE) (...) [L]as dos sentencias impugnadas [SAT de Sevilla de 31 de enero de 1980 y STS de 8 de abril de 1982] han aplicado, después de entrar en vigor la Constitución, el art. 137 CC en su redacción anterior, y como éste contenía un criterio discriminatorio por razón de nacimiento contrario

Por lo demás, el Tribunal Constitucional acuerda la inadmisión del recurso de amparo solicitado:

---

a la igualdad en punto al régimen de las acciones de filiación, entre las pertenecientes a los hijos que pretendieran el reconocimiento de la filiación matrimonial o el de la extra-matrimonial, tanto la sentencia de apelación como la de casación contienen fallos contrarios al derecho de igualdad que perpetúan en el presente postconstitucional un trato discriminatorio nacido al amparo de la legislación preconstitucional, por todo lo cual deben ser anuladas por este Tribunal". Para el Tribunal Constitucional, "[l]o dicho hasta aquí no implica la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo, el de la vinculatoriedad inmediata del art. 14 y la afirmación de que, en consecuencia, todo español tiene, desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución, el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, por lo cual no puede perpetuarse, vigente la Constitución, esta situación discriminatoria surgida al amparo de la legislación preconstitucional y de la diferencia en ella existente entre los regímenes contenidos en los arts. 118 y 137 CC. Antes de la promulgación de la Ley 11/1981, modificadora del Código civil, que es el momento en que tuvo que sentenciar la Audiencia Territorial de Sevilla, el art. 137 había quedado derogado por el juego del art. 14 y la disp. derogatoria 3ª CE, y, partiendo de este planteamiento, debió resolver la Audiencia y después debió enjuiciar su sentencia la Sala Primera del Tribunal Supremo, porque la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 137 genera su nulidad y produce necesariamente efectos incluso sobre los procesos pendientes, actuando así como límite al principio según el cual un proceso debe resolverse con arreglo a la legislación vigente en el momento de la interposición de la acción" (para una crítica de la Sentencia, *vid.* M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Comentario a los artículos 108 a 141 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. III, vol. 1º, 1984, EDERSA, Madrid, pp. 978-981).

La recurrente en amparo, nacida en 1923, había promovido demanda contra los hermanos de su presunto padre y su albacea testamentario pidiendo que se declarase que había estado en posesión continua del estado de hija natural y que procedía la inscripción de esa filiación natural, así como que le correspondían los derechos que a los hijos naturales reconocidos confería el art. 134 CC en la redacción entonces vigente. El presunto padre natural había fallecido en 1972, con testamento otorgado veinte días antes de morir, donde nada otorgaba a la recurrente en amparo y mediante el que revocaba un primer testamento de 1959 en el que dejaba a la actora una tercera parte de su herencia. El Tribunal Supremo asumió el planteamiento del Tribunal Constitucional en la STS de 10 de marzo de 1987 [Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Latour Brotóns (R.A.J. 1425)]

Esos hechos y la decisión del Tribunal Constitucional contrastan con lo sucedido en la STC (Pleno) 17/1981, de 1 de junio [Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente (R.A.T.C., 17; B.O.E. de 16 de junio)]. Se planteó cuestión de inconstitucionalidad en un juicio declarativo de mayor cuantía donde se discutían los derechos sucesorios de los herederos y legatarios. Se alegaba que, conforme al art. 252 CDCEC, los demandados eran incapaces de suceder por haber mantenido la heredera relaciones adulterinas con el causante y por ser el legatario (reconocido como hijo legítimo) hijo ilegítimo no natural del causante. El Tribunal Constitucional no se pronunció sobre el fondo del asunto porque entendió que "de existir efectivamente la contradicción total o parcial entre el art. 252 CDCEC y la Constitución, la derogación total o parcial de aquella norma se habría producido el día 29 de diciembre de 1978 y no podría tener repercusión alguna sobre los derechos y obligaciones nacidos con anterioridad a esa fecha, como son los que nacieron en el momento de la muerte (26 de agosto de 1975) del cau-

“Sin embargo, dicha igualdad entre hijos por naturaleza e hijos por adopción únicamente podría tener efectos para el recurrente una vez en vigor las normas que la declararon en cuanto a los actos jurídicos en relación con los cua-

---

sante de la herencia objeto del proceso civil (art. 657 CC), fecha a la que hay que referir también la calificación de capacidad de los herederos o legatarios (art. 758 CC) (...) Cosa muy distinta es la interpretación que, una vez promulgada la Constitución, haya de hacerse de una norma que en razón de ser anterior a la Constitución puede ser inaplicada por el propio Juez si la considera contraria a ella, pero cuya validez en el momento de nacimiento de los derechos sucesorios de las partes no puede ser cuestionada, y cuyo sentido responde a una valoración social de determinadas relaciones personales bien distinto al que subyace a los preceptos de nuestra Ley Fundamental. Esa interpretación corresponde, sin embargo, al Juez civil y no a este Tribunal”.

La densidad de los problemas así planteados se evidencian en la STC (Pleno) 155/1987, de 14 de octubre [Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Rubio Llorente (*R.A.T.C.* 155; *B.O.E.* de 12 de noviembre)]. Se planteó cuestión de inconstitucionalidad respecto a la disp. trans. 8ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, según la cual “[l]as sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación”. El demandante en el juicio que originó la cuestión solicitaba la declaración de nulidad de los testamentos y de la institución de herederos de sus abuelos y que se le reconocieran sus derechos sucesorios como hijo extramatrimonial de un hijo legítimo premuerto. La abuela había fallecido en noviembre de 1978 y el abuelo con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución. El Tribunal Constitucional centra la discusión en torno al diferente contenido del art. 807 CC que adquiere relevancia a partir de la remisión que efectúa la disp. trans. 8ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Rechaza que el sentido de esa disposición transitoria pueda ser mantener en vigor, aunque sea por tiempo limitado, normas que chocan frontalmente con la Constitución. Según el Tribunal Constitucional, “el defecto que a la misma cabe achacar en virtud de su interpretación literal es, a su vez, un defecto sólo predicable respecto de determinadas aplicaciones de la norma cuestionada (las que hubieran de producirse con posterioridad a 29 de diciembre de 1978), no de todas ellas, con lo que el precepto no podría ser anulado, sino sólo interpretado en su alcance natural”. Hábilmente, el Tribunal Constitucional salva las dudas que suscita la constitucionalidad de esa disposición transitoria: “tampoco el tenor literal de la tantas veces citada disposición se remite de modo inequívoco a una redacción determinada de la legislación sucesoria, sino, de modo genérico, a la legislación anterior, expresión que sólo puede entenderse referida a la legislación vigente y que, por tanto, no excluye, sino que incluye, los cambios que en el contenido del Código civil produjo la entrada en vigor de la Constitución, cambios que, como es claro, está facultado para apreciar por sí el Juez ordinario (...) Esta interpretación, de acuerdo con la cual la remisión de la disp. trans. 8ª a la legislación anterior ha de entenderse referida al contenido de esta legislación en cada momento del tiempo es, de otro lado, y más allá de las simples apariencias, la única lógicamente posible, de manera que ha de ser aceptada, no sólo en aras del principio de conservación de la norma, sino también por exigencias de la lógica. Limitar a los viejos preceptos del Código civil, en su redacción anterior a la Constitución, la remisión contenida en la disposición transitoria, equivaldría en efecto a sostener que esos preceptos, que los Jueces pudieron y debieron inaplicar a las sucesiones abiertas a partir de la vigencia de la Constitución, en cuanto hubieran sido derogados por ésta, habrían recobrado su vigor por mandato del mismo legislador que los derogaba expresamente para acomodar el régimen sucesorio a la Constitución y servir al principio de seguridad jurídica que ésta (art. 9.3) consagra. Como (...) la inconstitucio-



les el derecho de igualdad se alegaba, lo cual no ocurrió ni respecto al momento de apertura de la sucesión testamentaria ni tampoco al del mismo testamento. Respecto a lo primero, porque habría de relacionarse tanto con la fecha de falle-

alidad de la norma cuestionada era una inconstitucionalidad *per relationem*, por remitir ésta a un derecho material cuya compatibilidad con la Constitución es *prima facie* harto dudosa, al quedar rota, en virtud de lo dicho, la relación entre ambos preceptos, desaparece el defecto que se imputaba a la norma de remisión que, entendida de acuerdo con su propio tenor como remisión a toda la legislación anterior, de la que en sentido lato también forma parte la Norma constitucional, no puede ser juzgada contraria a la Constitución, ni en lo que se refiere a las sucesiones abiertas con posterioridad a la entrada en vigor de ésta, ni *a fortiori*, en lo que toca a aquellas en las que la muerte del causante se produjo antes de ese momento”.

