

ESQUEMAS DE DERECHO DE FAMILIA

BLOQUE II: EL MATRIMONIO Y LAS CRISIS MATRIMONIALES

**(MATERIAL DIDÁCTICO PARA ALUMNOS DEL GRADO EN DERECHO
Y DE DOBLE GRADO DERECHO-ADE)**

JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ
Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Málaga

JESÚS MARTÍN FUSTER
Doctor en Derecho. Profesor Derecho Civil

ACTUALIZADO A OCTUBRE DE 2021
INCLUYE LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL POR LEY 8/2021

LECCIÓN 3. EL MATRIMONIO

1. El matrimonio: concepto, fundamento y evolución histórica:

- El matrimonio es un contrato “sui generis”, históricamente cargado de matices religiosos e ideológicos. Se detecta una evidente y progresiva secularización y aproximación a los contratos civiles, sobre todo de orden societario.
- Es un vínculo legal, constituido de por vida, entre dos personas, con específicos deberes y derechos recíprocos, celebrado mediante determinadas solemnidades legales.

- Aspectos críticos:

a) Es realmente un contrato? ¿Qué obligaciones nacen para las partes, que respondan a las características de las obligaciones (Libro IV del C.Civil)? Son obligaciones de contenido no patrimonial, *salvo la de sostenimiento o socorro mutuo, en su vertiente patrimonial*. (Sobre la posibilidad de responsabilidad civil por incumplimiento, remitimos a los deberes conyugales).

- Se diferencia de los contratos al uso en que no tiene contenido patrimonial (no es del todo cierto) y en que no hay intereses contrapuestos (pero se parece mucho a los contratos societarios, donde tampoco los hay).

- Se dice que no es contrato o negocio jurídico, porque no hay posibilidad de modificar su contenido (no es tampoco cierto del todo: es verdad lo dispuesto por el art. 58 CC, pero eso no impide modificaciones mediante pacto).

¿Qué hay de “jurídico” en el matrimonio?

- 1.- El deber de alimentos entre cónyuges, mientras no exista divorcio (o separación), entendido como deber de sostenimiento, y no como deber de alimentos ex artículo 142 ss. Del Código Civil.
- 2.- La presunción de paternidad.

3.- El deber de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares (sea cual sea el REM elegido): contribuirán según lo pactado o, en su defecto, de forma proporcional a sus respectivos caudales e ingresos.

4.- Quizás también el deber de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes u otras personas a su cargo (art. 68 CC).

b) ¿Realmente, se constituye de por vida? Hay que recordar la imposibilidad legal de vinculación perpetua en los contratos de servicios y la libertad para dar por concluidos en cualquier momento los contratos de confianza (mandato, servicios, obra). Seguramente por eso, y por la aplicación del principio de libre desarrollo de la personalidad, el legislador español desde 2005 establece que estamos ante un contrato que en realidad se renueva día a día, de modo que se puede romper en cualquier momento en cuanto uno solo de los cónyuges decida cambiar de opinión. Se han suprimido todas las trabas existentes a esa libre disolubilidad (salvo la exigencia de tres meses mínimos de matrimonio). (Cuestión: ¿sería inconstitucional una ley que estableciese una duración temporal concreta del matrimonio, con posibilidad de prórrogas?)

b) ¿Qué valor tienen los deberes recíprocos entre las partes, cuando uno de ellos manifiesta la voluntad de disolución? Ello nos remite a las consecuencias de la separación de hecho y a la eficacia de los pactos expresos o tácitos en la separación de hecho.

c) ¿Deben ser tan relevantes hoy las formalidades para constituirlo, cuando se es tan permisivo en cuanto a las exigencias legales para la disolución? Puede decirse que en la actualidad, en el derecho español, hay una cierta disfunción entre las exigencias para constituirlo y las facilidades para su ruptura.

- La solemnidad: En principio, responde a una idea de seguridad jurídica y de protección de terceros, por un lado (en su diferencia con las uniones de hecho), y a la tradición, por otro.

- Para determinar el valor de la solemnidad en el matrimonio hay que preguntarse qué aspecto de la forma del matrimonio es verdaderamente relevante y puede generar nulidad matrimonial. Respuesta: Muy poco (la intervención

de la autoridad competente y la presencia de dos testigos); lo demás no es relevante y no conlleva la nulidad del matrimonio (ni la tramitación del expediente matrimonial, ni la competencia del autorizante, ni la lectura de los preceptos legales del Código, etc., conforman datos formales esenciales). Ver arts. 53 y 73 CC.

(Cuestión: ¿Podría en el futuro disponerse por una ley la innecesidad de la presencia de dos testigos, por ejemplo, en el matrimonio ante Notario, habida cuenta que se trata de un fedatario público?)(

(Cuestión: ¿Sería viable una nulidad del matrimonio celebrado ante Notario si por la razón que sea no concurren los testigos (por ej., por confinamiento de la población)?)

- Varias formas/solemnidades, al reconocerse la forma canónica, y las de otras confesiones (judaica, musulmana, evangelista).

- No existe una idea inmutable e inamovible de lo que sea matrimonio: su contenido ha ido evolucionando con el tiempo (en España, por ej., han cambiado los deberes conyugales: arts. 66 ss. CC), y en función de cada sociedad.

- Su función es la de satisfacer necesidades de las personas en el aspecto afectivo, con el fin de desarrollo de la personalidad. Históricamente ha estado vinculado a las necesidades de procreación.

- El matrimonio puede ser concebido como negocio jurídico (contractual) y como relación jurídica entre dos personas.

- Matrimonio como negocio o como acto jurídico: ¿posibilidad de alteración por voluntad de los otorgantes?: sí es posible, al menos en los aspectos patrimoniales. En lo personal, sería posible, a nuestro juicio, en la medida en que las alteraciones no lo desfiguren y no permitan identificarlo como tal. No se puede olvidar que el Estado no debe poder inmiscuirse en el ámbito de intimidad de las personas, y la vida familiar y el domicilio familiar es uno de esos ámbitos). Estaría en juego además el principio del libre desarrollo de la personalidad. De todos modos, *el régimen legal persistirá frente a terceros* en la medida en que no sea formalmente disuelto o alterado (en lo económico), a menos que los terceros no sean de buena fe y se les haya dado conocimiento de esas alteraciones.

- No obstante, el legislador concibe el matrimonio como único en cuanto modelo legal inalterable, al menos en el momento de su celebración. Así lo quiere nuestro legislador todavía: Normalmente, por razones de seguridad jurídica, quizás por facilidad, y por las dificultades de que los terceros puedan conocer con total precisión las posibles alteraciones concretas en su régimen. En relación a esto último, a día de hoy, a pesar de que la ya plenamente vigente Ley del Registro Civil de 2011 ha intentado solucionar el problema, sigue siendo muy difícil a los terceros conocer todos los específicos pactos entre cónyuges, ya que el Registro Civil aún no los publica, pero está prevista ya la publicación o transcripción de los acuerdos o pactos económicos concretos que puedan afectar al régimen económico matrimonial (art. 1333 CC y art. 60 LRC); antes sólo se practicaba una “mención” registral al REM. (No sucede así con los matrimonios ya inscritos antes de entrar en vigor la LRC en este punto, respecto de los cuales sigue sin poder saberse el contenido de sus pactos en capitulaciones).

- Matrimonio como creador de un estado civil: hoy ha perdido buena parte de su relevancia, al poderse disolver con suma facilidad.

- Tradicionalmente el matrimonio ha sido entre personas de distinto sexo. La reforma legal de julio de 2005 ha permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo que hasta la fecha sólo existe en contados países europeos. Hoy se admite en nuestra legislación el matrimonio entre personas del mismo sexo, con exactamente los mismos efectos jurídicos que cualquier matrimonio heterosexual (salvo los relacionados con la procreación y la filiación). El matrimonio de transexuales se entiende hoy admitido, después de cierta jurisprudencia dubitativa.

- ¿Eficacia del acuerdo de extinción del matrimonio *inter partes*, antes incluso de la sentencia? No se ha planteado en la jurisprudencia como tal, pero sí respecto de los pactos de separación de hecho (Cuestión conexas con esta es la de si la sentencia de divorcio es constitutiva o declarativa. Sobre ello se vuelve más adelante).

- ¿Qué valor tiene la decisión unilateral de disolver el matrimonio? Hay que pensar que la misma no impide una reconsideración de la decisión (no es irrevocable, y puede dar lugar al desistimiento de demanda de divorcio unilateral aún no concluida con sentencia firme).

2. Sistemas matrimoniales:

- Dos tipos genéricos:

a) Sistemas dualistas: dos tipos de matrimonios, con su régimen propio, uno civil y otro religioso (de la confesión dominante); en principio, sin libre elección.

b) Sistemas monistas: un único tipo de matrimonio.

- Los sistemas dualistas se caracterizan por la admisión de al menos dos modalidades o formas de celebrar el matrimonio, con los mismos o con distintos efectos.

- Los sistemas monistas se caracterizan por un único matrimonio, con los mismos efectos, pero distintas formas de celebración,

- Dentro de estos últimos, se distingue tradicionalmente entre:

a) Los de corte latino: forma religiosa obligatoria para los bautizados o miembros; forma civil, para los que no profesan religión.

b) Los de corte anglosajón: dos (o más) formas, pero de libre elección.

- Nuestro sistema vigente es de matrimonio único, con diversidad de formas de celebración, y de libre elección (en la medida en que lo permita el responsable de la confesión correspondiente). No existe un matrimonio religioso (católico) con un contenido y un régimen diferenciado del regulado en el Código civil.

- En la actualidad se admiten, además de la forma civil general, hasta cuatro formas religiosas de celebración: las del rito católico, protestante (evangelista), judaico y musulmán.

3. La promesa de matrimonio:

- Se regula en los arts. 42 y 43 C. Civil.

- No tiene legalmente la consideración de contrato vinculante, aunque sí se le atribuyen algunos efectos jurídicos en caso de ruptura. Fundamento: asegurar la libertad plena de contraer el matrimonio, en el momento en que ha de expresarse la voluntad matrimonial y ante la autoridad competente.

- Puede ser vinculante en la medida en que no se haga depender lo acordado de la celebración del matrimonio.

- Hay que replantearse el valor actual de la promesa, a la vista de la nueva concepción del matrimonio. Entendida como acuerdo de ambas partes firme y seguro de contraer futuro matrimonio, habría que plantearse la posibilidad de vigencia, a pesar de la ruptura del matrimonio, si resulta que a pesar de todo hay una convivencia ulterior de las partes, pero fuera del matrimonio, como unión de hecho. Quizás en este caso, podría tener relevancia jurídica.

- Presupuestos de la responsabilidad por ruptura:

1.- Incumplimiento sin causa.

2.- Promesa cierta de matrimonio.

3.- Efectuada por mayor de edad o menor emancipado (esta última referencia hoy no tiene mucho sentido).

- Gastos incluibles: gastos hechos y obligaciones contraídas (y aún no cumplidas) en atención al matrimonio.

a) Repercusión de gastos por pasar temporadas en casa de la novia/novio: no parece.

-Plazo de caducidad de un año para exigir estos gastos (art. 43 CC).

4. La capacidad matrimonial:

- Limites generales:

a) Impedimento de edad: Ha cambiado: ya no se puede a partir de los 14 años, sino a lo sumo a partir de los 16 años y previa emancipación formal.

Es aplicable a los españoles. ¿Es cuestión de orden público español la exigencia de edad? (Caso de menor de 15 años marroquí que se casa con consentimiento de su padre, y pretende su vigencia en España). No debe serlo.

b) Impedimento de vínculo:

- Es cuestión de orden público la monogamia (delito de bigamia).

- Hay que pensar en el cambio producido en la concepción del matrimonio y su influencia en este impedimento

(cuando por ej., ya se ha hecho una manifestación solemne e inequívoca de divorciarse, pero aún falta la resolución judicial).

- En casos de nulidad matrimonial, la sentencia que anula un matrimonio anterior, aunque sea posterior, entendemos que es declarativa, y no constitutiva, por lo que sería válido el segundo matrimonio, aun antes de dictarse la citada sentencia.

- Límites especiales: Art. 47 CC: Aplicable a personas concretas que, teniendo capacidad general, no pueden casarse entre sí.

a) Parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción.

Razones eugenésicas y de orden social. Respecto de la adopción, el adoptado no podrá contraer matrimonio ni con los adoptantes ni con sus consanguíneos. Si se extinguiera la adopción (art. 180 CC) se podría contraer matrimonio.

b) Parentesco por consanguinidad hasta el tercer grado. Cabe dispensa por el Juez (art. 48CC) del tercer grado de colateralidad. No se incluye el parentesco adoptivo, aunque quizás habría que hacerlo, dado que normalmente se adopta desde muy corta edad, y hay un vínculo afectivo creado entre los hermanos y parientes que podría justificar la extensión de la prohibición, por razones sociales.

c) Condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o conviviente de cualquiera de ellos. Ha cambiado en 2015: se incluye al conviviente de hecho, y cabe dispensa por el Juez (antes era el Ministro de Justicia).

- La discapacidad no se considera como una limitación general a la capacidad de contraer matrimonio. Desde 30 de abril de 2021, está ya en vigor el art. 56 CC, del que se deduce con carácter general la posibilidad de las personas con discapacidad para contraer matrimonio. Sólo excepcionalmente, si las condiciones de salud de la persona afectada de modo evidente, categórico y sustancial estuviera impedido para prestar el consentimiento, por encima de las posibles

medidas de apoyo que pudieran existir con ese fin, se podría recabar, por quien tramitase el expediente matrimonial, un dictamen médico para decidir si autoriza o no el matrimonio. Esta norma, que procede la reforma del año 2015, quizás convendría revisarla, a la vista de los cambios introducidos por la Ley 8/2021. En todo caso, debe tener relevancia el hecho de que la discapacidad no aparece en los arts. 46 y 47 sobre capacidad para contraer matrimonio.

5. El consentimiento matrimonial:

- Consentimiento singular, y no general: en relación a la persona con la que contrae. Es simultáneo al de la otra parte contrayente.

- No hay consentimiento:

a) En caso de simulación: Confabulación de ambas partes para ponerse de acuerdo y aparentar algo que no quieren. Matrimonio nulo.

- Ellos nos lleva a los matrimonios de complacencia o de conveniencia: se buscan otros fines (fraude de ley?). Presunción general de buena fe, y reconocimiento del “*ius connubii*”. Grandes dificultades de prueba. Grave riesgo de cierto “clasismo” o incluso racismo o xenofobia. Posible vulneración de normas y principios constitucionales (por parte de la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006). Atender a datos objetivos. Se puede ejercer un control tanto *a priori*, en la tramitación del expediente matrimonial, como *a posteriori*, a través de acción de nulidad.

b) En caso de reserva mental: Se trata de una voluntad unilateral de uno de los contrayentes de no querer casarse, ocultada en el momento de prestar el consentimiento ante la autoridad competente (apariencia de consentimiento externo, sin que coincida con la voluntad interna). Gran dificultad de prueba.

c) Otros casos de falta de consentimiento:

- Matrimonios celebrados por poder, cuando este no existía por ser nulo, o fue revocado antes de la celebración; o cuando había fallecido antes el poderdante.
- No hubo consentimiento ante la autoridad competente.
- Anomalías o deficiencias psíquicas graves (suavizado mucho con las últimas reformas legales).

d) La condición, término y modo en el matrimonio: El efecto es que se tiene por no puestos.

Si ese condicionante no se pone de manifiesto ante el autorizante, podría implicar simulación. Pero para que ello suceda, y pueda dar lugar a nulidad matrimonial, lo será en la medida en que pueda probarse que el consentimiento no se hubiera prestado de otra forma.

- Referencia al término: Quizás habría que replantearse esta restricción, dada la actual concepción del matrimonio (que “se renueva día a día”).
- Referencia al “modo” (imposición de obligaciones a uno de los cónyuges, que no entren dentro de lo fijado en el estatuto matrimonial, o dentro de lo susceptible de pacto entre los cónyuges): la libertad de pacto no tiene por qué excluir la eficacia de pactos a este respecto.
- Posibilidad de fijar estos condicionantes *a posteriori*, después de celebrar el matrimonio. ¿Qué eficacia tendrían? ¿Serían vinculantes, en cuanto a los efectos jurídicos pactados (penalidades, por ej.; o atribuciones patrimoniales beneficiosas)? Remisión a las consideraciones generales sobre la libertad de pactos en el matrimonio.

6. El expediente matrimonial:

Se ha seguido tramitando hasta la fecha por el Juez Encargado del Registro Civil. A partir de ahora, el art. 51 CC ya autoriza a Notarios y Letrados de la Administración de Justicia para dirigir ellos mismos la tramitación del expediente

matrimonial, junto con los Encargados del Registro Civil.

7. **La forma de celebración del matrimonio:**

- Es elemento esencial, en cuanto el matrimonio es un negocio con forma “ad solemnitatem”. No obstante, no toda vulneración de la forma de celebrar el matrimonio conlleva la nulidad del mismo; sólo en supuestos muy puntuales (ver art. 73.3 CC). No es requisito de forma solemne la inscripción en el Registro Civil (art. 61 CC).

- Posibilidad de optar entre matrimonio en forma civil o en formas religiosas: sea cual sea la confesión de los contrayentes.

- Forma civil: art. 49 CC: Es aplicable a los españoles que deseen contraer matrimonio.

- Ha cambiado en 2015 en cuanto a las autoridades y funcionarios que los pueden celebrar:

a) Juez, Alcalde o funcionario señalado por el Código. Pueden delegar (art. 57.II CC).

b) Secretario Judicial (LAJ) o Notario: Aunque, como se ha dicho, había quedado pendiente que pudieran tramitar el expediente matrimonial, pueden desde 2015 intervenir en el acto mismo de la celebración del matrimonio.

- ¿Y si no son españoles? Se puede otorgar ante la autoridad prevista en su ley nacional. En España se reconocerá ese matrimonio como regla, salvo que atente al orden público español (ej. matrimonio poligámico).

- Formas religiosas:

La Ley 25/1992 de 10 de Noviembre reconoció, además de la confesión católica, a las Entidades religiosas Evangélicas, a la federación de las Comunidades Israelitas de España y a la Comisión Islámica de España, como autorizadas para otorgar matrimonio en esa forma. Esta ley ha sido modificada en parte por la Ley de J.Voluntaria de 2015.

En todas ellas, el Expediente matrimonial se tramitará ante las autoridades civiles antes señaladas. La prestación del consentimiento se hará ante el representante o ministro del culto correspondiente, debiendo cumplirse las exigencias de la legalización civil precisas para su inscripción.

8. Contenido del Matrimonio: los deberes conyugales:

- Arts. 66 ss. CC.

- Matrimonio como contrato bilateral con deberes recíprocos para ambos cónyuges.

- Naturaleza de estos deberes: no son coercibles. Han desaparecido casi totalmente las posibles sanciones legales por su incumplimiento (básicamente, antes eran las de servir de base a la separación o el divorcio).

- Posibilidad de exigir responsabilidad civil por daños en caso de vulneración de deberes conyugales? Hasta ahora, el T.Supremo lo ha denegado en varias sentencias. Sin embargo, algunas Audiencias Provinciales lo han admitido. Daños resarcibles hipotéticamente: daños morales, así como daños generados al padre legal por el mantenimiento de un hijo que no era suyo.

Desde la reciente STS de 13 de noviembre de 2018, ha quedado ya definitivamente fijado que no cabe responsabilidad civil por incumplir el deber de fidelidad, ni siquiera por daños moral derivado del desvelamiento de que uno o varios hijos no son del marido de la madre. Argumentos expuestos:

- No hay norma dentro del Derecho de familia que establezca sanciones o que disponga la posibilidad de RC del incumplidor.
- Es muy difícil establecer un juicio moral sobre el origen y causante de los daños, teniendo en cuenta que ello tendría repercusiones negativas en la familia.
- No se dejan de sancionar otras conductas, cuando sean de tipo penal o vulneren derechos fundamentales.
- La ocultación de la filiación como dato relevante para condenar por responsabilidad, es una razón análoga, y no se diferencia en lo sustancial del incumplimiento del deber de fidelidad.
- No tiene sentido impugnar la filiación sobre el hijo, como suele hacer el padre formal que reclama indemnización, y a continuación pedir daños morales por la “pérdida” del hijo.

9. Crisis matrimoniales:

- NULIDAD:

- Defecto de origen (en la capacidad, el consentimiento o la forma).
- Las causas de nulidad están en el art. 73 y ss. CC.: remisión a los vicios del consentimiento contractual, con matices (no aparece el dolo, pero eso no implica que esté excluido).
- Quizás existe una correlación entre nulidad y divorcio: cuanto más fácil sea divorciarse, menos relevancia deberían tener las causas de nulidad.
- La solicitud de nulidad suele conllevar crisis de la pareja: en caso contrario, se podría convalidar.

- Cuidado: esa convalidación afecta a sólo determinadas causas de nulidad (vicios del consentimiento) pero no a otras (falta de consentimiento, defecto de forma). Quizás debería reformarse el CC en este punto, para permitir la convalidación también en estos casos.

- Sus efectos varían algo respecto de la separación y el divorcio, a pesar de que los arts. 90 ss CC parezcan dar un tratamiento unitario a los tres tipos de situaciones. Especialmente las diferencias residen en la pensión compensatoria (no la hay en la nulidad: sólo la indemnización prevista en el art. 98 CC), y en la liquidación del REM (se puede optar por liquidar con base en el régimen de participación, sin que el de mala fe pueda obtener beneficios del otro: art. 1395 CC).

- Hay diferencias en cuanto a la acción de nulidad:

a) Se puede ejercitar por los sujetos legitimados legalmente aun después de la muerte de uno de los cónyuges (no así en el divorcio).

b) No sólo están legitimados los cónyuges, sino otros sujetos, según la causa de nulidad: básicamente, cuando la causa no afecta a un vicio del consentimiento de uno de los cónyuges, la legitimación es amplia (art. 74 CC: cualquier persona con interés legítimo y Ministerio Fiscal, en casos de defecto de forma o de inexistencia de consentimiento matrimonial). En caso de falta de capacidad, el art. 75 CC, adopta una legitimación intermedia, ni muy amplia ni muy estricta.

- Al ser defecto de origen, la nulidad tiene eficacia retroactiva al momento de celebración: es como si no hubiera habido matrimonio ni convivencia.

- Esto debe ser matizado por el art. 79 CC (**matrimonio putativo**):

a) Se exige la buena fe de alguno de los cónyuges (puede ser de ambos).

Por buena fe se entiende la ignorancia de la causa de nulidad o la conducta del contrayente adecuada en relación a la celebración del matrimonio. En los hijos siempre hay buena fe.

b) Efectos respecto de los hijos: se consideran matrimoniales a todos los efectos (relevancia sólo a efectos de filiación y de acciones de filiación). Obviamente, no dejan de ser hijos de su padre y de su madre, al margen del matrimonio de éstos, por lo que siguen bajo la patria potestad de ellos tras la nulidad, y conservan sus derechos de alimentos y hereditarios.

c) Efectos respecto del cónyuge de buena fe: conserva sólo los ya producidos antes de la firmeza de la sentencia de nulidad. Aquí se incluyen, entre otros, la nacionalidad, la residencia, e incluso la sucesión hereditaria, si su cónyuge de mala fe había fallecido antes de la firmeza de la sentencia. No sucede así cuando los efectos se pretenden después de decretarse la nulidad, al haberse extinguido el matrimonio con efectos retroactivos (es como si nunca hubiera existido, respecto de tales posibles efectos).

- SEPARACION:

- Ruptura de la convivencia pero no del vínculo.

- Hoy es mucho más claro: el que se separa, expresamente no desea la disolución del vínculo matrimonial.

- En cuanto a sus efectos: básicamente, cesa la convivencia, y como consecuencia, el deber de vivir juntos. Por derivación, el deber de fidelidad y el de socorro mutuo (salvo respecto de los alimentos).

1.- Separación de hecho:

- No interviene la autoridad pública decretándola. Es fruto del acuerdo o de la decisión unilateral.
- No es una situación de ilegalidad, aunque hace años se discutía, en la medida en que supone incumplir los deberes matrimoniales. No obstante, puede suponer excepcionalmente un delito de abandono de familia.
- En principio, no supone la disolución del REM (gananciales o similar), pero la jurisprudencia lo entiende implícito en el hecho mismo de separarse. No obstante, recientes sentencias del Tribunal Supremo parecen haber cambiado de opinión en este aspecto, en cuanto parecen remitir a la fecha de la sentencia de separación o divorcio, o a la de la sentencia que resuelve la extinción del REM de gananciales conforme a los arts. 1393 y 1394 CC.
- Respecto de hijos, la situación sigue igual como regla (patria potestad compartida): pero el ejercicio de la patria potestad corresponde al progenitor con quien convivan los hijos menores (art. 156 CC). No es causa por sí sola de privación de la patria potestad: es lógico que la convivencia con los hijos cese.
- Hay que tener mucho cuidado en la práctica con las situaciones creadas por la separación de hecho, ya que si se extienden en el tiempo, pueden crear efectos que acaben consolidándose y ratificándose cuando haya separación legal o divorcio.
- Pactos en la separación de hecho:
 - Aplicación de los criterios y límites generales.
 - Validez de los relativos a las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges en el período de separación. No necesidad de control judicial.
 - Probable aplicación de los efectos del art. 102 CC, si hubo pacto de separación, salvo estipulación específica en

contrario.

- Respecto de hijos menores, están sujetos en cuanto a su validez al control judicial (previo o sobre todo posterior), a través de su sometimiento por terceros o por los propios hijos (art. 158 CC).

2.- Separación legal:

- Supone el control judicial o público, previo o posterior.

- Puede ser de mutuo acuerdo, o a instancias de uno solo de los cónyuges. Este último sólo puede ser judicial.

- Esquemáticamente, tras la reforma de julio de 2015 y la reciente de Ley 8/2021 sobre discapacidad, las cosas son así:

a) Separación decretada por la autoridad judicial (siguiendo el procedimiento de la LEC): según el art.81 CC:

1.- Cuando se trate de separación consensual, pero existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores.

En cambio, si son discapacitados pero el prestador de apoyos es persona distinta de los progenitores, se podría acudir al Notario (o al Letrado de la Administración de Justicia): como se comprueba, se amplía así el ámbito de la separación matrimonial (y el divorcio) por el cauce notarial o ante el LAJ. La razón teórica de la limitación es que cabe suponer que, si los cónyuges son los prestadores de apoyo, habrá un conflicto de intereses, de modo que sería lógica la intervención judicial.

Hay que presentar con la solicitud propuesta de convenio regulador del art. 90 CC. El juez puede revisar su contenido así como el Ministerio Fiscal, que debe intervenir en interés de estos hijos menores o incapaces.

2.- Cuando se trate de separación unilateral a petición de uno solo de los cónyuges. Aquí parece lógico que intervenga la autoridad judicial, ya que existe un conflicto de intereses que ha de resolverse. Procede haya o no hijos menores o mayores con medidas de apoyo.

Se exige en ambos casos el transcurso de 3 meses de matrimonio, salvo lo previsto en la norma (riesgo para vida e integridad,...del cónyuge demandante o de los hijos). La vía en tales casos es la de acudir al Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

b) Separación de mutuo acuerdo, sin que haya hijos menores o mayores con medidas de apoyo no atribuidas a sus progenitores: en tales casos, no interviene el Juez, y se puede optar por someter el Convenio regulador al LAJ (Secretario Judicial) o bien al Notario (deben tener competencia en ese territorio).

- Esa solicitud debe incluir la prestación del consentimiento inequívoco de separarse ante dichos funcionarios, así como la presentación de Convenio regulador.

- Se exige la presencia personal de cada cónyuge (eso parece implicar la imposibilidad de actuar a través de apoderado: lo cual es ilógico dado que el art. 55 CC permite el matrimonio mediante apoderado; luego debería hacer lo propio en caso de separación o divorcio).

- También se exige el consentimiento de los hijos mayores que convivan y que no tengan medios suficientes. Este consentimiento es voluntario, por lo que no es imprescindible: si no lo dan, deben acudir a un procedimiento judicial de reclamación de alimentos. No dice nada la ley, tras la reforma de 2021, acerca del consentimiento de los hijos mayores discapacitados con medidas de apoyo no atribuidas a sus progenitores: entendemos que deberán también prestar ese mismo consentimiento, sin o con la presencia de sus apoyos, en función del alcance concreto de los mismos.

- Es obligatoria la presencia de abogado (lo era ya antes de la reforma para cualquier actuación ante los Tribunales, no ante el Notario).
- Llama la atención lo dicho en el art. 90.2.IV CC: incluso cuando intervienen los Notarios, parece que se dispone de un título ejecutivo calificable como “judicial”, puesto que dice que los acuerdos se podrán hacer efectivos por la vía de apremio.
- La acción de separación:
- Sólo corresponde a los cónyuges. Se deduce del art. 81 y 82 CC.
- Sin embargo, el TS primero y después el T.Constitucional (STC de 18 de diciembre de 2000) han admitido la posibilidad de que el representante legal del cónyuge (cuando hubiera sido incapacitado) pueda también instar la separación matrimonial, en defensa de los intereses del tutelado (razones de tutela judicial efectiva de los intereses de éste, dado que el cónyuge capaz podría tomar decisiones de administración perjudiciales para el otro). Es dudoso que esta doctrina se pueda aplicar tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021: en todo caso, parece que, de admitirse, sería imprescindible la autorización judicial previa, por el mandato del nuevo art. 287.1º del C.Civil (aunque no es seguro que este apartado 1º incluya este supuesto).
- Efectos de la separación:
- Art. 83 CC: separación de la vida en común y cese de la posibilidad de vincular bienes del otro en la potestad doméstica.
- Momento de estos efectos: Es discutible: desde la firmeza de la sentencia o del decreto del Secretario judicial; si fue ante Notario, desde el otorgamiento mismo (supone una cierta priorización del cauce notarial, que es más rápido en

cuanto a sus efectos).