Una aplicación de la doctrina de esta Sentencia puede verse en el ATC (Sala Segunda, Sección Tercera) 347/1988, de 16 de marzo (*J.Const.*, 1988, t. XX, pp. 1624-1627), con relación a “una sucesión hereditaria abierta con el fallecimiento del causante el día 23 de abril de 1972, momento en que se transmitieron los derechos a la sucesión, conforme a la legislación entonces vigente, y al que hay que referir las personas llamadas a la herencia, así como normalmente la capacidad y condiciones para suceder (arts. 657, 758 y disp. trans. 12ª CC)”. Los hijos extramatrimoniales del causante interpusieron en 1984 demanda solicitando la nulidad del testamento (donde se nombraba heredera universal sólo a la esposa) por concurrencia de vicios y por preterición de herederos forzosos. Los hijos extramatrimoniales habían sido reconocidos por el causante y en anteriores testamentos habían sido instituidos herederos universales. En 1973, la madre de los hijos extramatrimoniales había renunciado por sus hijos, entonces menores de edad, a las acciones de impugnación del testamento y a los derechos hereditarios en esa herencia. El Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Territorial de Valencia y el Tribunal Supremo [STS de 10 de noviembre de 1987, Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Pérez Gimeno (*R.A.J.* 8367)] desestimaron las pretensiones de los hijos extramatrimoniales. De manera sustancialmente coincidente, el Tribunal Constitucional entiende que la aplicación a esta sucesión “de las exigencias derivadas del derecho de igualdad en la filiación, que reconoce el art. 14 CE, como postulan los actores, supondría dotar a la norma constitucional de una eficacia retroactiva en grado máximo que no puede ser acogida, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, ya que afectaría, no sólo a relaciones jurídicas creadas al amparo de normas procedentes, sino a un fenómeno sucesorio que agotó totalmente sus efectos con anterioridad a la promulgación de la Constitución, y al que nada añade la acción hereditaria que se ejercita cuando ésta ya estaba vigente”.

Para una exposición de los problemas que plantea la constitucionalidad de la disp. trans. 8ª de la Ley 11/1981, *vid.* J.M. MIQUEL GONZÁLEZ, “Comentario a la STS de 10 de febrero de 1986”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1986, nº 10, enero-marzo, pp. 3438-3440; y F. RIVERO HERNÁNDEZ, “Comentario a la STS de 26 de septiembre de 1989”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1989, nº 21, septiembre-diciembre, pp. 877-883; y “Preterición de hijo extramatrimonial en sucesión abierta después de la Constitución y antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (Comentario a la STS de 17 de marzo de 1995)”, *Derecho Privado y Constitución*, 1995, nº 6, mayo-agosto, pp. 251-257. Respecto a la normativa aplicable en función del momento de la apertura de la sucesión, *vid.* también M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Reforma constitucional de la filiación, preterición y problemas de derecho transitorio (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1995)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1997, t. L, fasc. I, enero-marzo, pp. 392-393.

cimiento de la testadora —en 1931— como con la del fallecimiento del padre adoptivo del demandante —en 1974—, tal y como considera la Sentencia del Tribunal Supremo recurrida, y en ninguno de dichos momentos estaba vigente el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación (80), ni puede aplicarse dicho principio a tales situaciones anteriores, otorgando a la Constitución efectos retroactivos. Y en cuanto a lo segundo, y tal y como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, puesto que se recurre una resolución judicial que lleva a cabo la interpretación de una disposición testamentaria, y tal interpretación testamentaria debe efectuarse conforme a la voluntad de la testadora, voluntad que no puede aislarse del momento histórico y legal en que se otorga el testamento. Por tanto, no es posible utilizar en la interpretación de tal llamamiento a la herencia, producido en el año 1931, conceptos actuales, que entonces no existían y que por ello no pudieron ser tomados en consideración por dicha testadora”.

## V. LA FUNCION DE LAS EXIGENCIAS TEMPORALES COMO MECANISMO PARA EVITAR LA ACTUACION FRAUDULENTA

Uno de los aspectos más interesantes que contiene la STC 46/1999 se encuentra sin duda en la valoración de las previsiones legales destinadas a evitar el fraude en la percepción de pensiones del sistema público. La cuestión ofrece relevancia porque se trata de una tendencia que resulta acogida por el legislador en diversas ocasiones y en distintos ámbitos (81).

(80) Obviamente, la Constitución no proclama explícitamente ese principio en su art. 14, sino que el mismo debe deducirse de la prohibición de discriminación por razón de nacimiento o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

(81) Un caso típico de posible fraude era el matrimonio *in articulo mortis* para poder beneficiarse de la subrogación arrendaticia. Los casos reales demuestran la inconveniencia de establecer una presunción *iuris et de iure* de fraude. La SAP de Barcelona (sección 16ª) 7 de mayo de 1991 [Ponente: Ilma. Sra. Doña María José de la Vega Llanes (R.G.D., 1992, p. 3308)] analiza (con Voto Particular discrepante del Magistrado Ilmo. Sr. D. Eloy Mendaña Prieto) un caso de matrimonio celebrado *in articulo mortis* (el marido falleció a las tres horas de la celebración), indicando en primer lugar que el art. 58 LAU ha de ser interpretado restrictivamente, y que supone la existencia de una vida en común. Para el Tribunal, sólo existen relaciones sentimentales, porque las estancias en la vivienda de la esposa, que disponía de su propio domicilio, “carecen del carácter continuo y habitual propio de la relación matrimonial u otra semejante (...) pues quedaban limitadas a los fines de semana”. En cambio, el Voto Particular sostiene que “el beneficio de la subrogación arrendaticia se otorga legalmente por el mero hecho del matrimonio y de haber fijado los cónyuges en la vivienda alquilada el domicilio del mismo, de manera que cuando por circunstancias ajenas a la voluntad de los contratantes no hubieran podido vivir materialmente en él después del matrimonio bastará la intención de convivir inmediatamente en dicho domicilio (...) El mero hecho de la muerte del arrendatario tres horas después de la celebración del matrimonio sin haber habido una verdadera convivencia matrimonial en la vivienda alquilada por el fallecido, no puede ser obstáculo para reconocer a la apelante el beneficio de la subrogación

El Abogado del Estado alegó que “la finalidad de la norma que establece el requisito temporal es asegurar la estabilidad de la situación”, ya que en la filiación por naturaleza esa estabilidad de la situación se da *per se* y en la adoptiva se asegura por medio del plazo. Esta pretensión de salvaguardar la estabilidad de las situaciones familiares es una idea que se ha repetido en otras ocasiones, en el ámbito de la filiación (por ejemplo, para explicar la brevedad de los plazos de impugnación de la paternidad). Sin embargo, con toda razón, el Tribunal Constitucional considera que “esta explicación no es convincente. No debe exigirse en la filiación por adopción una estabilidad que tampoco puede garantizar la filiación por naturaleza”. Ciertamente, en caso de filiación por naturaleza, a pesar de que esa relación haya tenido, por fallecimiento del padre, una duración absolutamente efímera y, por tanto, la situación carezca de la referida estabilidad, no se excluye la pensión de orfandad. Y desde el punto de vista de la estabilidad, simplemente recuérdese el carácter irrevocable de la adopción (art. 180.1 CC) (82).

Es otro aspecto, conexo con la cuestión de la estabilidad, el que debe merecer nuestra atención. Una de las razones tradicionales que se esgrimían para justificar la diferencia de trato entre la filiación por naturaleza y por adopción estribaba en que la constitución del vínculo de la filiación adoptiva podía utilizarse para generar, a cambio o no de un precio, beneficiarios del sistema de pensiones de modo artificial e injustificado (83).

---

si la intención de ambos era la de fijar en dicha vivienda el domicilio común. Y esta intención existe no sólo por la presunción que se deduce del art. 69 CC, sino también porque existía una previa relación sentimental entre los cónyuges que tenía como centro de la misma la mencionada vivienda, sin que la misma esté desvirtuada por la mera sospecha o acreditación de un fraude a la ley o un abuso de derecho por parte de la apelante que determinaría la negación de tal beneficio (arts. 9 LAU y 6 y 7 CC)”. Para más ejemplos y cuestiones al respecto, séanos permitida la remisión a R. VERDERA SERVER, *La subrogación mortis causa en el arrendamiento de vivienda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 70 y ss.

(82) Vid. M.I. FELIU REY, *Comentarios a la Ley de Adopción*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 203-208; y Á. CARRASCO PERERA, “Comentario al art. 180 CC”, en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Código civil. Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador), Tecnos, Madrid, 1993, pp. 209-218.

Téngase en cuenta la adición efectuada por la Ley 18/1999, de 18 de mayo, al art. 9.5 CC para evitar el ejercicio de un derecho de revocación de la adopción, atribuido por una ley extranjera.

(83) Una previsión similar, exigiendo el transcurso de dos años desde la adopción hasta la fecha de fallecimiento del causante, estaba recogida en el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas Militares, aprobado por Decreto 1211/1972, de 13 de abril.

A este respecto, el Tribunal Constitucional se muestra contundente:

“Desde otra perspectiva se ha alegado que el fin de esta exigencia [transcurso de dos años entre la adopción y el fallecimiento] era evitar posibles fraudes. Podría considerarse que, a través de esta medida, lo que trata de impedirse

---

La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de marzo de 1984 [Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo García Manzano (*R.A.J.* 1678)] examina un supuesto en que la recurrente había sido adoptada por escritura pública en 1949, de forma conjunta por unos cónyuges, tíos carnales de la adoptada. Fallecido el padre adoptante, Teniente Coronel de Ingenieros retirado, la madre adoptante muere el 28 de enero de 1981. El Consejo Supremo de Justicia Militar denegó el derecho a la pensión de orfandad porque la adopción efectuada no podía equipararse “a la plena sino a la simple o menos plena, al no producirse cambio de apellidos ni reconocérsele derechos hereditarios a la hija adoptiva, y conforme al art. 82 del Estatuto de Clases Pasivas no causa dicha filiación adoptiva derecho al disfrute de pensión de orfandad, reservado a la adopción en su forma plena, sin que se haya adaptado el vínculo de adopción a la ulterior Ley de 4 de julio de 1970”. El Tribunal Supremo prefiere centrarse en otros aspectos: “con independencia de que la adopción efectuada en favor de la actora, dadas las circunstancias concurrentes de institución hereditaria y demás que constan en el expediente y en estas actuaciones, pudiera estimarse comprensiva de los requisitos objetivos para ser equiparada a la plena regulada por el Código civil, en contraposición a la menos plena o simple, de las sucesivas reformas de dicho Cuerpo legal sustantivo, y superando también con amplio criterio la no acomodación a la L. 4 julio 1970 (disposición transitoria), al haber fallecido el causante en 26 mayo 1951 y ser de imposible cumplimiento por el padre adoptante tal exigencia, aun prescindiendo de tal flexible planteamiento, decimos, es lo cierto que no cabe soslayar un requisito esencial y condicionante del derecho a pensión de orfandad cuando ésta se causa en favor de la filiación adoptiva, y es el de que entre la fecha de la adopción y el fallecimiento del funcionario causante haya transcurrido un tiempo mínimo de dos años”. Tras ello, el Tribunal Supremo efectúa un repaso a algunos de los diversos textos que contienen esa exigencia: “las diversas regulaciones en materia de Clases Pasivas han consagrado dicho requisito de sobrevivencia mínima del funcionario adoptante desde que se realiza la adopción, y así su inicial inclusión en el Estatuto de Clases Pasivas, art. 82, mediante la modificación introducida por L. 193/1964 de 24 diciembre, ya dispuso que para que la adopción plena pudiera surtir cualquier clase de efectos pasivos sería menester —‘indispensable’ en la terminología legal— que ‘el funcionario adoptante haya sobrevivido dos años como mínimo desde la fecha en que tuvo lugar la adopción’, requisito impuesto, pues, como exigencia ineludible y referido al funcionario civil o militar causante de la pensión; ya antes, el Estatuto de la Mutualidad Nacional de Previsión de Administración Local (M. U. N. P. A. L.) aprobado por O. 12 agosto 1960, en el ámbito de los funcionarios locales, vino a establecer en su art. 48,1-regla 1.ª el requisito de ‘estar adoptado por éste [el causante] con diez años de antelación a su fallecimiento’, precepto después modificado por los nuevos Estatutos de dicha Mutualidad aprobados por O. 9 diciembre 1975, en su art. 51,2 que reduce dicho tiempo a dos años; y ya como regulación actualmente vigente, en el ámbito civil, se reitera el requisito en la L. 21 abril 1966, art. 32,2, y en lo que al caso concierne, en el ámbito militar, el art. 27,2 del Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas Militares de 13 abril 1972, establece: ‘para que la adopción pueda surtir efectos pasivos es preciso que el adoptante haya sobrevivido dos años al menos desde la fecha de la adopción’; a ello ha de añadirse que tal requisito ha sido exigido por la sentencia

es que la causa de la adopción sea únicamente facilitar al adoptado una pensión de orfandad en lugar de constituir el vínculo familiar que es propio de esta institución. Ahora bien, el modo en el que el legislador reguló esta cuestión resulta

---

de esta Sala de 18 mayo 1983 y estimado como legítimo, desde la perspectiva constitucional, por el Tribunal Constitucional en su sentencia 33/1983 de 4 mayo (...) [A]un tomando como fecha fehaciente más alejada en el tiempo aquélla en que se realizó la autorización judicial de la adopción controvertida, es decir, la del Auto de 27 junio 1949 (y no la de formalización mediante escritura pública de 8 julio siguiente), aparece de manera clara que, al producirse el fallecimiento del funcionario adoptante, don Ricardo A. T., el 26 mayo 1951, en esta última fecha no habían transcurrido los dos años de sobrevivencia mínima del causante de la pensión, por lo que siendo ello así y configurarse este requisito como condicionante del derecho reclamado (...) no procede reconocer a la actora el derecho a la pensión de orfandad solicitada". Obsérvese el sentido de esta Sentencia, su carácter post-constitucional y cómo busca el apoyo de la STC 33/1983, de 4 de mayo.