- Se introduce una referencia a la necesidad de que la separación produzca plenos efectos frente a terceros de buena fe a partir de la inscripción de la separación en el Registro Civil (esto no se decía en el antiguo art. 83 CC).

- Art. 84 CC: no se ha modificado lo referente a la reconciliación, que sigue igual, en cuanto a exigencia de comunicación al Juez que entienda o haya entendido del litigio (cuando hoy intervienen Secretario judicial o Notario, debe formalizarse la reconciliación en una nueva escritura pública o en un acta de manifestaciones ante el Secretario). En general, no estamos de acuerdo con la necesidad de que haya que notificar la reconciliación: creemos que sus efectos, al menos *inter partes*, se producen desde que así lo deciden ambos cónyuges, o aquel que se separó. Tan sólo puede ser relevante si el procedimiento aún no ha concluido.

- Efectos automáticos por la presentación de demanda o solicitud (art. 102 CC: no ha sido corregido y sigue hablando de demanda, cuando no tiene por qué ser ya así):

a) Viven separados (seguramente ya lo estaban desde antes) y cesa la presunción de convivencia (a efectos de presunción de paternidad, por ej.).

b) Revocación de consentimientos y poderes (efectos del cese de la relación de confianza).

- DIVORCIO

- Supone la ruptura sobrevenida y definitiva del vínculo, además del cese de la convivencia.

- Preponderancia del principio del consentimiento: lo decisivo para el legislador español es la voluntad inequívoca de divorciarse, y no los motivos para hacerlo, que son irrelevantes. Se funda en la idea del divorcio como manifestación del principio del libre desarrollo de la personalidad.

- Se aplican al divorcio los mismos parámetros y cauces que a la separación matrimonial. Por lo tanto:

a) Divorcio decretado por la autoridad judicial (siguiendo el procedimiento de la LEC):

1.- Cuando se trate de divorcio consensual, pero existan hijos menores no emancipados o mayores discapacitados con apoyos que sean los de sus progenitores. Hay que presentar con la solicitud propuesta de convenio regulador del art. 90 CC. El juez puede revisar su contenido así como el Ministerio Fiscal, que debe intervenir en interés de estos hijos menores o incapaces.

2.- Cuando se trate de divorcio unilateral a petición de uno solo de los cónyuges. De nuevo decir que parece lógico que intervenga la autoridad judicial, ya que existe un conflicto de intereses que ha de resolverse. Procede haya o no hijos menores o incapaces.

Se exige en ambos casos el transcurso de 3 meses de matrimonio, salvo lo previsto en la norma (riesgo para vida e integridad,...del cónyuge demandante o de los hijos). La vía en tales casos es la de acudir al Juzgado de violencia doméstica.

b) Divorcio de mutuo acuerdo, sin que haya hijos menores o con hijos mayores discapacitados con apoyos que no sean los de sus progenitores: en tales casos, no interviene el Juez, y se puede optar por someter el Convenio regulador al LAJ (secretario Judicial) (con competencia conforme al art. 769 LEC: lugar del domicilio conyugal o del domicilio del demandado, a elección) o bien al Notario (deben tener competencia en ese territorio).

- La norma del art. 87 CC dice que “*los cónyuges también podrán.*”, con lo que suscita cierta duda acerca de si, en tales casos, se podría recurrir a la vía judicial. Este adverbio (*también*) no aparece en la regulación de la separación.
- No se entiende muy bien que sólo el divorcio (o separación) consensuales y sin hijos menores o con mayores discapacitados con apoyos que no sean sus progenitores pueda ser decretado por Secretarios y Notarios, y no el divorcio unilateral. En este último, debería haberse autorizado la posibilidad de manifestar la voluntad de divorciarse (dado que no se exigen condiciones ni se fijan límites) del cónyuge concreto ante el Fedatario público (no son otra cosa Notario y Secretario Judicial), con efectos disolutorios inmediatos, y dejar para el Juez la resolución de los conflictos de intereses sobre vivienda familiar, pensión compensatoria, guarda de hijos, etc....
- Esa solicitud debe incluir la prestación del consentimiento inequívoco de divorciarse ante dichos funcionarios, así como la presentación de Convenio regulador.
- Se exige la presencia personal de cada cónyuge (eso parece implicar la imposibilidad de actuar a través de apoderado: lo cual es ilógico dado que el art. 55 CC permite el matrimonio mediante apoderado; luego debería hacer lo propio en caso de separación o divorcio).
- También se exige el consentimiento de los hijos mayores que convivan y que no tengan medios suficientes. Este consentimiento es voluntario, por lo que no es imprescindible: si no lo dan, deben acudir a un procedimiento judicial de reclamación de alimentos. Recordar de nuevo que no dice nada la ley, tras la reforma de 2021, acerca del consentimiento de los hijos mayores discapacitados con medidas de apoyo no atribuidas a sus progenitores: entendemos que deberán también prestar ese mismo consentimiento, sin o con la presencia de sus apoyos, en función del alcance concreto de los mismos.
- Es obligatoria la presencia de abogado (lo era ya antes de la reforma para cualquier actuación ante los Tribunales, no

ante el Notario).

- Se aplica también lo dispuesto en el art. 90.2.IV CC: incluso cuando intervienen los Notarios, parece que se dispone o no de un título ejecutivo calificable como “judicial”, puesto que dice que los acuerdos se podrán hacer efectivos por la vía de apremio.

- Acción de divorcio: Se regula en el art. 88 CC, que no ha sido modificado.

- Sólo están legitimados los cónyuges, como es obvio, al tratarse de una cuestión personalísima (reforzada por la exigencia de su presencia personal en los divorcios consensuales ante Notario o Secretario).

- No obstante, la Sentencia del T.Supremo de 21 de septiembre de 2011, ha resuelto legitimar también al representante legal del cónyuge incapacitado. El criterio utilizado es muy discutible, dado que entendemos existen mecanismos legales de tutela de aquél que no supongan necesariamente la disolución del vínculo (que podría no ser querido por el cónyuge incapaz, si tuviera discernimiento). Es bastante dudoso que perviva esta jurisprudencia tras la Ley 8/2021 sobre discapacidad y la importancia de la voluntad del sujeto discapacitado: sólo se éste, antes de caer en un estado de total inconsciencia, hubiera expresado su voluntad seria e inequívoca de divorciarse (aunque no se hubiera materializado todavía), sería admisible que el prestador de apoyos tuviera esa legitimación; para ello sería siempre necesaria la previa autorización judicial conforme al art. 287.1º CC.

- La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges. Es efecto de su carácter personalísimo.

- Sin embargo, no debería ser así en sentido estricto, dado que no son los mismos efectos los de la disolución por muerte que por divorcio (por ej. no hay derecho a pensión compensatoria del cónyuge sobreviviente; sólo derecho a los gananciales y a la herencia, en su caso). Por eso, debería permitirse que, una vez iniciada la demanda de divorcio,

se pudiera continuar la misma hasta su sentencia, incluso aunque falleciera el cónyuge demandado durante la tramitación del procedimiento. Ello porque así se podría conseguir una sentencia que fijase una pensión compensatoria al cónyuge sobreviviente, dado que el art. 101 CC permite la continuidad de la misma más allá de la muerte del obligado a prestarla.

- Respecto de la reconciliación, debemos reiterar lo dicho respecto de la separación judicial.

- Efectos del divorcio:

- Se extingue el vínculo y como consecuencia de ello, todos los deberes conyugales. No hay ya deber de alimentos ni derechos sucesorios (intestados ni legitimarios).

- Seguramente todo esto (salvo los alimentos) ya se había producido antes, con la separación de hecho de los cónyuges, esto es, con la ruptura de la convivencia definitiva, y no meramente puntual.

- Tiene efectos “ex nunc”, esto es, sin retroacción al momento de la celebración del matrimonio.

- Es muy discutible, sobre todo tras las dos últimas reformas de 2005 y de 2015, que cuando el divorcio es judicial, haya que esperar a la firmeza de la sentencia para que produzca efectos (art. 89 CC). Deberían producirse sus efectos, al menos *inter partes*, a partir de las declaraciones de voluntad inequívocas de divorciarse (o si era unilateral, a partir de la demanda de divorcio). Ello permitiría declarar disuelto el vínculo a partir de ese momento, con posibilidad de considerar válido el matrimonio celebrado entre tanto. (Pensar que en determinados casos, podría tardarse tiempo en dictarse sentencia, por razones formales u organizativas del Juzgado). Estamos pensando en el divorcio judicial, y en el decretado por el Secretario judicial, pero no sucede lo mismo con el resuelto por el Notario.

JURISPRUDENCIA:

Sentencia del TS de 30 de julio de 1999:

“...PRIMERO.- Don Alberto V. M. promovió juicio declarativo de menor cuantía contra doña María de los Angeles B. D., sobre reclamación de 22.200.000 pesetas en concepto de daños morales y patrimoniales, nulidad del convenio regulador y nueva liquidación de la sociedad conyugal existente entre ellos, cuyas pretensiones tenían como antecedentes fácticos, los siguientes: -Don Alberto y doña María Angeles contrajeron matrimonio civil y canónico en Madrid, el día 8 de mayo de 1974-, -Durante el matrimonio nacieron dos hijos en 1977 y 1981 e inscritos con los nombres de Sergio y Arianne-, -En 8 de febrero de 1983, los esposos suscribieron un convenio regulador, protocolizado notarialmente, procediendo así a una separación de cuerpos y bienes, quedando los hijos bajo la guarda y custodia de la madre, con las obligaciones del padre respecto a las cargas matrimoniales-, -En 1984, doña María Angeles demandó a don Alberto, impugnando su paternidad respecto a los hijos mencionados, en cuyo procedimiento recayó Sentencia en 18 de marzo de 1986, en la que se declaró que don Vicente S. L. era el padre de los niños Sergio y Arianne, habidos con doña María Angeles B. D. de relaciones extramatrimoniales, con los derechos y obligaciones inherentes a dicha relación paterno-filial, debiendo hacerse en el Registro Civil correspondiente las oportunas rectificaciones e inscripciones- y -En 1986 se instó por doña María de los Angeles demanda contra don Alberto sobre disolución del matrimonio por divorcio, y por Sentencia de 15 de febrero de 1988 se estimó la demanda, así como la reconvenición, decretándose la disolución, por divorcio, del matrimonio, y se acordó no conceder pensión compensatoria por desequilibrio económico a favor de don Alberto, Sentencia que fue confirmada por la dictada en 6 de mayo de 1989-. Las referidas pretensiones fueron resueltas por el Juzgado de Primera Instancia número Veintiuno de Madrid, en Sentencia de 5 de octubre de 1992, por lo que, con estimación parcial de la demanda, se condenó a doña María Angeles a abonar a don Alberto, en concepto de daños morales, la cantidad total de diez millones de pesetas, absolviéndole del resto de las peticiones formuladas contra ella, siendo revocada por la dictada, en 28 de noviembre de 1994, por la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, en el sentido de desestimar íntegramente la demanda interpuesta por don Alberto V. M., y es esta Sentencia la recurrida en casación por el expresado don Alberto.

SEGUNDO.- En el recurso de casación se formula un único motivo amparado en el ordinal 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el que se denuncian, como infringidos, concretamente, los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación con el 1101, y se viene a

argumentar, en síntesis, cuanto sigue: -La Sala considera que si el legislador hubiese querido sancionar jurídicamente la infracción del deber de fidelidad conyugal, no sólo con la separación y el divorcio sino también con un específico resarcimiento del daño moral irrogado por la infidelidad, hubiese de alguna forma recogido tal posibilidad entre los efectos propios del divorcio o de la separación, para añadir que no sólo no lo ha hecho así sino que ha procurado en lo posible «descausalizar» tanto la separación como el divorcio-, -La infidelidad no se regula tan sólo como causa de separación en el artículo 82.1 del Código Civil, sino que también se regula en el artículo 68, estableciéndose que los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Es decir, el legislador ha elevado a la categoría de derecho positivo, el criterio moral y social de la fidelidad y al que se refiere la Sentencia en el sentido de que la conducta de la demandante (sic) merece el reproche ético y social, y es además la infracción del deber establecido en nuestro Código Civil en su artículo 68-, -Doña Angeles ha incumplido sus deberes como cónyuge a que le obliga el artículo 68, siendo infiel a su esposo. Y ésta es una obligación contractual, que tiene su origen en el contrato de matrimonio y que ella viene obligada a cumplir. Si no lo cumple, con independencia de otras consecuencias, está incurso en causa de separación porque así además lo ha querido el legislador en su artículo 82.1. Si sólo hubiera querido que la infidelidad fuera causa de separación, no lo habría incluido en el artículo 68, sino tan sólo en el artículo 82-, -El hecho de que el adulterio y amancebamiento hayan sido desprovistos de su tipificación penal no implica que la conducta tipificada en ellos, no produzca ya daños morales-, -El recurrente, no sólo ha vivido en engaño permanente, sino que el resultado final del propio engaño ha sido la pérdida de los hijos, ya que los que consideraba como tales no lo eran, así como un sufrimiento psíquico o espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos de futuro. La propia parte contraria lo sabe, pero no sólo le pareció poco el daño causado, sino que le dio publicidad en el diario «El País», circunstancia esta que incrementa el daño causado-, -El recurrente, ha estado contribuyendo a las cargas del matrimonio que impone el artículo 110 del Código Civil al padre, y el 39.3 de la Constitución, cuando realmente no lo era, cuando era un tercero el padre y gracias al engaño de la esposa, el verdadero padre se ha visto eximido del deber de alimentar a sus hijos, habiéndolo hecho mi representado porque creía que los hijos eran suyos. Es decir, ha habido dolo en la conducta de la esposa- y -Todos estos conceptos se reclaman como consecuencia de que ha habido un incumplimiento contractual, con dolo y mala fe por parte de la esposa, de sus obligaciones matrimoniales, y este incumplimiento tiene sus consecuencias legales, con independencia de que una de ellas sea la de estar incurso en causa de separación-.

TERCERO.- Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderlos dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97 e), igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales

tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio , pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar.