La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de mayo de 1983 [Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo García Manzano (*R.A.J.* 2572)] (por tanto, del mismo Ponente) no se plantea la cuestión de un cierto transcurso temporal entre la adopción y el fallecimiento de quien genera el derecho a la pensión, sino si existía ese derecho a favor de quien había sido adoptado en forma simple. La solicitud de pensión fue rechazada porque el art. 27.1 del Texto refundido de Clases Pasivas Militares y el art. 83 del Estatuto de Clases Pasivas de 1926, en la reforma operada por Ley 24 diciembre 1964, refieren la relación paterno-filial a la legítima, la natural y la adoptiva por adopción plena. La adopción simple de las recurrentes se efectuó en 1972, bajo el régimen instituido por la Ley de 4 de julio de 1970: "en la regulación de dicha Ley de 1970, plenamente vigente al constituirse la adopción que nos ocupa y al fallecer el causante (en 22 septiembre 1978), los efectos jurídicos en materia sucesoria de los hijos adoptivos en esta modalidad de adopción se equiparan a los de los hijos naturales reconocidos, (art. 180, párr. 3.º) y si prescindimos de la perspectiva sucesoria y tenemos en cuenta que las pensiones se transmiten o generan no por causa de sucesión sino 'iure proprio', la configuración de la adopción en general y sin distinción de modalidades, en cuanto a la posición jurídica de los hijos adoptivos, se contiene en el art. 176, al disponer este precepto que 'en todo lo no regulado expresamente de modo distinto por la Ley, al hijo adoptivo le corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo', lo que es bastante para sentar la afirmación de que en la adopción simple que nos ocupa las recurrentes se hallaban legalmente asimiladas, en términos generales, a la filiación legítima y en la estricta perspectiva sucesoria a los hijos naturales reconocidos". La interpretación es discutible, pero el Tribunal Supremo se aferra a la misma: "la adopción plena a que se refiere tanto el art. 83 del Estatuto de Clases Pasivas de 22 octubre 1926, en la reforma de la Ley 193/1964 de 24 diciembre (que por vez primera a efectos pasivos introduce en nuestro Derecho el parentesco por adopción), como en el Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas Militares aprobado por Decreto 13 abril 1972 (art. 27.1 del mismo), la mención en cuanto a la filiación adoptiva es la relativa a la adopción plena, pero ello lo es en tanto que asimilada a la natural, es decir, se contempla la relación adoptiva que se hallaba a la sazón vigente en el Código Civil, constituida por la redacción dada a la materia (arts. 172 y siguientes) por Ley de 24 de abril de 1958 en que se delineaban dos clases de adopción, una de más intensos efectos, la denominada 'plena', y otra, la llamada 'menos plena', esta última sin derechos sucesorios para los adoptivos si no es mediante pacto expreso (art. 180, párr. 3.º de dicha regulación), siendo aquélla, la plena, equiparada a la natural al disponer el art. 179 de la redacción a que venimos alu-

claramente desproporcionado: con el fin de evitar un posible fraude se priva de pensión a todos aquellos hijos adoptados que hayan quedado huérfanos en este período. Fraude, por otra parte, que, al menos de modo generalizado, tampoco puede producirse, ya que para que se realice es preciso que muera el adoptante; suceso éste que, en la gran mayoría de los casos, es imprevisible, e incluso, en el supuesto de que fuera humanamente previsible, tampoco podría considerarse que la adopción realizada fuera necesariamente fraudulenta. Esta forma de proceder el legislador no resulta razonable. Además de presumir que se ha actuado en fraude de ley, establece una presunción sin posibilidad de prueba en contrario, lo que no sólo supone invertir el principio de que generalmente los derechos se ejercen conforme a la exigencias de la buena fe, sino que se está desconociendo la exigencia constitucional de dar protección a la familia y a los hijos (art. 39.1 y 2 CE)".

El planteamiento crítico del Tribunal Constitucional con el legislador resulta en este punto perfectamente compartible. La posible existencia de un fraude no justifica que normativamente se establezca un requisito a todas luces exagerado. Si ese fraude existe, el transcurso del

---

diendo: 'Por ministerio de la Ley, el adoptado y, por representación, sus descendientes legítimos, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, y el adoptante en la sucesión de aquél los que la Ley concede al padre natural'; y que la inclusión de la adopción plena se realizó en cuanto asimilada, a efectos sucesorios, a la filiación natural se desprende también del art. 82 del Estatuto de Clases Pasivas en la modificación introducida por la Ley 193/1964. Por ello, la refundición operada en materia de Clases Pasivas Militares (...) no hace sino incorporar, dado que no podía válidamente innovar el Ordenamiento jurídico, la normativa existente sobre la materia que era, insistentemente, la regulación sustantiva de la adopción que introdujo, en el Código civil, la Ley de 24 de abril de 1958, de modo que puede afirmarse que, aun promulgado el Texto refundido citado con posterioridad a la reforma del Código civil de 1970, la regulación de la adopción a efectos pasivos que aquella refundición contiene es la relativa a la distinción entre adopción plena y menos plena de la Ley de 24 de abril de 1958, de tal modo que, en una interpretación finalista y coherente, habrá de concluir que si la adopción simple, tal como la aquí producida al amparo de la regulación de 1970, intensifica los efectos de este vínculo de parentesco y, al menos, asimila a los así adoptados a los naturales reconocidos, según se ha dicho, ha de entenderse que se halla comprendida en la mención de la adopción plena de los textos legales analizados, pues la nueva 'adopción plena' de la L. 4 julio 1970 eleva su rango hasta alcanzar la equiparación con la filiación legítima (art. 179 del Código en la redacción legal citada), lo que abona la tesis de las recurrentes, que debe ser acogida". El Tribunal Supremo concluye su argumentación con unas referencias muy concretas: "atendidas las singulares circunstancias del caso, tales como el parentesco de las adoptadas en relación con el causante, del que son sobrinas carnales, así como la institución de herederas universales efectuadas en favor de aquéllas por testamento otorgado simultáneamente con la escritura pública de adopción, y si se piensa, por otra parte, que quizás la única finalidad que justifica que no se eligiera la adopción plena era la conservación de sus apellidos por las adoptadas, no puede compartirse la interpretación literal que de las normas aplicables realizan los Acuerdos impugnados".

plazo es cuestión absolutamente irrelevante. Naturalmente, para la Administración es mucho más conveniente el establecimiento de un rígido requisito temporal que demostrar caso por caso la concurrencia de fraude (84). Con ello, obviamente se procede a una solución demasiado general, que puede pecar tanto por exceso como por defecto.

A lo dicho por el Tribunal Constitucional cabe añadir que con la actual regulación de la adopción en el Derecho español, y los trámites y verificaciones de todo tipo que impone, que suponen un considerable alargamiento de la duración del procedimiento, mucha ha de ser la capacidad de previsión de los protagonistas, teniendo en cuenta, como ya apunta el propio Tribunal, la dificultad de adivinar la fecha de la muerte del adoptante. Una actuación fraudulenta que implique o presuponga la muerte de uno de sus protagonistas no parece excesivamente fácil de organizar.

Posiblemente, esta desconfianza normativa hacia la adopción tenía sentido en otros tiempos en los que las posibilidades y las formas de constitución del vínculo adoptivo eran diversas. Ahora bien, el riesgo de posibles fraudes no debía acechar con la misma intensidad en todos los supuestos y a ello respondían las diferentes consecuencias que el legislador asignaba a los distintos tipos de adopción. Baste pensar en el diverso régimen al que se somete y se había sometido la adopción de mayores de edad, que es un caso paradigmático de posible fraude; o la actual exigencia de una propuesta previa de la entidad pública competente a favor de quienes considere idóneos para ser adoptantes.

Resulta verdaderamente sorprendente que las cautelas tradicionalmente previstas para evitar el fraude vinculado a la adopción no hayan impregnado mínimamente otros supuestos. A la vista de los trámites y requisitos que hoy se exigen para la constitución de la adopción (nacional o internacional), llama la atención que el establecimiento voluntario de una relación de filiación por naturaleza se encuentre tan absolutamente desprovisto de controles para comprobar

---

(84) ¿Qué valoración merecen los supuestos en los que el legislador conecta la posibilidad de ejercicio de un derecho al transcurso de cierto plazo? Posiblemente, la única respuesta sensata sea la imposibilidad de ofrecer una calificación única para todos ellos. Piénsese, por ejemplo, que la previsión del art. 22.2.d) CC, relativa al transcurso de un año desde la celebración del matrimonio, sin que haya separación, para obtener la nacionalidad española por residencia de un año; o la exigencia del art. 16.1 LAU, respecto al transcurso de dos años de convivencia habitual, para poder subrogarse en el arrendamiento de vivienda, pueden explicarse por la conveniencia de constatar la existencia de un núcleo familiar que merece ser protegido (*cf.* art. 39 CE). Como se desarrolla luego en el texto, más discutible es la valoración del art. 16.1.b) LAU, cuando no hay descendencia en común, al compararlo con el art. 16.1.a) LAU.

su veracidad. Es cierto que la no extinción de los vínculos preexistentes puede suponer una reducción de estos supuestos, pero compárese la facilidad con la que alcanza eficacia un reconocimiento de paternidad (marital o no) respecto a los trámites de la adopción (*cfr.*, entre otros, arts. 118, 119, 120, 123 y 124 CC) (85). Desde la perspectiva de la eventualidad de un fraude, resulta más fácil efectuar un reconocimiento fraudulento que constituir fraudulentamente una adopción.

Parte de la desconfianza histórica respecto al vínculo adoptivo se mantiene hoy por las dificultades que en esta sede se derivan de la frecuencia de las llamadas adopciones internacionales (86). El legislador español puede estar más o menos seguro de la fundamentación de las adopciones efectuadas conforme a nuestro sistema, pero ¿qué grado de control puede imponer respecto a las adopciones efectuadas en el extranjero? ¿En qué medida por esa vía no se pueden soslayar o evitar los rígidos requisitos que establece nuestra legislación para adoptar y que, consiguientemente, disminuyen la probabilidad del fraude? En ese sentido garantista se encaminan no sólo las Legislaciones internas (87), sino también los textos internacionales, como el Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, que cita el Voto Particular a la STC 46/1999 (88).

---

(85) El sentido de la aprobación judicial del art. 124 CC es cuestión discutida en la doctrina, en función de la relevancia que se le otorgue a la verosimilitud de la relación biológica establecida con el reconocimiento: *vid.*, por todos, M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, "Comentario a los arts. 108 a 141 del Código civil", en AA.VV., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 911-912; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Comentario a los arts. 108 a 141 del Código civil*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. III. vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1984, pp. 475-476; F. RIVERO HERNÁNDEZ, "Filiación extramatrimonial", en AA.VV., *Derecho de Familia*, en J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, José María Bosch, Barcelona, 1997, 4ª ed., pp. 496-497; J. POZO VILCHES, *El reconocimiento de la filiación. Sus requisitos complementarios*, Trivium, Madrid, 1993, pp. 90 y ss.; y S. QUICIOS MOLINA, *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, José María Bosch, Barcelona, 1997, pp. 213 y ss.

(86) *Id.*, por todos, C. ESPLUGUES MOTA, "Sobre la adopción internacional", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1998, marzo, pp. 281-307; I. LÓPEZ ORELLANA, "La adopción internacional", *Revista General de Derecho*, 1996, nº 622-623, julio-agosto, pp. 8027-8068; y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, "La aplicación en España del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1996, nº 2, pp. 313-345.

(87) El art. 9.5 CC ha sido modificado o retocado en 1974, 1987, 1990, 1996 y 1999.

(88) A decir verdad, el apoyo no es decisivo. Se considera que la calificación de la adopción como filiación conecta con el art. 26.1 del Convenio. Ciertamente, ese precepto dice que "[e]l reconocimiento de la adopción comporta el reconocimiento: a) del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos; b) de la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo; c) de la ruptura del vínculo de filiación preexistente



Este punto merece ser subrayado porque, aunque el Tribunal Constitucional omite cualquier referencia a las circunstancias concretas de la adopción del recurrente, ésta consistía en una adopción plena por la causante y su marido, establecida por sentencia de 23 de marzo de 1993 de un Juzgado de Asunción (Paraguay). El problema no preocupa al Tribunal Constitucional, pero, en nuestra opinión, a los efectos de determinar si se ha producido vulneración del principio de igualdad resulta absolutamente indispensable verificar los efectos de esa adopción plena constituida en Paraguay y compararlos con los que la legislación española dispone para los supuestos de adopción (89). Una vez más, hemos de evitar el conformarnos con una simple equivalencia terminológica y ha de penetrarse en los caracteres básicos de ambas instituciones (90).

---

entre el niño y su madre y su padre, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar". El art. 27.1 permite la conversión de una adopción realizada en un Estado que no tenga por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente en una adopción que produzca tal efecto en el Estado de recepción. De ello se deduce que la ruptura del vínculo preexistente no es consecuencia general de las adopciones internacionales, por lo que no puede afirmarse que todo supuesto de adopción sea necesariamente una forma de filiación (entre el adoptante y el adoptado). En cambio, el art. 2.2 indica que "[e]l Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación".

(89) Sobre la cuestión, *vid.* M. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, "Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera", *Aranzadi Civil*, 1999, n.º 6, junio, pp. 13-33.

(90) En la RDGRN de 24 de junio de 1995 [R.A.J. 6150; en el mismo sentido, *vid.* RDGRN (1.ª) de 1 de septiembre de 1995 (R.A.J. 6862)], el Centro Directivo analizó las características de una de las modalidades de adopción efectuadas en Paraguay. Se trataba de unas actuaciones relativas a la inscripción fuera de plazo de nacimiento con relación a una niña nacida el 9 de junio de 1994 y que había sido adoptada en forma simple por una sentencia de 14 de octubre de 1994 del Juzgado de Primera Instancia en lo Tutelar del Menor del Primer Turno de Asunción. El Juez Encargado del Registro Civil Central denegó la inscripción instada, "ya que la adopción simple, cual es el caso, no crea vínculos de parentesco entre adoptada y adoptantes, por lo que la adopción autorizada en Paraguay por los mismos no guarda contacto ninguno con la adopción regulada por las leyes españolas y en consecuencia no era acto de los que el art. 1.º LRC considera inscribibles". Según el Juez Encargado del Registro Civil Central, "la legislación paraguaya —Título III de la Ley 903/1981 del Código del Menor—, contempla la adopción plena y simple, la cual no supone ruptura de vínculos con la familia de origen, extinguiendo solamente la patria potestad y sin que la misma suponga vínculo de parentesco entre la familia de los adoptantes y adoptada".

La Dirección General se centra en determinar "si es inscribible en el Registro Civil español la adopción simple, constituida en Paraguay el 14 de octubre de 1994, por un matrimonio de españoles en favor de una menor de edad de nacionalidad paraguaya. En caso afirmativo habría que practicar también la inscripción de nacimiento de la menor —o la anotación soporte del art. 154.1º RRC— para extender en su margen la inscripción de la adopción (*cf.* art. 46 LRC)".

El exquisito planteamiento con relación a las posibilidades de actuación fraudulenta de la STC 46/1999 contrasta con la posición que el Tribunal Constitucional ha mantenido en otras ocasiones.

Se desestima la inscripción solicitada porque "[a] la vista de las informaciones obtenidas sobre la legislación paraguaya, resulta que la adopción simple no crea vínculos de parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante; no quedan extinguidos por aquélla los derechos y deberes del parentesco de sangre, con excepción de la patria potestad, y tal adopción puede revocarse por la sola voluntad del adoptado al llegar a la mayoría de edad. Si se tiene en cuenta que la única adopción regulada por el Código civil supone la integración total en la familia adoptiva del adoptado, equiparado a un hijo por naturaleza (art. 108 CC); que, como regla, la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (art. 178 CC) y que la adopción es también, como regla, irrevocable (art. 180 CC), hay que calificar esa institución jurídica paraguaya (*cf.* art. 12.1 CC) a la vista de la ley española como una institución radicalmente distinta a la adopción española que no puede surtir los efectos de ésta, y que no puede estar incluida en la lista de actos inscribibles, que detalla el art. 1.º LRC, so pena de producir graves equívocos en cuanto a la eficacia de tal adopción simple".

En la Resolución se contiene también una advertencia de carácter más general: "[n]o hay ninguna norma de Derecho internacional privado español, ni ningún compromiso internacional asumido por España, que obligue a nuestro país en el sentido de convertir automáticamente la adopción simple constituida en el país de origen en la adopción con plenitud de efectos prevista en el país de acogida. Esa transformación requerirá, bien que así se acuerde, si ello es posible, en el país de origen, bien que se constituya la adopción española ante Juez español (art. 176.1 CC). A este Juez le corresponderá decidir si puede prescindirse de la propuesta de la entidad pública en este caso cuando lleve la adoptada más de un año acogida legalmente por el adoptante (*cf.* art. 176.2.3.ª CC)".