*CUARTO.- Las precedentes consideraciones, unidas a las formuladas en la Sentencia recurrida -que la Sala hace suyas- son suficientes de por sí en orden a concluir que **el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna**, lo cual, origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal «a quo» haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación con el 1101 del mismo, y esto así, y dado lo dispuesto en el rito artículo 1715.3, resulta procedente declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Alberto V. M., con imposición de las costas causadas.*

Sentencia del TS de 14 de julio de 2010:

PRIMERO.- La cuestión jurídica que plantea el único motivo del presente recurso de casación consiste en si ha prescrito o no la acción ejercitada por el demandante-recurrente, mediante demanda presentada el 15 de noviembre de 2005 contra la que había sido su esposa, en reclamación de 514.638'13 euros por daños morales, daños físicos y secuelas psicológicas, deterioro de su fama y honor, daño patrimonial y enriquecimiento injusto derivados, en síntesis, de la infidelidad de la demandada mientras estuvieron casados y de la declaración judicial de que uno de los dos hijos tenidos hasta entonces por matrimoniales, concretamente la hija nacida en 1984, no había sido engendrada por el demandante.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por considerar prescrita la acción con base en el art. 1968-2º CC, al haber transcurrido más de un año entre el conocimiento del daño por el demandante y la interposición de la demanda, entendiéndose por tanto que la acción ejercitada se fundaba en el art. 1902 CC , y la sentencia de apelación, desestimando el recurso del actor, la confirmó rechazando que los daños alegados en la demanda continuaran produciéndose, o al menos que hubieran seguido produciéndose hasta el 6 de septiembre de 2005, y entendiéndose, en cambio, que la última fecha posible a considerar como inicio del cómputo de dicho plazo era el 27 de marzo de 2003, día en que se había notificado al demandante la sentencia declarando que la referida joven no era hija biológica suya.

SEGUNDO.- En su escrito de oposición al recurso la demandada-recurrida ha alegado su inadmisibilidad, con carácter previo, porque las sentencias citadas como exponentes de la doctrina jurisprudencial presuntamente infringida se refieren a casos muy diferentes del aquí

enjuiciado y porque el interés casacional no se daría respecto del plazo de prescripción sino respecto de si los hechos probados son o no constitutivos de lo que la jurisprudencia entiende por daños continuados.

Pues bien, el óbice de admisibilidad debe ser rechazado porque si bien es cierto que tanto en el escrito de preparación como en el de interposición del recurso se invoca el interés casacional por oponerse la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, no lo es menos, de un lado, que dicha sentencia se ha dictado por una Audiencia Provincial en la segunda instancia de un juicio ordinario por razón de la cuantía, siendo ésta muy superior a 150.000 euros, y, de otro, que el único motivo del recurso se funda en infracción del art. 1969 CC y de la jurisprudencia de esta Sala que, en los casos de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, considera que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual no comienza a correr hasta la producción del definitivo resultado si no es posible distinguir etapas diferentes o hechos diferenciados.

La sentencia, por tanto, era recurrible en casación conforme al art. 477.2 2º LEC, en el escrito de preparación se indicó suficientemente la infracción que se consideraba cometida, como exige el art. 479.3 de la misma ley, mediante la cita del art. 1969 CC y la mención de "la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la cuestión de los daños continuados" y, en fin, el único motivo de casación contenido en el escrito de interposición permite entender sin dificultad la cuestión que plantea el recurrente, citando la norma que considera infringida y exponiendo el contenido de tres sentencias de esta Sala, que a su vez citan otras anteriores, sobre el cómputo del plazo de prescripción en los casos de daños continuados, con lo que se cumple también el requisito que impone el art. 481.1 LEC, de suerte que el único defecto apreciable en el recurso sería una cierta falta de claridad en cuanto a la vía casacional escogida por el recurrente que, sin embargo, no puede determinar su inadmisibilidad por ser doctrina reiterada de esta Sala que no es causa de inadmisión el mero error en el ordinal del art. 477.2 LEC que ampare el recurso.

TERCERO.- Entrando a examinar por tanto el único motivo del recurso, fundado en infracción del art. 1969 CC y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción en los casos de daños continuados, su alegato no discute que la acción ejercitada por el hoy recurrente fuera la de responsabilidad civil extracontractual, fundada en el art. 1902 CC, ni que el plazo de prescripción aplicable sea el de un año, establecido en el art. 1968-2º del mismo Cuerpo legal.

Su disconformidad se centra, ante todo, en que el tribunal sentenciador no haya considerado que el daño continuaba produciéndose y agravándose dentro del año anterior a la interposición de la demanda. Así, alega que los daños cuya reparación solicita comenzaron en el año 2001 a consecuencia del procedimiento de separación matrimonial instado por la entonces esposa del recurrente, ya que éste sufrió un síncope cardiogénico del que tuvo que ser intervenido, implantándosele un marcapasos; que continuaron en el año 2002, cuando al

recurrente le informaron de las infidelidades de su esposa y de la posibilidad de no ser el padre de sus hijos, lo que motivó que instase un proceso de impugnación de la filiación cuyo resultado fue el de no ser el padre biológico de la joven de diecinueve años a la que hasta entonces había tenido por hija y, por tanto, la pérdida de una hija y el "sufrimiento psíquico o espiritual de ver venirse abajo todos sus proyectos de futuro" ; que en el año 2003 interpuso demanda de divorcio y modificación de medidas, solicitando la custodia de su hijo, aquejado éste de una discapacidad que del 34% había pasado al 52%, y la extinción de la pensión de alimentos a quien no era hija suya; que en opinión del recurrente el empeoramiento de su hijo se debió a la conducta de su madre; que mientras él había cumplido sus deberes de padre para quien en realidad no era hija suya, el verdadero padre, en cambio, "se había visto eximido del deber de alimentar a su hija" gracias a la conducta de la demandada; que los daños habían continuado cuando en septiembre de 2004 el hoy recurrente tuvo que solicitar la extinción de la pensión compensatoria que pagaba a la demandada, ya que ésta comenzó a "tener convivencia marital con una persona desde el mismo día que el Sr. Hilario [el actor-recurrente] dejó la vivienda familiar" ; que mientras tanto la salud del recurrente se iba deteriorando progresivamente, ya que mientras en el informe médico del año 2001 se indicaba que con una determinada medicación podría hacer vida normal con ejercicio moderado, en el de fecha 6 de septiembre de 2005, en cambio, se constataba un empeoramiento determinante de que en 16 de noviembre el Centro de atención a la discapacidad de Extremadura le reconociera un grado de discapacidad del 65%; que el 13 de enero de 2006 fue ingresado en un centro hospitalario y el siguiente día 19 se le dio de alta presentando un cuadro sugestivo de "amnesia global transitoria" ; que además de su padecimiento cardiaco el recurrente sufre una significativa afectación psíquica, "trastorno adaptativo con estado de ánimo ansioso-depresivo" , que ha precisado asistencia psiquiátrica ambulatoria desde septiembre de 2004 por las situaciones de estrés vividas desde el año 2001; que estas patologías determinaron que el 12 de mayo de 2006 se declarase su incapacidad total para la profesión habitual por el Equipo de Valoración de Incapacidades; que hasta 2001 su estado de salud era normal; que hubo dolo y mala fe en la conducta de la demandada y en sus obligaciones matrimoniales, con un ánimo de injuriar al recurrente que trascendió a la sociedad, con su consiguiente desprestigio; y en fin, que si bien el inicio del daño se produjo en el año 2001, sin embargo el cómputo del plazo de prescripción no se inicia, según se desprende de la jurisprudencia citada, "hasta la producción del definitivo resultado, que en el caso que nos ocupa se debe fijar en el informe médico de septiembre de 2005, en el que se constata el empeoramiento de mi representado" .

CUARTO .- La respuesta casacional al motivo así formulado, que es impugnado por la demandada-recurrida con base, sustancialmente, en los propios fundamentos de la sentencia de apelación, pasa necesariamente por repasar los hechos que ésta declara probados y las razones por las que considera prescrita la acción.

Según la sentencia recurrida son hechos probados los siguientes:

1º.- El actor y la demandada contrajeron matrimonio el 29 de junio de 1973.

- 2°.- *El 27 de febrero de 1984 fue inscrita Aida en el Registro Civil como hija de dicho matrimonio, nacida el anterior día 22.*
- 3°.- *En 2001 se inició procedimiento de separación conyugal que terminó por sentencia de 12 de julio de 2001 , confirmada en apelación por sentencia de 26 de noviembre siguiente , declarando la separación de los cónyuges.*
- 4°.- *A instancia del hoy recurrente se siguió procedimiento de impugnación de la paternidad, terminado por sentencia de 27 de marzo de 2003 que declaró que Aida no era hija biológica suya.*
- 5°.- *En 23 de marzo de 2001 el hospital "Virgen del Puerto" emitió informe de que el hoy recurrente había sido operado de vasectomía el 29 de junio de 1989.*
- 6°.- *El 23 de agosto de 2005 el mismo hospital emitió otro informe, a petición del hoy recurrente, según el cual en las entrevistas de exploración de 2004 se habían objetivado "decaimiento, astenia, mayor nivel de angustia que el habitual, dificultad para dormir, etc., síntomas que han estado presentes en los últimos tres años" , atribuyendo el paciente su sintomatología y su malestar emocional "a la relación conflictiva que mantiene con su ex mujer y a su situación laboral" . Consta también que se había propuesto tratamiento psicofarmacológico y que los síntomas habían mejorado de forma parcial.*
- 7°.- *El 6 de septiembre del mismo año 2005 un médico de la Fundación Jiménez Díaz emitió informe referido a la consulta que en tal fecha hizo el hoy recurrente. En el informe se relatan todos los episodios de salud sufridos por el paciente desde el año 2001 y se le diagnostica una miocardiopatía dilatada, disfunción VI severa, episodios sincopales, taquicardia ventricular inducible sincopal e implante de un marcapasos, recomendándosele que continúe con el mismo tratamiento.*
- 8°.- *El demandante hizo transferencias periódicas mensuales de dinero a la demandada desde el 2 de abril de 2001 hasta el 3 de noviembre de 2003.*
- 9°.- *Según se afirma en la propia demanda, el demandante sufrió un síncope en marzo de 2001, mientras se celebraba la vista de las medidas previas a la separación, y tuvo que ser atendido en un hospital.*

10º.- También se afirma en la demanda que el 3 de septiembre de 2001, tras mantener una tensa conversación con la demandada, sufrió un síncope cardiogénico por el que hubo de ser atendido en el mismo hospital, desde donde por la gravedad de la situación fue remitido a la Fundación Jiménez Díaz de Madrid, donde fue intervenido para implantarle un marcapasos en el propio año 2001.

11º.- Por tanto el demandante viene siendo tratado de su miocardiopatía dilatada desde el año 2001, con revisiones periódicas cada seis meses.

Y las razones por las que el tribunal sentenciador considera prescrita la acción son las siguientes:

1ª.- En la demanda se reclaman cantidades por diferentes conceptos cuyos hechos determinantes aparecen perfectamente delimitados en el tiempo: 300.000 euros en concepto de daño moral por la pérdida de una hija a consecuencia de la declaración judicial de no ser su padre biológico, hecho coincidente con la fecha de la sentencia de 2003 a partir de la cual pudo ejercitar la acción; 100.000 euros por daños morales derivados de los daños físicos y secuelas psicológicas producidas por la separación matrimonial, acordada en sentencia de 12 de junio de 2002, reconociéndose en la demanda que el actor había sufrido un síncope en marzo y añadiéndose que el 3 de septiembre sufrió otro y se le implantó un marcapasos; 100.000 euros por daño moral derivado del deterioro de su fama y honor por el conocimiento de la infidelidad de su ex esposa y la pérdida del vínculo con su hija, declarado judicialmente el 27 de marzo de 2003; y en fin, 14.638'13 euros por daño patrimonial y enriquecimiento injusto derivado de haber criado, educado y alimentado como hija suya a quien no lo era, incluyendo en tal reclamación las transferencias hechas a la demandada desde el 2 de abril de 2001 hasta el 3 de noviembre de 2003.

2ª.- Aunque la jurisprudencia sobre daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida declara que el plazo de prescripción no comienza a contar hasta la producción del definitivo resultado, también matiza que esto es así cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida.

3ª.- En el caso examinado sí cabe ese fraccionamiento o separación según los hechos probados puestos en relación con las alegaciones, fundamentos y peticiones de la demanda, pues "no es de recibo que se aproveche un informe de la consulta realizada el día 6 de septiembre de 2005 para decir que esta es la fecha en la que [el demandante] tuvo conocimiento de las consecuencias de la miocardiopatía dilatada, pues, insistimos, dicha enfermedad se produjo en el año 2001, y desde entonces pudo solicitar los daños morales derivados de la misma, y, sin embargo, espera hasta el año 2005, cuando ya había transcurrido con exceso el plazo de prescripción de un año, a contar desde que pudo ejercer la acción".

QUINTO. .- *A la vista de tales hechos probados y razonamientos jurídicos ha de ser desestimado el único motivo del recurso, porque la sentencia impugnada, lejos de infringir el art. 1969 CC y la jurisprudencia sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción en los casos de daños continuados, se ajusta plenamente a la interpretación por esta Sala de dicha norma y del art. 1968-2º CC , que es el verdaderamente aplicado.*

Ante todo debe señalarse que el tribunal sentenciador se pronuncia sobre la prescripción de la acción teniendo en cuenta explícitamente la jurisprudencia de esta Sala sobre los daños continuados, con cita expresa de varias sentencias como las de 12 de febrero de 1981, 6 de mayo de 1985, 17 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1474) y 15 de marzo de 1993 , y ninguna de las dos partes discute el contenido de esta jurisprudencia, conforme a la cual no se inicia el cómputo del plazo de prescripción, en los casos de daños continuados o de producción sucesiva, hasta la producción del definitivo resultado, si bien matizando que esto es así "cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida" (SSTS 15-3-93, citada en la sentencia recurrida, y 5-6-03, 14-3-07 y 20-11-07, entre otras), como también se puntualiza que en los casos de lesiones con secuelas el cómputo del plazo de prescripción no se inicia con el alta médica sino cuando se determina el alcance invalidante de las secuelas (SSTS 22-7-08 y 3-12-07 , con cita en ambas de otras muchas).

De otro lado debe subrayarse que, como se desprende del alegato del motivo reseñado en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia de casación, el recurrente prescinde prácticamente por completo de rebatir la distinción de etapas o fases que hace la sentencia recurrida en función de los diferentes conceptos indemnizatorios de la demanda, para, en cambio, optar por una tesis que parece presentar la infidelidad conyugal de la demandada como origen único de una serie de daños en cadena, físicos, morales y patrimoniales, que habrían venido agravándose a lo largo del tiempo sin solución de continuidad, hasta el punto de que el daño habría seguido produciéndose incluso después de la interposición de la demanda, ya que ésta se presentó el 15 de noviembre de 2005 y sin embargo en el alegato del motivo se invocan la incapacidad del recurrente reconocida en un informe del siguiente día 16, su ingreso hospitalario de 13 de enero de 2006 y la resolución de 12 de mayo siguiente como prueba de la continuidad o progresividad del daño.

Ahora bien, del propio alegato del motivo resulta una contradicción insalvable entre la posible consideración por esta Sala de esos hechos posteriores a la interposición de la demanda y la concreción final por el recurrente del día en que, según él, habría comenzado a correr el plazo de prescripción, que hace coincidir precisamente con la fecha del informe médico de septiembre de 2005 en cuanto éste habría constatado "el empeoramiento de mi representado" y "la producción del definitivo resultado" .