Finalmente, la Dirección General suaviza la contundencia de su decisión aproximando la adopción simple paraguaya a la categoría del acogimiento: "[n]o hay inconveniente, sin embargo, para que, si así lo solicita el Ministerio Fiscal o cualquier interesado, el documento extranjero de constitución de la adopción, por afectar a ciudadanos españoles, sea susceptible de anotación en el Registro Civil español, pues la figura envuelve una situación personal de prohijamiento o acogimiento, que, si se ha constituido en España, es anotable en virtud de lo previsto por el art. 154.3º del RRC y que, si se ha constituido en el extranjero, lo será por medio del documento auténtico extranjero (*cf.* art. 81 RRC). La anotación, con su limitación de efectos (*cf.* arts. 38 LCR y 145 RRC), se extenderá al margen de la inscripción de nacimiento o, en su caso, de la anotación soporte prevista en el art. 154.1.º RRC. Claro está que en tales casos habrá de hacerse constar expresamente que no está acreditado conforme a Ley la nacionalidad española del nacido (*cf.* art. 66 *in fine* RRC)".

Sí se refiere a una adopción plena, conforme a la legislación paraguaya, la RDGRN (5ª) de 14 de febrero de 1997 (*B.I.M.J.*, 1998, nº 1819, pp. 916-920). Se discutía si eran inscribibles en el Registro Civil español unas adopciones plenas paraguayas, constituidas ante un Juzgado paraguayo los días 19 de julio de 1993 y 29 de septiembre de 1994, por las cuales un matrimonio de españoles residentes en España reciben en adopción dos niños paraguayos, nacidos respectivamente en febrero de 1993 y en marzo de 1994. La petición de las inscripciones había tenido lugar el día 30 de mayo de 1996. El problema central se encuentra en la aplicación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (y de los requisitos que prevé para la adopción interna-

En la STC (Pleno) 189/1987, de 24 de noviembre (91), el Tribunal Constitucional se pronunció acerca de las medidas represoras del fraude con relación a la eventual discriminación que se producía entre quienes, por un lado, se afiliaron al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos tan pronto como se dieron en ellos las condiciones determinantes del deber de afiliación (arts. 2.1 y 6.1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto) y habían estado cotizando oportunamente desde entonces hasta el momento de su jubilación (arts. 11 y 13.3) y quienes, por otro, se acogieron tardíamente a ese Régimen y pagaron, pero pagaron extemporáneamente, el importe de las cotizaciones atrasadas. Sin diferenciar si las cotizaciones tardíamente pagadas se abonan de modo espontáneo o previo requerimiento, o si se pagan o no con

cional) a esas dos adopciones. Según el Centro Directivo, “[e]n el momento, pues, de estas peticiones ya estaba en vigor la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, la cual ha dado nueva redacción el art. 9.5 CC, de suerte que ‘no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español’, ‘mientras la entidad pública competente no haya declarado la idoneidad del adoptante, si éste fuera español y estuviera domiciliado en España al tiempo de la adopción’. La claridad de esa norma, que debe ser tenida en cuenta en su calificación por el Encargado del Registro Civil (*cf.* disp. adic. 2ª de la misma Ley), obliga a rechazar las inscripciones de las adopciones reseñadas en tanto no se obtenga la oportuna declaración de idoneidad de los adoptantes suscrita por la competente entidad pública, de conformidad con las atribuciones que en materia de adopción internacional confieren a estas entidades tanto el art. 25 LOPJM como el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, al que se remite precisamente dicho art. 25 (...). Contra la conclusión expuesta no puede argüirse que cuando se constituyeron las adopciones en Paraguay la legislación española no impartía el certificado de idoneidad de los adoptantes españoles y que, en consecuencia, es la Ley anterior la aplicable al caso de conformidad con la disp. trans. única de la repetida Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, según la cual ‘los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior’. Es evidente que esta disposición transitoria se refiere exclusivamente a los procedimientos españoles en curso sobre acogimientos, adopciones y tutelas, reguladas de otro modo por la Ley anterior en vigor, pero no puede extenderse a materias totalmente ajenas al legislador español como son los procedimientos extranjeros de adopción. Además, la regla actual del art. 9.5 CC, en cuanto exige para el reconocimiento en España de la adopción extranjera la declaración de idoneidad de la entidad pública española, no es ninguna norma relativa al procedimiento de adopción, sino un requisito sustantivo más que se añade a una adopción constituida en el extranjero conforme a una ley extranjera en la previsión de que esta ley no haya tenido en cuenta las exigencias de la ley española”. El Centro Directivo tras negar la posibilidad de inscripción vuelve a mantener la posibilidad de una anotación (art. 38.3º LRC).

Para los cambios de criterio de la Dirección General en la exigencia del certificado de idoneidad, *vid.* M. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, “Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera”, *Aranzadi Civil*, 1999, nº 6, junio, pp. 16-17.

(91) Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente (*R.A.T.C.* 189; *B.O.E.* de 26 de diciembre).

recargo, el art. 28.3.d) del Decreto privaba de efectos a las cotizaciones tardías de los afiliados tardíos.

Para considerar que no se trata de una norma discriminatoria por arbitraria o irracional, el Tribunal Constitucional afirma que "no hay duda de que las incorporaciones tardías distorsionan el funcionamiento normal del sistema, alteran la elaboración de análisis y previsiones de variables y perjudican a los cotizantes puntuales, sobre todo habida cuenta de que la afiliación tardía se da de hecho no en unos pocos casos aislados, sino con frecuencia tal que incide por fuerza en el cálculo de las grandes magnitudes. Es claro que esta frecuencia, con las correspondientes y proporcionadas perturbaciones, se vería estimulada si no existiera la norma del art. 28.3.d), ya que lo contrario significaría avalar o al menos fomentar situaciones de fraude evidente o de difícil indagación (por abonarse cotizaciones atrasadas correspondientes a años en los que no se trabajó o es muy difícil comprobar si se trabajó como autónomo), o implicaría amparar el fenómeno denominado 'compra de pensiones' (...) que se da si las afiliaciones extemporáneas se producen intencionadamente cuando interesa reclamar prestaciones en fecha inmediata o próxima, disponiendo así el interesado de la posibilidad de completar, a su comodidad, el período de carencia". Y concluye su argumentación señalando que "[q]uizá sea posible combatir el fraude con normas menos severas que la analizada y quizá ello permita dar una imagen de la Seguridad Social más alejada de una primordial preocupación recaudatoria. Pero no debe este Tribunal, al analizar la condición discriminatoria o no de una norma, deslizarse hacia otros terrenos, sino que debe limitarse a decir si la norma viola o no el precepto constitucional invocado por el recurrente como infringido por aquélla dentro de los susceptibles de amparo constitucional".

A esta Sentencia se formularon dos Votos Particulares. En uno de ellos, formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Eugenio Díaz Eimil, al que se adhirieron los Magistrados Excmos. Srs. D. Ángel Latorre Segura, D. Antonio Truyol Serra y D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, se aceptaba que en los "supuestos de intento de 'compra de pensiones' la ineficacia de las cotizaciones extemporáneas es una respuesta jurídicamente irreprochable a su finalidad fraudulenta, que en modo alguno puede calificarse de discriminatoria, dado que el cotizante, comparado con el trabajador de afiliación y cotización regulares y debidas, presenta la esencial diferencia de incumplir la condición de no haber sido trabajador autónomo durante todo el período mínimo de cotización", pero se cuestiona la postura de la Sentencia respecto a "aquellas personas que, siendo trabajadores autónomos incluidos obligatoriamente en el régimen especial, no cumplen su deber de afiliación en el momento de adquirir dicha condición, siendo que lo hacen tardíamente con la consecuencia de imponérsele por la Administración de la Seguridad Social, dentro del límite de la prescripción, el pago de las cuotas atrasadas que se le giran con el recargo y multa correspondientes".