Pues bien, semejante planteamiento no puede ser compartido por esta Sala. Aunque la sentencia de 30 de junio de 2009 (rec. 532/05) haya reconocido la posibilidad de daños por culpa extracontractual en el ámbito de las relaciones subsiguientes a una crisis matrimonial,

considerando incluso que en el caso entonces examinado el daño sólo se consolidó definitivamente varios años después de iniciarse la conducta de la demandada privando al demandante de su derecho a comunicar con el hijo menor de ambos y ejercer sobre él la guarda y custodia que se le había atribuido judicialmente, pues hasta que el hijo no alcanzó la mayoría de edad, extinguiéndose la patria potestad, su padre no supo que definitivamente se le había privado de tales derechos, sin embargo en el presente caso no se ha dado una persistencia de la conducta antijurídica de la demandada, como la de aquel otro caso en que se había trasladado con el hijo común menor a Estados Unidos no permitiendo la relación con el padre, sino una conducta cuya hipotética ilicitud habría cesado en cualquier caso con la separación conyugal, por más que algunos de los daños causados con tal conducta no se descubrieran hasta pasado un tiempo, cual sucedió con el constituido por lo que el actor-recurrente considera "pérdida de una hija" .

En cambio sí es pertinente al caso examinado el criterio seguido por la sentencia de 28 de octubre de 2009 (rec. 170/05) distinguiendo entre el daño continuado y el daño duradero o permanente, que es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso de daño duradero o permanente el plazo de prescripción comenzará a correr "desde que lo supo el agraviado", como dispone el art. 1968-2º CC, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su transcendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución y fundamento, a su vez, de la prescripción.

Que ésta, y no la de daños continuados, es la verdadera naturaleza de aquellos cuya reparación se pidió en la demanda interpuesta por el hoy recurrente lo demuestra el propio planteamiento del motivo, que presenta como continuación o agravación de los daños hechos posteriores a la propia presentación de la demanda para, después, situar incoherentemente el comienzo del plazo de prescripción en una fecha anterior y, además, prescinde del cuidadoso análisis del tribunal sentenciador, reseñado en el fundamento jurídico cuarto de esta sentencia de casación, que distingue etapas o fases según los conceptos indemnizatorios de la propia demanda y determina para cada uno de ellos la fecha límite inicial del plazo de prescripción.

De ahí que en el recurso se opte por centrar la atención en los padecimientos físicos y psíquicos del demandante derivados tanto de la infidelidad de su esposa y del procedimiento de separación conyugal como de la definitiva confirmación de que no era hija biológica suya la joven a quien hasta entonces había tenido por tal. Por eso pretende prolongar el inicio del plazo de prescripción hasta la fecha del informe médico de septiembre de 2005, pero sin rebatir mediante argumento alguno el razonamiento del tribunal sentenciador, compartido ahora por esta Sala, de que dicho informe no viene sino a confirmar el mismo diagnóstico del padecimiento cardíaco del actor-recurrente en el año

2001 que determinó, en el propio año 2001, la implantación de un marcapasos, hecho del que cualquier persona con medianos conocimientos puede deducir que la afección cardiaca será de por vida.

Si a todo ello se une que la total confirmación de que el actor-recurrente no era el padre biológico de la referida joven se produjo mediante la notificación de la sentencia de 27 de marzo de 2003 y que la última de las transferencias bancarias de aquél a la demandada tuvo lugar el 3 de noviembre de 2003, necesariamente ha de concluirse que el 15 de noviembre de 2005, fecha de presentación de la demanda, había prescrito la acción para exigir a la demandada indemnización por daños y perjuicios con base en el art. 1902 CC , pues ni la separación conyugal es en sí misma ilícita, como tampoco lo es que el cónyuge ya separado conviva con otra persona, ni desde luego cabe encuadrar en el concepto de daño continuado, a los efectos jurídicos de que no comience a correr el plazo de prescripción de la acción, el recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto, ya que de admitir semejante identificación el inicio del plazo de prescripción se prolongaría indefectiblemente, en todos los casos imaginables, hasta la muerte del propio sujeto, y por ende incluyendo la propia muerte entre los daños imputables al demandado por su conducta en cualquier tiempo pasado.

Sentencia del TS de 13 de noviembre de 2018:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Los antecedentes del caso son los siguientes:

1. Don Marino estaba casado con Doña Juliana. Durante la vigencia del matrimonio nacieron tres hijos llamados Inocencio, Raúl y Javier, nacidos los días NUM000 de 1992, NUM001 de 1994 y NUM002 de 1997. Por sentencia de 28 de junio de 2009, dictada en autos de divorcio, se decretó el divorcio con las medidas pertinentes, entre otras una prestación de alimentos en favor de los tres hijos de 700 euros mensuales y el pago por mitad del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. Con anterioridad a la sentencia de divorcio ambos cónyuges se habían separado por sentencia de 1 de septiembre de 2001, en la que se aprobó un convenio regulador y se puso a cargo del padre, en concepto de alimentos a los tres hijos, el 45% de los haberes líquidos que pudiera percibir.

2. *Tras un proceso de filiación, en el que se declaró la no paternidad de don Marino respecto del que había venido considerando como hijo suyo, Raúl, nacido el NUM001 de 1994, formuló una demanda frente a quien había sido su esposa, para reclamarle: a) 35.304,37 euros en concepto de pensiones de alimentos abonados a su hijo, en virtud de sentencias, primero de separación y luego de divorcio; b) la mitad de los gastos abonados para la determinación de la paternidad, y c) 70.000 euros en concepto de daños morales.*

3. *La parte demandada se opuso a tales pretensiones y planteó la **excepción de prescripción** de la acción de conformidad con el art. 1968.2 CC (LEG 1889, 27), que fue estimada por el Juzgado con el argumento de que había transcurrido más de un año desde que el actor supo que el menor Raúl no era su hijo biológico, esto es en el año 2008, fecha en la cual se interpuso la pertinente demanda sobre impugnación de la paternidad, y la presentación de la papeleta de conciliación, el 9 de noviembre de 2011, no siendo hasta el 13 de junio de 2013 cuando se presenta la demanda.*

4. *Formulado recurso de apelación por el actor, la **Audiencia Provincial estimó el recurso y en parte la demanda:***

(i) *En primer lugar, considera que la acción no está prescrita, pues **el plazo debe computarse desde que lo supo el agraviado**, y ese momento se concreta cuando adquirió firmeza la sentencia en el procedimiento de filiación -9 de noviembre de 2010-, y posterior inscripción registral. Instado acto de conciliación el 9 de noviembre de 2011, la prescripción se interrumpió hasta la celebración de dicho acto -13 de junio de 2012-, por lo que al presentarse la demanda el 13 de junio de 2013, la acción ejercitada no estaba prescrita.*

(ii) *En segundo lugar, concluye que, acreditada la falta de paternidad por parte del actor, se ha producido una ocultación dolosa al marido con el propósito de beneficiarse de las cantidades que tenía obligación de abonar en concepto de alimentos, lo que determina que se deban devolver aquellos que pagó y que se le indemnice en 15.000 euros por los daños morales ocasionados ("dada la situación de clara frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido relación, contacto y cariño con quien pensaba que era su hijo, para luego enterarse que se trataba de un hijo ajeno", lo que le habría influido hasta el punto de haber estado de baja por daños psicológicos).*

5. *La progenitora del menor ha interpuesto recurso de casación fundado en cuatro motivos:*

(i) *El primero se formula por infracción de los arts. 1968.2 y 1969 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial sobre el cómputo del plazo de prescripción, por entender que este debe iniciarse en el momento en que el actor supo que Raúl no era su hijo con los resultados del estudio genético al que se habría sometido privadamente en el año 2008, y luego en el juicio de filiación donde se practicó una segunda prueba de paternidad en el Instituto Nacional de Toxicología de DIRECCION005, con fecha de 17 de agosto de 2010, fecha en la que nuevamente*

conoció que el menor no era hijo suyo, no siendo hasta el 9 de noviembre de 2011 cuando se interpuso la papeleta de conciliación y posteriormente, el día 13 de junio de 2013, cuando se formuló la demanda de la que trae causa el presente recurso.

(ii) El segundo por infracción del art. 1902 del Código Civil. Considera que no ha existido dolo por parte de la demandada, pues ésta tuvo conocimiento en el proceso de filiación, a resultas de la prueba biológica realizada, de que el segundo de los tres hijos biológicos habido constante el matrimonio no era de su marido, por lo que no habría existido engaño u ocultación y porque, en definitiva, la infidelidad que dio lugar al nacimiento del hijo no sería como tal indemnizable.

(iii) El tercero por infracción del art. 1902 Código Civil y de la jurisprudencia de esta sala sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y, por tanto, la restitución de lo indebidamente cobrado en concepto de alimentos.

(iv) El cuarto por infracción del art. 1902 Código Civil y de la jurisprudencia de esta sala sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y, por tanto, de las acciones indemnizatorias por daño moral y psicológico.

Para justificar el interés casacional cita, entre otras, las sentencias de esta sala del TS de 22 (RJ 1999, 5721) y 30 de julio de 1999 (RJ 1999, 5726), interpretada la primera de ellas, a sensu contrario, en el sentido de que sería precisa la concurrencia de una conducta dolosa para el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual en el supuesto enjuiciado, que es negada por la parte.

SEGUNDO

El primer motivo, sobre prescripción de la acción formulada, se desestima. Es reiterada y pacífica doctrina de esta sala que la fijación de dies a quo, para computar el plazo prescriptivo de la acción, ha de determinarla el juez de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica, siendo doctrina también reiterada que la determinación de este día inicial es función que corresponde en principio a la sala de instancia, y que su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación.

Es cierto, y también se ha dicho (sentencias 6/2015, 13 de enero (RJ 2015, 266), 29/2015, 2 de febrero (RJ 2015, 488), 116/2015, 3 de marzo (RJ 2015, 603), entre otras), que el hecho de que la apreciación de la prescripción presente, junto al aspecto fáctico, una dimensión jurídica, ha permitido a esta sala revisar en algún caso la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables.

En la demanda se ejercitó una acción para exigir el cumplimiento de las acciones que nacen de culpa extracontractual, sujeta a la prescripción de un año, según el artículo 1968,2 del Código Civil (LEG 1889, 27), por lo que el problema se resuelve a partir del artículo 1902 del Código Civil. Y se resuelve en la forma que lo ha hecho la sentencia recurrida, y no como pretende la recurrente remitiendo el dies a quo al conocimiento que el demandante tuvo de que el segundo de los hijos no era suyo con los resultados del estudio genético al que se sometió privadamente, momento en que, a su juicio, nace la acción, sino al momento en que cesa la presunción de paternidad por sentencia de 9 de noviembre de 2010, y se practica la inscripción, dado que de otra forma la acción ejercitada sería inoperante; plazo luego interrumpido por la conciliación, por lo que la demanda se ha formulado en plazo.

TERCERO

El segundo motivo se refiere a la improcedente devolución de los alimentos abonados para el sustento de un hijo, que dejó de serlo a partir de la acción de impugnación de la filiación.

Se estima.

La cuestión planteada ya ha sido resuelta en la sentencia de pleno 202/2015, de 24 de abril (RJ 2015, 1915), en el sentido de negar la procedencia de la devolución. Es cierto que en esta sentencia se resolvió con base en el artículo 1895 del Código Civil (LEG 1889, 27), de cobro de lo indebido, y que ahora la devolución se plantea al amparo del artículo 1902, configurando la indebida prestación alimenticia a un hijo, que luego se demostró que no era suyo, como un daño indemnizable, para trasladar sin más la reclamación a las reglas propias de la responsabilidad civil extracontractual, con legitimación activa de quien alimentó a ese hijo para que se le restituya lo abonado, y pasiva de quien nunca recibió el dinero para sí, es decir, para integrarlo en su patrimonio, sino para aplicarlo a la alimentación de este hijo.

Pero la solución es la misma, como resulta de la doctrina de esta sala que, en lo sustancial, es la siguiente:

a) El niño nace constante la relación de matrimonio y como tal se inscribe en el registro civil, por razón de la presunción de paternidad matrimonial que establecen los artículos 113 y 116 del Código Civil, reforzada por la presunción de convivencia del artículo 69, y desde entonces se aplican las normas de protección de la familia a través de una suerte de medidas tanto personales como patrimoniales. Entre otras las que resultan de los artículos 111 y 154 del Código Civil, una de las cuales, los alimentos, se extrae del conjunto de obligaciones que integran la patria potestad para reclamar su devolución.

b) Estos alimentos, como las demás obligaciones que integran la potestad de los padres -velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, formarlos, representarlos y administrar sus bienes- (artículo 154 CC), y el propio hecho de la filiación (artículo 111 CC), han surtido sus efectos en cada uno de los momentos de la vida del niño porque la función de protección debía cumplirse y el hijo debía ser alimentado, lo que impide que pueda solicitarse su devolución por el hecho de que no coincida la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal.

*c) La no devolución tiene su origen en una antigua sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, según la cual **los alimentos no tienen efectos retroactivos**, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida". No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos.*

d) El derecho a los alimentos del hijo existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio; y, como consecuencia de esa apariencia de paternidad, el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían, entre las que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por él, tenerlo en su compañía, educarlo, formarlo, representarlo y administrar sus bienes. Los pagos se hicieron, en definitiva, como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial.

e) La filiación, dice el artículo 112 CC, "produce sus efectos desde que tiene lugar", y "su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no disponga lo contrario", como aquí sucede dado el carácter consumible de los alimentos.

CUARTO

El tercer motivo presenta mayor complejidad. Lo que plantea -responsabilidad civil por daños morales en el ámbito familiar, en el concreto supuesto de ocultación de la paternidad-, no es ajeno a esta sala, que ha dictado cuatro sentencias, todas ellas desestimatorias de la pretensión indemnizatoria de daños morales (687/1999, de 22 de julio (RJ 1999, 5721); 701/1999, de 30 de julio (RJ 1999, 5726); 445/2009, de 14 de julio, y 404/2012, de 18 de junio (RJ 2012, 6849)), aunque sin haber llegado a fijar doctrina jurisprudencial, en algún caso por no haber sido procedente el examen de la cuestión de fondo.

Constituye, sin duda, una de las cuestiones, no solo de mayor complejidad, sino de mayor actualidad del derecho de familia, tanto en el ámbito de la doctrina científica, como en el de las Audiencias Provinciales y en el derecho comparado, con posiciones contrarias sobre la aplicación de la normativa propia de la responsabilidad civil extracontractual a las relaciones de familia, algo que hasta hace no mucho tiempo ha sido ajeno al derecho de daños, posiblemente para preservar estas relaciones y porque no era fácil, como ocurre con los alimentos, encajarla en nuestro sistema.

El motivo se va a estimar.

1. *El problema ha sido abordado directamente por esta sala en las sentencias 687/1999, de 22 de julio, y 701/1999, de 30 de julio (RJ 1999, 5726) con criterios distintos. Las otras dos apreciaron la existencia de prescripción en la acción ejercitada.*

En la primera de ellas se deniega la responsabilidad por no ser dolosa la conducta de la esposa, que no conoció la verdadera paternidad del hijo hasta el tiempo de la interposición de la demanda de impugnación de la filiación. Ciertamente, dice la sentencia, "los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1902 del Texto Legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora".

En la segunda se sostiene, sin embargo, que "el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual, origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal "a quo" haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código Civil (LEG 1889, 27), en relación en el 1101 del mismo...", pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial conllevaría indemnización.

2. *Al daño moral se ha referido también la sentencia 512/2009, de 30 de junio (RJ 2009, 5490), dictada en un supuesto subsiguiente a la crisis matrimonial en que se condena a la madre a indemnizar el daño moral ocasionado al padre por haberle privado del contacto con su hijo, por incumplimiento de una de las obligaciones impuestas a los progenitores titulares de la patria potestad en el artículo 160 CC, lo que nada tiene que ver con lo resuelto en el presente.*

3. Esta sala mantiene en lo sustancial la doctrina sentada en la sentencia 701/1999, de 30 de julio, descartando la aplicación al caso del artículo 1902 del CC, por conducta dolosa del cónyuge que ocultó al otro la paternidad de uno de los hijos, que se hace en la sentencia 687/1999, de 22 de julio.

(i) No se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño. Lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar.

(ii) Esta solución no deja sin aplicación el sistema general de la responsabilidad civil prevista en el artículo 1902 del Código Civil ni, por supuesto, deja sin sancionar el daño generado por otra suerte de conductas propias del ámbito penal y de los derechos fundamentales. Simplemente, acota el daño indemnizable a supuestos que, en el marco de la relación de matrimonio rota por el divorcio, supuesto en el que tiene encaje el recurso formulado, no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 del Código Civil, sino en la condición de persona afectada por la acción culposa o negligente de quien lo causa.

Conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio, como señala la sentencia 701/199, mediante la separación o el divorcio, que aquí ya se ha producido, y que no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación. Se trata de unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con medidas distintas, como ocurre con la nulidad matrimonial, a través de una indemnización al cónyuge de buena fe - artículo 98 del CC-. Con una regulación, además, tan específica o propia del derecho de familia, que permite obtener, modificar o extinguir derechos como el de la pensión compensatoria del artículo 98 del CC, o decidir sobre la custodia de los hijos habidos de la relación matrimonial, al margen de esta suerte de conductas, pues nada se dice sobre las consecuencias que en este ámbito tiene la desatención de los deberes impuestos en el artículo 68 CC.

(iii) Es cierto que la sentencia ha relacionado el daño no con la infidelidad matrimonial (normalmente oculta), sino con la ocultación de los efectos de la infidelidad, en este caso de un hijo que se ha tenido como tal sin serlo (los efectos pueden ser otros). Al margen de que lo que lleva a la ocultación es el incumplimiento del deber de fidelidad, razones análogas a las expuestas en relación con este incumplimiento, resultan de aplicación cuando la conducta generada causante del daño es la ocultación de la filiación.

Sentencia del TS de 21 de septiembre de 2011:

QUINTO. Planteamiento constitucional de la legitimación para ejercitar la acción del divorcio por los representantes legales del incapaz.

A los efectos de la motivación de la presente sentencia, resulta indispensable el examen de la STC 311/2000, de 18 diciembre, alegada por las partes a lo largo del presente procedimiento y en el propio recurso de casación.

La STC 311/2000 se pronunció sobre el ajuste a la Constitución de las sentencias 105 y 106, de 23 febrero 1998, dictadas por la Audiencia Provincial de Asturias, que habían negado legitimación para ejercer la acción de separación a la madre y tutora de una persona incapacitada. El TC decidió que debía protegerse el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona incapaz y declaró que se había lesionado este derecho por la negativa a que la madre tutora pudiera ejercitar la acción. La STC se planteó, en primer lugar, si concurría o no un interés legítimo que se habría impedido por no haberse permitido el acceso a la tutela judicial efectiva. El argumento que utilizó la sentencia de referencia decía que "[...]la separación matrimonial y la acción judicial que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando ésta les resulta perjudicial [...]", interés que puede residir bien en una situación de peligro físico, bien en una situación "patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de estos deberes". Negar legitimación al tutor "determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general, del posible ejercicio de acciones[...], el ejercicio de la separación solo puede verificarse por medio de su tutor, con lo que si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia[...]". El cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción de separación en aquel caso, "[...]no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela", por lo que "[...] desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del art. 49 CE (RCL 1978, 2836) en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio".

El voto particular concurrente del propio ponente va más allá, en cuanto que supera en su argumentación, la tradicional distinción entre derechos personales y derechos personalísimos, que solo podrían ser ejercitados por el titular y nunca por su representante legal. Así afirmaba

que negar al tutor la legitimación para el ejercicio de la acción de separación "no se basa en un precepto legal inequívoco, sino más bien en un concepto doctrinal de acciones personalísimas, que es el que subyace en la interpretación del art. 81 CC " .

Esta STC es fundamental para la resolución del presente recurso, si bien éste se refiere a la acción de divorcio planteada por los padres/tutores, supuesto que carece de regulación en la legislación española actualmente en vigor y que ofrece algunos problemas propios, diferentes a los planteados en la STC 311/2000 , especialmente importantes a raíz de la modificación del divorcio, efectuado por la ley 13/2005. La STC 311/2000, de 18 diciembre plantea exactamente el problema, al centrar la cuestión en el interés del incapacitado (FJ4), pero se refiere al interés en la separación en un momento en que el Código civil exigía la alegación de causas y solo sería aplicable plenamente en la separación actual, porque su estructura después de la reforma es muy similar. Por tanto, no puede solucionarse el presente recurso con la simple referencia a la STC examinada, sino que debe estudiarse si el divorcio, que comporta la disolución del matrimonio a diferencia de la separación, puede ser ejercitado por el tutor en una acción planteada en nombre y representación del cónyuge incapacitado.

SEXTO. El ejercicio de los derechos fundamentales cuyo el titular está incapacitado.

En el presente supuesto y siempre que se trate de la acción de separación o divorcio ejercitada por los tutores en nombre e interés de una persona incapacitada, están presentes dos derechos fundamentales:

1º El derecho fundamental a la libertad de continuar o no casado. El divorcio actual no requiere alegación de causa cuando lo ejercita personalmente el interesado, quien no tiene que justificar sus motivos, porque de esta manera, el ordenamiento protege el derecho a la intimidad del cónyuge petionario del divorcio. A ello obedece la regulación puesta en vigor por la ley 13/2005 , al no exigir la alegación de causas.

2º El derecho a la tutela judicial efectiva permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como establece el art. 271,6 CC , que atribuye a los tutores la legitimación "para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela", siempre con autorización judicial, que no se requerirá "en los asuntos urgentes o de escasa cuantía". Esta norma no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y así están también incluidas en el art. 271,6 CC las acciones para pedir el divorcio y la separación. La tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse.

SÉPTIMO. Precedentes.

La posibilidad de que el tutor de una persona incapacitada casada pueda o no ejercer la acción de divorcio tiene pocos precedentes en los ordenamientos de nuestro entorno. A ello contribuyen dos condicionamientos: i) la tutela tiene aspectos muy distintos en estos ordenamientos, a pesar de estar construida en todos ellos como sistema de protección de discapacitados e incapaces, y ii) el divorcio tiene una regulación no uniforme en estos ordenamientos.

1º El Código civil francés no admite el ejercicio de la acción de divorcio por consentimiento mutuo por el representante de mayores de edad protegidos, sea cual sea el régimen de protección a que estén sujetos (art. 249-4); en cambio, sí admite la acción en nombre del cónyuge sometido a tutela en los casos de divorcio contencioso (Art. 249). El tutor puede ejercitarla solo si ha obtenido la autorización del consejo de familia, previo el informe del médico. Asimismo, el Art. 249-1 establece que la acción se ejercerá contra el tutor si el cónyuge contra el que se presenta la demanda, está sometido a tutela.

2º En Alemania, el § 8,n 1 de la Familienverfahrgesetz (ley de procedimientos de Derecho de familia), establece que una persona incapaz puede ser parte en los procedimientos matrimoniales, pero las personas que representan a dicha parte de acuerdo con las disposiciones de derecho civil debe actuar como parte (§9 (2) FPA), de tal manera que si la persona es mentalmente incapaz, debe actuar el representante, quien debe ser autorizado por el Juzgado o el Tribunal de familia o el Tribunal de tutelas (§125 (2) FPA).

3º En Italia, sin embargo, no hay previsión sobre esta posibilidad.

4º La Ley española de divorcio, de 1932 admitió que los tutores pudieran ejercitar esta acción en su art. 40 , que decía que "por los incapacitados, a tenor del Art. 213 CC , podrá pedir la separación su tutor, con autorización del Consejo de familia". No se especificaba nada en relación al divorcio, pero el Art. 48 exigía la intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos cuando existieran "menores, ausentes o incapaces".

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en 2008, establece en el art 12.3, que "3 . Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica" y a continuación, en el art. Artículo 13, se dice que "1 . Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, [...]".

Estos principios deben ser tenidos en cuenta en la resolución que se demanda, porque la ratificación del Convenio de Nueva York y su consiguiente incorporación al ordenamiento español, obliga a los Tribunales a aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del

incapaz a través o por medio de sus representantes legales. Si no se admitiese dicha actuación, en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo.

OCTAVO. La legitimación de los tutores.

Las anteriores razones llevan a concluir que los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que por sus condiciones, no pueda actuar por sí misma. Esta solución no es extravagante en el ordenamiento español, ya que el Código civil legitima al Ministerio Fiscal y "a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo" en la acción para pedir la declaración de nulidad de un determinado matrimonio (art. 74 CC), así como a padres, tutores, guardadores y Ministerio Fiscal cuando la acción tenga por objeto pedir la nulidad de un matrimonio por falta de edad (art. 75 CC).

La representación legal del tutor le impone el deber de ingerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario para obtener su protección, si bien no libremente, sino con las limitaciones que derivan de la naturaleza de función que tiene la tutela y por ello el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal por las siguientes razones.

1ª Debe aplicarse lo dispuesto en el art. 216.1 CC , que es la norma general que rige, en cualquier caso, la actuación de los tutores, porque "las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial". Por ello, el art. 271 CC exige autorización judicial para entablar cualquier tipo de demanda.

2ª En segundo lugar, el ejercicio de esta acción debe obedecer a los intereses del incapaz, por lo que debe justificarse que la actuación se lleva a cabo en interés del incapaz, tal como concluyó, en una legislación distinta, la STC 311/2000 .

3ª Hay que tener en cuenta que en los procedimientos de derecho de familia en los que son parte menores e incapaces se requiere la actuación del Ministerio Fiscal, que deberá velar por sus intereses, con lo que se garantiza que las acciones de los tutores no sean caprichosas o arbitrarias.

Constituiría una falacia negar el ejercicio de la acción de divorcio a los tutores sobre la base de que a partir de la reforma de 2005, no se exige la alegación de causas. Lo único que efectuó la reforma fue eliminar la necesidad de expresar la concurrencia de causa, para proteger el derecho a la intimidad del cónyuge que pide el divorcio; esta configuración no puede impedir el ejercicio de la acción cuando exista interés del

incapaz, pero de ello no se deduce que los tutores puedan ejercitar arbitrariamente dicha acción, porque deben justificar que existe un interés del incapaz en obtener la disolución de su matrimonio, lo que van a permitir la actuación del tutor.

NOVENO. La concurrencia de interés de la incapacitada.

A continuación debe examinarse si en este caso concurren las circunstancias anteriores y muy en especial, si existe interés del incapaz en el ejercicio de la acción de divorcio por sus tutores.

1º La sentencia de separación, de Audiencia Provincial de Álava, de 20 diciembre 2004, consideró probado que concurrían causas de separación antes del accidente de la esposa, según se ha resumido en el FJ 1º-4 de esta sentencia, de modo que la sentencia concluía que "[...]jante tales circunstancias resulta del interés del incapaz declarar la separación".

2º Los tutores obtuvieron autorización judicial para interponer la acción de divorcio como representantes legales de su hija incapacitada. Esta petición fue denegada inicialmente, pero apelada, se dictó auto por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava, en 24 noviembre 2006, autorizándose a los tutores para ejercer dicha acción en la que se entendía que los tutores tenían legitimación de acuerdo con los arts. 267 y 271 CC , independientemente del tipo de acción que ejercitaran.

3º Autorizados los tutores para ejercitar la acción de divorcio, y acreditado el interés del incapaz, la Audiencia Provincial debía pronunciarse sobre el fondo del asunto, lo que se hizo en la sentencia que se recurre, que examinó si el divorcio era favorable al interés de la esposa incapacitada, sobre la base de lo que se había considerado probado en la sentencia de separación, situación que no se había modificado en el momento de presentarse la demanda de divorcio.

Sentencia del TS de 16 de abril de 2015:

PRIMERO. Don Jose Ignacio formuló, en fecha 4 de mayo de 2010, demanda de divorcio frente a su esposa doña Petra, haciendo constar que habían contraído matrimonio el día 4 de octubre de 2006 y que concurrían los requisitos legales para poder decretar la disolución del

matrimonio por divorcio, sin que procediera la adopción de medida alguna dada la inexistencia de hijos comunes y la escasa duración del matrimonio.

La demandada contestó a la demanda y formuló reconvencción por la que solicitó que se decretara el divorcio fijando una pensión compensatoria a su favor de 590 euros mensuales.

Seguido el proceso, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Sevilla dictó sentencia de fecha 16 de febrero de 2011 por la que estimó la demanda y desestimó la reconvencción declarando no haber lugar a establecer pensión compensatoria a favor de la esposa, sin especial pronunciamiento sobre costas.

Consta que el demandante don Jose Ignacio falleció el día 21 de febrero de 2011 -cuatro días después de que se dictara sentencia- sin que la misma hubiera sido notificada.

Contra dicha sentencia recurrió en apelación la demandada doña Petra interesando declaración de nulidad de actuaciones y el archivo del procedimiento de divorcio -en el trámite de notificación de sentencia- por fallecimiento de una de las partes, sin que quepa la sucesión procesal, por tratarse de un derecho personalísimo; y, subsidiariamente, que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto al pronunciamiento recurrido y acuerde una pensión compensatoria por importe de 590 euros mensuales con efectos desde la fecha en que se dictó.

La Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso por sentencia de 18 de julio de 2013 y confirmó la sentencia de primera instancia, sin especial pronunciamiento sobre costas.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO. El recurso por infracción procesal se formula por vulneración de normas del Código Civil, y en concreto de los artículos 85, 88 y 89, con pretensión por parte de la recurrente de que se declare que la extinción del vínculo matrimonial se ha producido en este caso por fallecimiento de uno de los cónyuges y no por divorcio.