Merece también destacarse la actitud frente a un eventual fraude que evidencia la STC (Sala Segunda) 47/1993, de 8 de febrero (92). El

---

(92) Ponente: Excmo. Sr. D. Julio D. González Campos (*Act.C.* 453: B.O.E. de 11 de marzo).

recurrente en amparo había convivido desde 1971 con una viuda y sus cinco hijos. En 1974 pasaron a residir en una vivienda arrendada por la viuda. La mujer falleció en 1989 y el propietario presentó demanda de desahucio por precario contra el conviviente, que pretendía subrogarse. El Juzgado de Primera Instancia dio lugar al desalojo solicitado por cuanto de la prueba practicada se desprendía que los convivientes “no contrajeron matrimonio con el fin de liberar a los hijos del cumplimiento del servicio militar, como así ocurrió”, por lo que la conducta del demandado no podía quedar amparada por el principio de buena fe que el art. 9 LAU requería para el ejercicio de los correspondientes derechos. La Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó la apelación. El Tribunal Constitucional concedió el amparo solicitado, reiterando su doctrina sobre la equiparación, a los efectos de la subrogación arrendaticia, entre la unión de hecho y el matrimonio.

Respecto a la supuesta contrariedad de la conducta de los convivientes con el principio de buena fe, el Tribunal Constitucional afirma:

“En principio, la anterior consideración se encuadra en el ámbito de la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria, que corresponde a los Jueces y Tribunales y consiguientemente, es ajena al que es propio del recurso de amparo. Sin embargo, en la medida en que dicha consideración afecta en el presente caso a los principios y valores reconocidos por los arts. 14 y 39.1 CE, no carece de relevancia constitucional y merece ser examinada en esta sede. Ahora bien, sentado lo anterior, debe ser rechazada como fundamento de la denegación del derecho a la prórroga *mortis causa* del arrendamiento en el presente caso. En primer lugar ha de tenerse en cuenta que, dado el presupuesto en el que se basa la supuesta vulneración de la buena fe en el ejercicio de los derechos —no haber contraído matrimonio quienes convivían *more uxorio* para así obtener que los hijos de la arrendataria de la vivienda fueran dispensados del servicio militar por ser ésta viuda— tal vulneración no sería exclusivamente imputable al hoy recurrente de amparo (...) [A]un cuando el hoy recurrente de amparo hubiera querido celebrar matrimonio con la arrendataria de la vivienda, ello no habría sido posible si faltaba el acuerdo del otro componente de la pareja. A lo que cabe agregar que si bien la Constitución reconoce el derecho a contraer matrimonio, este derecho no entraña correlativamente, es obvio, un deber u obligación; por lo que tampoco está justificado reprochar a un miembro de una unión matrimonial que no haya contraído matrimonio cualquiera que sea la causa de tal decisión, ya que el contraerlo o no contraerlo pertenece al ámbito de la libertad de la persona y, tanto en uno como en otro caso, esa decisión se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas. En segundo término (...) a los fines de la protección constitucional de quienes conviven *more uxorio* es suficiente la existencia de una unión estable; pues al ser el elemento esencial la libre voluntad de sus componentes, ello hace que sean irrelevantes las circunstancias o motivaciones que han podido determinar tanto la constitución como el mantenimiento de esa unión no matrimonial”.

Uno de los Votos Particulares discrepantes, el formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Álvaro Rodríguez Bereijo resulta especialmente contundente, manifestando entre otros extremos:

“Entendió fundadamente el Juez que la pretensión se basaba, pues, en una conducta torticera, contraria al principio de buena fe, al pretender valerse de los beneficios de una situación —la pretendida equiparación constitucional de la unión de hecho *more uxorio* con la unión matrimonial— a los solos efectos del derecho de subrogación arrendaticia, pero sin sufrir los inconvenientes (...) En mi opinión, estas circunstancias que concurren en la unión de hecho del caso no pueden considerarse irrelevantes en sede de amparo como una cuestión que pertenece al ámbito de la libertad personal y se vincula a sus convicciones más íntimas (art. 10 CE). Porque, a fin de cuentas, más allá del caso la interrogante que cabe suscitar es si legítimamente es posible, invocando el derecho constitucional a la igualdad ante la ley y el principio constitucional de protección a la familia, exigir la equiparación de las uniones de hecho con las uniones matrimoniales cuando de manera manifiesta se pretenda tal equiparación sólo en lo que toca a los beneficios o ventajas que se derivan de su régimen jurídico, pero no en los inconvenientes (cargas y deberes). Y ello, cuando quien pudiendo haber contraído matrimonio y libremente permanece unido de hecho a otra persona no quiso tal equiparación precisamente para quedar excluido de la disciplina matrimonial (pluralidad de derechos y deberes que establece el ordenamiento jurídico), y más concretamente de determinadas consecuencias jurídicas (v. gr., en el caso, la alteración del estado civil de viudedad de uno de los miembros de la pareja) que habría de conllevar efectos indeseados (v. gr., en el caso, la pérdida de la condición de hijos de viuda a los efectos, entre otros, del derecho a la exención del servicio militar que ello reportaba). ¿Es posible al mismo tiempo ser ‘cónyuge’ y no serlo a los efectos, no ya de las normas del ‘círculo interior’ de la relación de convivencia más específicamente propios del régimen jurídico matrimonial (normas de Derecho matrimonial y de familia), sino de aquellas otras normas que partiendo del matrimonio como un presupuesto, tratan de regular aspectos distintos de la relación de convivencia en cuanto tal (como es, en el caso, la norma de subrogación en el arrendamiento o la de exención del servicio militar a los hijos de viuda)? (...) Por ello, cobra pleno sentido la invocación del principio general de la buena fe y los fundamentos del derecho justo frente al ejercicio del derecho a la igualdad por quien con su comportamiento precedente lo contradice al haber ejercido su derecho a la diferencia” (93).

El restrictivo planteamiento del Tribunal Constitucional acerca de ese requisito adicional de la supervivencia durante dos años del adoptante que supone la STC 46/1999 permite albergar dudas respecto a otros supuestos similares. Nos referimos a la posibilidad de subroga-

---

(93) Para la conexión entre el principio de buena fe con el ejercicio de los derechos fundamentales, *vid.* A. MORENO GARCÍA, “Buena fe y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993, n° 38, mayo-agosto, pp. 263-295.

ción *mortis causa* en el arrendamiento de vivienda que prevé el art. 16.1.b) LAU a favor de quien conviva con el arrendatario “de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual”. Con carácter general, la determinación de los posibles beneficiarios de la subrogación es cuestión que, sin duda, queda a la libertad de configuración del legislador. En cuanto al régimen subrogatorio del conviviente, hay que distinguir: a) si existe descendencia en común, se equipara al trato que recibe el cónyuge viudo; b) si no existe descendencia en común, se equipara al trato que reciben los descendientes no sometidos a la patria potestad o a la tutela del arrendatario, al tiempo de su fallecimiento, los ascendientes, los hermanos y los parientes hasta el tercer grado colateral, con determinada minusvalía, del arrendatario.

La existencia de descendiente(s) en común con el arrendatario permite que el conviviente se subrogue en el contrato de arrendamiento con la “mera convivencia”, que habrá de entenderse, paralelamente a lo dispuesto en el apartado a), al tiempo del fallecimiento (94). De este modo, la existencia de descendencia común se convierte en el elemento decisivo que proporciona al conviviente *more uxorio* (heterosexual) una posición tan privilegiada como la que pueda corresponder al cónyuge del arrendatario fallecido.

En cambio, la falta de descendiente(s) en común supone que el conviviente sólo pueda subrogarse en el arrendamiento cuando esa convivencia hubiera abarcado, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento. Por lo expuesto anteriormente, este requisito plantea ciertas dudas acerca de su constitucionalidad. El Tribunal Constitucional ha afirmado la inconstitucionalidad de las diferencias, a los efectos de la subrogación arrendaticia (95), entre el

---

(94) F. PANTALEÓN PRIETO critica la expresión “descendencia en común” porque, literalmente, excluye a los hijos adoptivos, aunque realmente no se les haya querido excluir [“Introducción”, en AA.VV., *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, F. Pantaleón Prieto (director), Cívitas, Madrid, 1995, p. 35]. Por el contrario, J. LEÓN-CASTRO y M. DE COSSÍO consideran que no cabe subrogación cuando la descendencia no es común, o cuando se trate de hijos adoptivos; aunque es posible subrogarse cuando se trate de un hijo póstumo (*Arrendamientos urbanos. La nueva Ley de arrendamientos urbanos de 24 de noviembre de 1994*, Comares, Granada, 1995, p. 365).