El motivo se desestima puesto que las normas que se citan como infringidas no lo han sido por la sentencia impugnada que, con apoyo en el artículo 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sostiene la producción de plenos efectos por la sentencia de primera instancia una vez

extendida, firmada y depositada en la Secretaría para su notificación, lo que no queda afectado por lo dispuesto en este caso por el Código Civil.

El texto de los artículos que se citan como infringidos es el siguiente:

Artículo 85.- El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.

Artículo 88.- La acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges y por su reconciliación, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda. La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio.

Artículo 89.- La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil.

De tales normas se desprende que cualquiera de dichas causas extingue el vínculo matrimonial, por lo que habrá de atenderse a cuál de ellas ha sido la que en el caso ha producido tal extinción, de modo que si el matrimonio se ha extinguido ya por divorcio en el momento en que se produce la muerte de uno de los cónyuges, dicha circunstancia ya no afecta a la ruptura del vínculo aunque sí lógicamente a las consecuencias del mismo.

En consecuencia no se ha extinguido en este caso la acción de divorcio por la muerte del esposo, porque dicha acción ya había producido sus efectos propios al haber recaído sentencia que así lo declaró a petición de ambos cónyuges. En cuanto a que la producción de los efectos propios del divorcio tiene lugar a partir de la firmeza de la sentencia (artículo 89 Código Civil) es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del que se desprende que la firmeza sobre el pronunciamiento de divorcio se produce con la sentencia de primera instancia cuando ha sido solicitado por ambos cónyuges y, en consecuencia, no resulta recurrible al responder tal pronunciamiento a lo pedido por ambos litigantes. La sentencia de esta Sala núm. 15/2004, de 30 enero, precisa que «el legislador ha querido desligar la firmeza del pronunciamiento principal en los procesos matrimoniales, de la impugnación de las medias acordadas, ha establecido un precepto claro y preciso en el art. 774.5 de la Ley 1/2000 , de 7 de enero , diciendo que "si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio", prueba de que en el régimen legal precedente la sentencia no adquiría firmeza hasta que no se resolvían los recursos interpuestos o era consentida por las partes,

cualquiera que fuera el contenido del recurso interpuesto, es decir que fuesen impugnados todos o sólo algunos de los pronunciamientos de la sentencia y hubiesen quedado firmes los consentidos y no impugnados». El legislador ha pretendido con ello dar seguridad a la situación de ruptura del vínculo matrimonial ya declarada -y necesariamente consentida por ambos cónyuges, que la solicitaron- para que desde la sentencia inicial produzca sus efectos propios, lo que -aplicado al presente caso- supone que la disolución matrimonial tuvo lugar por el divorcio y que tal disolución era efectiva antes del fallecimiento del esposo.

Recurso de casación

TERCERO. El recurso de casación aparece formulado por la vía del interés casacional a que se refiere el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, sin dar cumplimiento la parte recurrente a la exigencia de precisión de la norma sustantiva que se considera infringida, cita un considerable número de autos y sentencias que de una u otra forma se refieren al momento de eficacia de las resoluciones judiciales.

No se trata por tanto de una cuestión propia del recurso de casación sino que se plantea un tema claramente procesal, pero en todo caso hay que precisar que el efecto jurídico de la sentencia se produce desde que se dicta, ya que desde ese momento resulta invariable (artículo 214 de la ley de Enjuiciamiento Civil) y, una vez extendida y firmada, será publicada y depositada en la Oficina Judicial, incluyéndose en el libro de sentencias (artículo 213), ordenándose por el Secretario Judicial su notificación y archivo, poniéndose en los autos certificación literal de las resoluciones de carácter definitivo (artículo 212); todo lo cual se produce con independencia del trámite de notificación y del momento en que la misma se lleve a cabo.

De ahí que el motivo ha de ser desestimado.

Sentencia del TS de 30 de mayo de 2018:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes .

Antecedentes fácticos no controvertidos (resumiendo el fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida, por su claridad).

Las partes, él nacido en el año 1950 y ella en el año 1971, ambos divorciados, él abogado y ella según manifiesta con trabajo en el Ministerio de Hacienda de Rusia y madre de una hija, se conocieron en las redes sociales, viniendo la Sra. Gloria , con su hija, a España e iniciando una convivencia con el Sr. Jose Miguel , en el año 2006. El 18 de junio de 2009 comparecieron ante notario, manifestando (documento 13), entre otras cosas, que en caso de separación o divorcio, ninguno de los comparecientes reclamará al otro indemnización o/y pensión compensatoria o el uso del domicilio conyugal cuyo uso corresponderá al esposo. El 18 de diciembre de 2009 contrajeron matrimonio.

Se interpuso demanda de divorcio el 4 de enero de 2016 por la Sra. Gloria , en la que solicita pensión compensatoria, y litis expensas, proceso al que se acumuló el iniciado por el Sr. Jose Miguel en otro juzgado de Valencia.

La sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 4 de Valencia, estima parcialmente la demanda, acuerda el divorcio y fija una pensión compensatoria para la demandante de 400 euros al mes durante dos años y le concede 3.000 euros de litis expensas. Para la temporalidad tiene en cuenta la edad y formación de la demandante.

En cuanto a la validez del pacto prematrimonial, la sentencia dictada en primera instancia, con invocación de la jurisprudencia de esta sala centra la cuestión en determinar si el pacto limita la igualdad o dignidad de alguno de los cónyuges: «se trata de analizar si lo pactado lesionaba el derecho a la igualdad de la Sra. Gloria , por el sometimiento que implicaba, ya que ésta al momento no sólo de la firma sino incluso también al momento de la ruptura carecía de recursos económicos, de cualquier tipo de ingresos, de autonomía económica...''

La sentencia acude a la STS 392/2015, de 24 de junio (RJ 2015, 2657) , recurso 2392/2013 , en el que ambas personas eran también instruidas y preparadas, como en el presenta caso, y resalta que resulta de la sentencia que «solo si se parte de un estado de necesidad de uno de los cónyuges, en el cual el otro tiene una economía saneada, de forma que la separación o divorcio implica un importante desequilibrio puede considerarse conculcando el derecho a la igualdad de los cónyuges y con ello contrario el pacto a la ley, en aras a lo establecido en el artículo 1328». Con base a la citada argumentación concluye que la renuncia de la parte actora a la pensión compensatoria fue nula, por contraria al derecho a la igualdad y no por estar viciado su consentimiento. La sentencia refiere absoluta precariedad de la demandante.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial, revoca la de instancia, y ante los antecedentes fácticos expuestos tiene en cuenta el carácter disponible de la pensión compensatoria, de puro contenido económico, la autonomía de la voluntad y entiende que es un negocio jurídico válido que:

«[...] no existe conculcación del derecho de igualdad de ambos cónyuges, pues, como se desprende de los autos ambos por edad, profesión y experiencia anterior, eran plenamente conscientes del acuerdo a que habían llegado de tipo económico, entre los dos, ante Notario, afectando sólo y exclusivamente a los mismos en el orden económico, dada la inexistencia de hijos comunes [...]»

El recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) y se estructura en dos motivos.

«Se denuncia la infracción de lo dispuesto en los arts. 97 , 1328 y 1255 del Código Civil (LEG 1889, 27) , en relación con el art. 90.2 del Código Civil y los arts. 24.1 y 39 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) y aplicación indebida de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la validez de los pactos prematrimoniales y los límites a los mismos, recogida en sentencias como la de la Sala Primera, de 24 de junio de 2015, sentencia núm. 392/2015 (RJ 2015, 2657) , Recurso núm. 2392/2013 , resultando necesario que se declare infringida la doctrina conforme a la cual los pactos prematrimoniales no pueden resultar contrarios a la ley, la moral o al orden público ni causar perjuicio a terceros, entendiéndose que en determinadas circunstancias la renuncia a la pensión compensatoria contenida en los mismos puede resultar nula».

La parte recurrente en este motivo mantiene que la renuncia a la pensión compensatoria, que realizó ante notario, ha de considerarse nula por ser contraria a la ley, a la moral y al orden público. Alega en síntesis desconocimiento del idioma para conocer los términos de lo firmado, desigualdad, abuso de posición dominante por parte del Sr. Jose Miguel . Alega la recurrente recibir ayuda estatal (casa de acogida) y beneficio de justicia gratuita.

En el desarrollo argumental de este motivo cita otra sentencia la sentencia de esta sala de 26 de noviembre de 1993 .

El motivo segundo, se funda en:

«[...] infracción de los arts. 103.3 y 1318 del Código Civil , por falta de aplicación, en relación con la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, representada por la sentencia núm. 184/2012 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 2 de abril de 2012 (RJ 2012, 5271) , recurso 1594/2010 , conforme a la cual, existe el derecho a la obtención de litis expensas en los litigios sobre divorcio en los casos en que no haya bienes comunes y la consideración de los ingresos por unidad familiar impidan a la esposa la obtención del beneficio de justicia gratuita, además de la vulneración de lo dispuesto por los arts. 209.3 , 216 y 218 LEC ; que obligan a que las sentencias sean suficientemente razonadas, se dicten de conformidad con las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes y sean claras, precisas y congruentes con las demandas y pretensiones deducidas en el proceso, normas que fueron vulneradas al revocarse en segunda instancia las litis expensas

reconocidas en la sentencia de primera instancia sin la suficiente motivación y al margen del principio de congruencia».

En este motivo alega la recurrente que el Sr. Jose Miguel le imputó en la modalidad conjunta de la declaración del impuesto sobre la renta unas ganancias patrimoniales de 82.688,50.-€, sin su consentimiento ni conocimiento, razón por la que al principio del procedimiento no se le reconocía el beneficio de justicia gratuita, ni se le concedió la beca a su hija. También alega que en primera instancia el Sr. Jose Miguel se aquietó a la petición de litis expensas e invoca jurisprudencia del Tribunal Supremo, con cita de sentencias de esta sala sobre motivación de las sentencias.

SEGUNDO.- Hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial .

En el FDD primero de la sentencia recurrida consta lo siguiente:

«Debe tenerse en cuenta para resolver los presentes autos que 1.º se trata de personas nacidas en 1950 y 1971, es decir, cuentan actualmente , con 67 y 46 años, 2.º se casaron el 18-12-2009, es decir, hace casi 8 años, 3.º al casarse tenían, respectivamente, 59 y 38 años de edad, 4.º ambos eran divorciados de matrimonio anterior, 5.º el esposo es abogado y la esposa trabajaba en el Ministerio de Hacienda en Rusia, según manifiesta la misma, 6.º la esposa vino a España tras contactar a través de las redes sociales, en el año 2006, trayendo asimismo a su hija e iniciando una convivencia con el demandado en diciembre del año 2006, 7.º el 18-6-2009 comparecieron ambos ante el notario realizando las manifestaciones que se contienen en el documento núm. 13 obrante en autos, 8.º posteriormente, unos seis meses más tarde, el 18-12-2009 contrajeron matrimonio, 9.º el día 21-12-2011 otorgó testamento en los términos que constan en el mismo en el documento núm. 3 obrante en autos».

TERCERO.- Acta notarial de manifestaciones de 18 de junio de 2009 (doc. nº 13) .

En el acta notarial de 18 de junio de 2009, consta lo siguiente:

»ME REQUIEREN:

»A mí el Notario para que por mediación de la presente acta se haga constar de forma indubitada y fehaciente, las manifestaciones que los requirentes me hacen con relación a que:

»1.- *Que es intención de los comparecientes contraer matrimonio civil.*

»2.- *Que realizarán ante los Registros Civiles correspondientes los trámites para que Dña. Gloria adopte el apellido o los apellidos de su futuro esposo, por lo que pasará a llamarse Elisa .*

»3.- *Que para el supuesto de separación o divorcio ninguno de los comparecientes reclamará al otro indemnización o/y pensión compensatoria o el uso del domicilio conyugal que se fija en Valencia, PLAZA000 NUM000 , puerta NUM001 , cuyo uso corresponderá al Sr. Jose Miguel , renunciando expresamente Dña. Gloria al uso y posesión del mismo en el supuesto de separación o divorcio, al tener carácter privativo del esposo, compensando, si fuera procedente, la atribución del uso con el alquiler de una vivienda adecuada, en el caso de que hubiera hijos comunes de los que se le atribuyera la custodia para su ocupación por Dña. Gloria , y los menores a su cargo.*

»4.- *En cuanto a las disposiciones testamentarias, una vez contraído matrimonio, el Sr. Jose Miguel , otorgará testamento en el plazo de dos meses con cesión de usufructo de bienes y del tercio correspondiente de libre designación a favor de su esposa, en tanto no pueda, por la legislación civil vigente ampliarle el caudal.*

»*En idéntica medida, se hará lo mismo a favor del esposo en el testamento otorgado por Gloria .*

»*Acepto el requerimiento, advirtiendo a los comparecientes de los efectos limitados de las manifestaciones efectuadas que constituyen simplemente una manifestación de intenciones».*

CUARTO.- *Motivo primero.*

Motivo primero.- Se denuncia infracción de lo dispuesto en los arts. 97 , 1328 y 1255 del Código Civil (LEG 1889, 27) , en relación con el art. 90.2 del Código Civil y los arts. 24.1 y 39 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) , y aplicación indebida de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la validez de los pactos prematrimoniales y los límites a los mismos, recogida en sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 1.ª de lo Civil, STS 392/2015, de 24 de junio (RJ 2015, 2657) , recurso 2392/2013 , resultando necesario que se declare infringida dicha doctrina conforme a la cual los pactos prematrimoniales no pueden resultar contrarios a la ley, la moral o al orden público ni causar perjuicio a terceros, entendiéndose que en determinadas circunstancias la renuncia a la pensión compensatoria contenida en los mismos puede resultar nula. En el presente caso, la renuncia de Dña. Gloria a la pensión compensatoria que realizó ante notario ha de considerarse nula por ser contraria a la ley, a la moral y al orden público.

QUINTO.- Decisión de la sala. Pactos prematrimoniales .

Se desestima el motivo.

El motivo se funda en la infracción de la doctrina casacional recogida, entre otras, en la sentencia 392/2015, de 24 de junio (RJ 2015, 2657) , partiendo de que la renuncia a la pensión compensatoria que hizo la hoy recurrente en el acta notarial de manifestaciones, lo fue sin conocer la trascendencia de lo efectuado y sin conocimiento de la lengua española, encontrándose en una situación de precariedad.