(95) La conocida STC (Pleno) 222/1992, de 11 de diciembre [Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Gimeno Sendra (*R.A.T.C.* 222; *B.O.E.* de 19 de enero de 1993)] resuelve (con importantes Votos Particulares discrepantes de los Magistrados Excmo. Sr. D. Álvaro Rodríguez Bereijo y Excmo. Sr. D. José Gabaldón López) una cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 58 LAU (de 1964) concediendo al conviviente *more uxorio* derecho a la subrogación *mortis causa* arrendaticia que la Ley sólo reconocía al cónyuge del arrendatario fallecido. El Tribunal Constitucional articula la subrogación como un

matrimonio y la convivencia *more uxorio* (96), y esta previsión parece reintroducirlas de un modo indirecto. En efecto, la exigencia de dos

---

mecanismo de protección de la familia, negando que aquélla envuelva un imperativo constitucional. “[E]l mandato de protección a la familia no entraña, sin más, un deber para los poderes públicos de dispensar tal amparo, indiferenciadamente y sin matices, a todo género de unidades familiares, siendo evidente que puede el legislador diferenciar entre unas y otras en atención, por ejemplo, a criterios de necesidad relativa o a otros que resulten igualmente racionales. No está, por tanto, en el art. 39.1 CE la medida para apreciar la validez o invalidez de las diferenciaciones normativas en este punto, sino en el art. 14 CE, con arreglo al que habrá que apreciar si las diferenciaciones establecidas por la norma resultan o no discriminatorias (...) Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Constitución considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter ‘social’ de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los aps. 2 y 3 del mismo artículo (...) Sin duda que la garantía constitucional del matrimonio entraña, además de su existencia necesaria en el ordenamiento, la justificación de la existencia de su específico régimen civil, esto es, del conjunto de derechos, obligaciones y expectativas jurídicas que nacen a raíz de haberse contraído un matrimonio. Cuestión ya distinta es, sin embargo, si el matrimonio, más allá de esta regulación civil que le es propia, puede constituirse en supuesto de hecho de otras normas jurídicas que, en sectores distintos del ordenamiento, atribuyan derechos o, en general, situaciones de ventaja. Planteada en tales términos, esta pregunta no admite respuestas radicales o genéricas, pues tan cierta es la relevante diferenciación de partida entre unas situaciones y otras (matrimoniales y no matrimoniales) como la imposibilidad de zanjar toda duda al respecto con el argumento de que cualquiera ha de asumir las consecuencias, favorables y desfavorables, de no haber ejercido el derecho a contraer matrimonio (art. 32.1), aunque no sea más que por la consideración obvia de que no es éste un derecho de ejercicio individual, pues no hay matrimonio sin consentimiento mutuo (art. 45 CC)”.

Este planteamiento fue confirmado por la STC (Sala Primera) 6/1993, de 18 de enero [Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Gimeno Sendra (R.A.T.C. 6; B.O.E. de 12 de febrero)], aunque niega el derecho a la subrogación por falta de prueba del hecho de la convivencia.

Más recientemente, la STC (Sala Segunda) 155/1998, de 13 de julio [Ponente: Excmo. Sr. D. Carles Viver Pi-Sunyer (R.A.T.C. 155; B.O.E. de 18 de agosto)] ha concedido (con Voto Particular discrepante del Magistrado Excmo. Sr. D. José Gabaldón López) el amparo solicitado frente a una Sentencia que estima una pretensión de reso-



años de convivencia no constituye un modo de probar la convivencia *more uxorio*, sino que se prescinde de ese dato y se establece una diferencia respecto al matrimonio. La existencia de unión de hecho no requiere el transcurso de plazo alguno, y cuestión distinta es que sea conveniente establecerlo para garantizar su acreditación. Por ello, prescindiendo de problemas probatorios, tan unión de hecho puede ser la que dura un mes como la que dura treinta años. Sentadas estas afirmaciones, no parece razonable exigir que la convivencia *more uxorio*

lución de contrato de arrendamiento de vivienda por estimar la concurrencia de cesión o subarriendo inconstitucional. Se aplica la conocida doctrina constitucional sobre la subrogación del conviviente *more uxorio*, haciendo especial hincapié en que la relación de convivencia (y el arrendamiento suscrito por el hombre) se había iniciado en 1973 y finalizado (ambos) en 1979, cuando existía una imposibilidad legal de contraer matrimonio por ser el conviviente persona casada anteriormente. En este caso, "la ruptura de la relación sentimental deriva de la libre decisión de, al menos, uno de los convivientes y al analizar las consecuencias jurídicas de este hecho puede no ser irrelevante el dato de que la relación *more uxorio* se basa, precisamente, en la decisión libre y, en principio, no jurídicamente formalizada de los convivientes de mantener una relación en común que, también en principio, no produce el nacimiento de ningún derecho u obligación específicos entre ellos (...) Con todo, en la jurisprudencia constitucional se ha establecido una consideración previa al examen de la legitimidad constitucional *ex art. 14 CE* del trato diferenciado entre uniones matrimoniales y no matrimoniales: la existencia o no de libertad por parte de quienes desean convivir para escoger entre mantener una relación extramatrimonial o contraer matrimonio (...) [A] no darse las condiciones de libertad para contraer matrimonio o no hacerlo debido a causas constitucionalmente proscritas, debe presumirse que quienes convivieron *more uxorio* lo hicieron así porque no gozaron de la libertad efectiva para contraer matrimonio y, en consecuencia, debe reconocérseles los mismos derechos que hubieran tenido de haber formado una convivencia matrimonial".

Esta doctrina contrasta, como han puesto de relieve algunos Votos Particulares, con la STC (Pleno) 184/1990, de 15 de noviembre [Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Leguina Villa (R.A.T.C. 184; B.O.E. de 3 de diciembre)], que resuelve una cuestión de constitucionalidad en la que se planteaba la adecuación a los arts. 10, 14 y 39 CE de la limitación de la pensión de viudedad a los supuestos de matrimonio.

(96) Es discutible la interpretación que deba darse a un fragmento de la conocida STC (Pleno) 222/1992, de 11 de diciembre [Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Gimeno Sendra (R.A.T.C. 222; B.O.E. de 19 de enero de 1993)]: "[n]o es sólo que el legislador pueda, en efecto, rodear de específicas garantías la concesión del derecho de subrogación arrendaticia al miembro supérstite de una unión de hecho, evitando así que tal facultad se invoque sin fundamento en una convivencia estable y protegiendo, con ello, el derecho del arrendador. Es, sobre todo, de inexcusable consideración que la mera procuración de una mayor certeza jurídica no puede llevar a contrariar los imperativos de la igualdad (art. 14 CE) cuando de conseguir un objetivo constitucional se trata (art. 39.1 CE) y ya se ha dicho que la familia es, para la Constitución, objeto de protección en sí misma, y que la norma que así lo quiere no puede ser, por ello, reducida a un mero expediente para la indirecta protección del matrimonio".

rio se haya prolongado, como mínimo, los dos años precedentes al fallecimiento: ese requisito no es contemplado a efectos probatorios y la existencia de una unión de hecho no depende del transcurso de determinado plazo (97).

---

(97) También Á. CARRASCO PERERA considera que “el legislador ha ido más allá que la doctrina constitucional y ha vuelto a introducir una diferencia arbitraria entre matrimonio y concubinato. Pues el legislador no se limita a exigir una prueba de la convivencia, no exigible en parejas casadas, sino que impone unos requisitos de carácter suplementario y general para que se dé abstractamente la situación de subrogabilidad (...) El legislador no impone condiciones más restrictivas en la prueba de la convivencia (lo que sería congruente con la doctrina del TC) sino que selecciona los concubinatos dignos de subrogación”. Por ello, sugiere que los tribunales deberán emplear la convivencia bianual como presunción *iuris et de iure* de que dos personas “conviven en análoga relación de afectividad a la de cónyuge”, pero sin excluir que otros concubinos sin tanto tiempo de convivencia puedan acreditar su relación por otros medios de prueba [“Artículo 12”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador), Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 277-278].