Sobre estas alegaciones debemos declarar:

- 1. Ambos cónyuges habían contraído matrimonios previos, de los que habían obtenido el divorcio.*
- 2. Dña. Gloria se desplazó desde Rusia, para luego traer a su hija, con consentimiento de D. Jose Miguel .*
- 3. Convivieron desde 2006 y el acta de notarial de manifestaciones se otorga en 2009, seis meses antes de contraer matrimonio. La demanda de divorcio se interpone seis años después.*
- 4. En la sentencia de instancia, no contradicha en este aspecto por la de apelación, consta que Dña. Gloria conocía el idioma castellano cuando firmó el acta de manifestaciones, como lo garantiza la presencia del fedatario público.*
- 5. D. Jose Miguel otorgó testamento el 21 de diciembre de 2011 instituyendo heredera a Dña. Gloria y mejorándola. Igualmente la nombró beneficiaria en las prestaciones de la Mutualidad de la Abogacía.*

De lo expuesto cabe razonar que Dña. Gloria conocía lo que firmó y la trascendencia de lo declarado, por su conocimiento del idioma, por su experiencia en una crisis matrimonial previa, y por la posibilidad de obtener explicaciones del notario.

El suficiente conocimiento del idioma es un hecho probado, que no puede cuestionarse en casación.

SEXTO.- Pactos prematrimoniales y orden público .

Fijado este extremo, cabe analizar si los pactos prematrimoniales, son contrarios al orden público.

Debemos declarar que la formación, edad, escasa duración del matrimonio, ausencia de descendencia común, posibilitan un

desenvolvimiento de ella que posibilitan un marco económico fluido, por lo que no consta alteración del orden público.

Es más, los cursos desarrollados por Dña. Gloria , en España, en la Escuela Oficial de Idiomas, homologando su conocimiento del ruso y cursando estudios de español para extranjeros y de inglés, le facultan para una rápida inserción laboral que no hace aconsejable la fijación de una pensión compensatoria y por ello no puede entenderse cuestionado el orden público (1255 del C. Civil (LEG 1889, 27)).

Estos elementos de juicio permiten inferir que cuando se firmaron los pactos prematrimoniales, no se sometió a Dña. Gloria a una situación de previsible precariedad.

SÉPTIMO.- Pactos prematrimoniales. Derecho a la libertad, dignidad e igualdad.

De lo declarado probado no puede deducirse atentado alguno a la igualdad, libertad o dignidad de Dña. Gloria , por el hecho de firmar pactos prematrimoniales, dado que lejos de percibirse un sometimiento al esposo o predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en el que la esposa resulta beneficiaria de prestaciones, se acoge a su hija, se firman los pactos con suficiente antelación con respecto al matrimonio, por lo que tampoco pueden considerarse sorpresivos y una relación matrimonial no extensa temporalmente pero tampoco fugaz.

Por todo ello, la libertad, dignidad e igualdad de los cónyuges ha quedado preservada (arts. 14 , 17 y 19 de la Constitución (RCL 1978, 2836)).

En base a todo ello no puede entenderse infringida la doctrina jurisprudencial recogida en sentencia 392/2015, de 24 de junio (RJ 2015, 2657) , recurso núm. 2392/2013 .

OCTAVO.- Motivo segundo.

Motivo segundo.- Infracción de los arts. 103.3 y 1318 del Código Civil (LEG 1889, 27) , por falta de aplicación, en relación con la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, representada por la sentencia núm. 184/2012 (RJ 2012, 5271) de la Sala Primera, Sección 1.ª, del Tribunal Supremo, de fecha 2 de abril de 2012, recurso 1594/2010 , conforme a la cual, existe el derecho a la obtención de litis expensas en los litigios sobre divorcio en los casos en que no haya bienes comunes y la consideración de los ingresos por unidad familiar impidan a la esposa la

obtención del beneficio de justicia gratuita, además de la vulneración de lo dispuesto por los arts. 209.3 , 216 y 218 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , que obligan a que las sentencias sean suficientemente razonadas, se dicten de conformidad con las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes y sean claras, precisas y congruentes con las demandas y pretensiones deducidas en el proceso, normas que fueron vulneradas al revocarse en segunda instancia las litis expensas reconocidas en la sentencia de instancia sin la suficiente motivación y al margen del principio de congruencia. En el presente caso Dña. Gloria no podía obtener el beneficio de justicia gratuita porque, según consta en autos, en la declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas del ejercicio 2014 del Sr. Jose Miguel , que realiza en la modalidad conjunta, incluyendo a mi representada, le imputó a ésta, en concepto de ganancias patrimoniales, la suma de 82.688,50.-€, sin su consentimiento ni conocimiento.

Se desestima el motivo.

Se desestima el motivo por carencia manifiesta de fundamento en cuanto mezcla cuestiones heterogéneas en el mismo motivo, plantea cuestiones ajenas al recurso de casación y altera la base fáctica de la sentencia afirmando cuestiones que no forman parte del supuesto de hecho que contempla la sentencia recurrida como resultado de la valoración de la prueba (art. 483.2.4.º LEC).

Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2019: Cambio de sexo de menores de edad

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1

Planteamiento y posiciones de las partes

La presente cuestión de inconstitucionalidad, planteada por el Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, aunque formalmente tiene por objeto el art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo (RCL 2007, 524), reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, realmente se circunscribe al inciso "mayor de edad" contenido en el párrafo primero del apartado primero del mencionado precepto, es decir, a la exigencia de mayoría de edad de la persona para poder solicitar la rectificación de la mención de su sexo en el registro civil y, complementariamente, de su nombre en consonancia con ese cambio.

Concretamente, el art. 1.1 de la Ley mencionada dispone que:

"Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo.

La rectificación del sexo conllevará el cambio del nombre propio de la persona a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral".

El motivo por el que se cuestiona ese inciso es que su contenido podría vulnerar los arts. 15 (derecho a la integridad física y moral), 18.1 (derecho a la intimidad personal y familiar) y 43.1 (derecho a la protección de la salud), en relación al 10.1 (dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad), todos ellos de la Constitución.

La Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo plantea la cuestión con ocasión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal presentados por los padres de un menor de edad que, como representantes legales del mismo, solicitaron la rectificación registral del sexo y nombre del menor al amparo de la mencionada Ley 3/2007 cuando este tenía doce años, primero en vía gubernativa ante el propio registro civil y luego en juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Huesca, con posterior apelación ante la Audiencia Provincial de Huesca, denegándose en todos los casos su pretensión en atención a la minoría de edad de su hijo. La abogacía del Estado se opone a la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad, mientras que la fiscal general del Estado y quienes fueron parte actora en el proceso a quo, personados todos ellos en este proceso, solicitan que se estime por los argumentos recogidos en los antecedentes de esta sentencia. Esta última, además, sostiene que la necesaria superación de la visión patológica de este fenómeno debe conducir a entender que las exigencias impuestas por el art. 4 de la Ley 3/2007 (diagnóstico y tratamiento hormonal) son contrarias a la Constitución.

Consideración preliminar: identificación de la parte recurrente en el proceso a quo

Con carácter previo a la exposición de la fundamentación de esta sentencia, y de manera semejante a como explicamos en nuestra STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176) , FJ 9, al considerar que corresponde "a este Tribunal la adopción, en cuanto a la forma de sus resoluciones, de 'las medidas que estime pertinentes para la protección de los derechos reconocidos en el art. 18.4 de la Constitución' (art. 86.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (RCL 1979, 2383) : LOTC), la presente sentencia no incluye la identificación completa del recurrente [en el proceso a quo , ni de sus progenitores, a fin de respetar la intimidad del menor], ... tal como ya ha señalado este Tribunal en anteriores ocasiones (SSTC 288/2000, de 27 de noviembre (RTC 2000, 288) , FJ 1; 94/2003, de 19 de mayo (RTC 2003, 94) , FJ 7; 30/2005, de 14 de febrero (RTC 2005, 30) , FJ 7, y 114/2006, de 5 de abril (RTC 2006, 114) , FJ 7)". Igualmente, se quiere hacer constar que las referencias que a lo largo de esta sentencia se hacen al menor en relación al cual se ha suscitado este proceso, pretenden serlo en sentido genérico o neutral, como equivalente a persona menor de edad, sin expresar ninguna connotación sobre su sexo ni sobre su identidad de género.

3

Delimitación del objeto

Quienes fueron los recurrentes en el proceso a quo se han personado en este proceso y, además de instar la estimación de la cuestión planteada respecto del art. 1.1 de la Ley 3/2007 (RCL 2007, 524) , solicitan que también se declaren inconstitucionales las exigencias impuestas por el art. 4 de la Ley 3/2007 (diagnóstico y tratamiento hormonal) porque, al constituir una heteroasignación de la identidad sexual, lesiona la dignidad de la persona transexual.

El Tribunal aprecia que no procede acoger esta pretensión. El órgano que eleva la presente cuestión, tanto al conferir el trámite de audiencia como al razonar la aplicabilidad y relevancia de los preceptos cuestionados respecto del supuesto litigioso subyacente (ambas presupuestos procesales requeridos por el art. 35.2 LOTC (RCL 1979, 2383)), entiende que las exigencias impuestas por el art. 4.1 de la Ley 3/2007 para que proceda la rectificación, o bien aparecen cumplidas por la persona solicitante, o bien dicho sujeto está exento de cumplirlas ex art. 4.2 de la misma ley. La consecuencia, en uno y otro caso, es que el órgano judicial no plantea cuestión alguna respecto del citado art. 4.1 de la Ley 3/2007. Este tema, que viene a suscitar en última instancia si resulta contrario a la Constitución que el legislador condicione la rectificación registral de la mención del sexo a cualesquiera exigencias distintas de la voluntad expresada por la persona transexual (el art. 4.1 requiere

diagnóstico médico y tratamiento hormonal), no forma parte, por los motivos ya indicados, del objeto procesal y, por ello, el Tribunal no realizará ningún pronunciamiento sobre él.

4

Derechos fundamentales y principios constitucionales afectados por la norma cuestionada

El fondo de este proceso constitucional requiere que el Tribunal decida si reservar al mayor de edad el derecho a rectificar la mención del sexo en la inscripción del registro civil, lo que en el sistema de la Ley 3/2017 (RCL 2007, 524) conlleva de un modo inmediato el derecho al cambio registral del nombre (párrafo segundo del art. 1.1) constituye o no una restricción desproporcionada de alguna situación jurídica de la persona menor de edad que resulte garantizada por la Constitución Española (RCL 1978, 2836) .

Es constante la doctrina constitucional acerca de que el principio de proporcionalidad, como presupuesto de constitucionalidad de la ley, no opera en abstracto. El Tribunal ha insistido reiteradamente que dicho principio actúa únicamente por referencia a concretos derechos fundamentales (SSTC 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019, 64) , FJ 5, y 55/1996, de 28 de marzo (RTC 1996, 55) , FJ 3) o a específicos principios constitucionales [STC 60/2010, de 7 de octubre (RTC 2010, 60) , FFJJ 7 y 8 b)], derechos y principios que serían los vulnerados en caso de que el legislador los restrinja de un modo desproporcionado.

En coherencia con este pronunciamiento repetido en la doctrina constitucional, la citada STC 60/2010 destacó que "la primera cuestión que debe ser analizada como presupuesto de la comprobación de la proporcionalidad de una medida [legal] es la de cuáles son los principios o derechos constitucionales cuyo contenido se ve restringido como consecuencia de su adopción, puesto que, en caso de que no se produjera una restricción de esa naturaleza, carecería de sentido la exigencia de que la norma fuera proporcionada".

a) El primer bien jurídico de relevancia constitucional que el art. 1.1 de la Ley 3/2007 afecta es, y así se resalta en el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) , el principio constitucional que garantiza el libre desarrollo de la persona (art. 10.1 CE). En efecto, la norma impugnada habilita a la persona mayor transexual a rectificar la mención registral de su sexo, y correlativamente a cambiar la constancia registral de su nombre (párrafo segundo del art. 1.1) y a "ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición" (art. 5.2). Con ello está permitiendo a la persona adoptar decisiones con eficacia jurídica sobre su identidad. La propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana. Establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una

decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas.

Este nexo entre decidir sobre la identidad de uno mismo y el goce por la persona de autonomía para organizar su propia vida y sus relaciones personales es reconocido y afirmado por diversas instituciones de nuestro entorno jurídico, lo que muestra que sobre este vínculo existe un extendido consenso y así el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuya jurisprudencia tiene un valor hermenéutico especial para este Tribunal, al abordar reclamaciones en que es relevante la situación de transexualidad alude expresamente a la protección del desarrollo personal y la pone en relación con "el derecho a establecer y consolidar relaciones con otros seres humanos y con el entorno que le rodea" (por todas, STEDH de 10 de marzo de 2015 (PROV 2015, 79326) , asunto Y.Y. c. Turquía , § 57). En el mismo sentido el Tribunal ha destacado en numerosas ocasiones que el concepto de "vida privada" incluye no solo la integridad física y mental de la persona, sino que también puede en ocasiones comprender aspectos de la identidad física y social del individuo. Elementos tales como la identidad de género, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual caen dentro de la esfera personal protegida por el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH (RCL 1999, 1190, 1572)). Esto ha conducido a reconocer, en el contexto de la aplicación de este principio a las personas transgénero, que ello implica un derecho a la autodeterminación, que la libertad de definir la propia identidad sexual es uno de los elementos esenciales más básicos y que el derecho de las personas transgénero a su desarrollo personal y a la seguridad física y moral esta garantizada en el art. 8 (STEDH A.P. asunto Garçon y Nicot contra Francia , de 6 de abril de 2017).

El Tribunal Federal Alemán se ha pronunciado varias veces acerca de situaciones en las que pueden verse las personas transexuales (1 BvR 938/81, de 16 de marzo de 1982; 1 BvL 38/92, de 26 de enero de 1993; 1 BvL 3/03, de 6 de diciembre de 2005; 1 BvL 1/04, de 18 de julio de 2006; 1 BvL 10/05, de 27 de mayo de 2008; 1 BvR 3295/07, de 11 de enero de 2011 y 1 BvR 2019/16, de 10 de octubre de 2017). En todas ellas el marco básico de análisis ha sido el derecho general a la propia personalidad (arts. 1.1 y 2.1 GG). También la Resolución 2048 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 22 de abril de 2015, llama a los Estados, en lo que concierne al reconocimiento jurídico del género, "[a] instaurar procedimientos, rápidos, transparentes y accesibles, fundados en la autodeterminación, que permitan a las personas transexuales cambiar el nombre y el sexo sobre los certificados de nacimiento, los documentos de identidad, los pasaportes, los diplomas y otros documentos similares: a poner los procedimientos a disposición de todas las personas que quieran utilizarlos, independientemente de la edad, el

estado de salud, la situación financiera o de una condena pasada o presente". Finalmente la Sala Primera del Tribunal Supremo fundó en el libre desarrollo de la personalidad ex 10.1 CE la línea jurisprudencial (STS 929/2007, de 17 de septiembre (RJ 2007, 4968) , 158/2008, de 28 de febrero (RJ 2008, 2932) , 182/2008, de 6 de marzo (RJ 2008, 4039) , 183/2008, de 6 de marzo (RJ 2008, 4040) , 731/2008, de 18 de julio (RJ 2008, 4484) , 465/2009, de 22 de junio (RJ 2009, 3408)) en la que, dando prevalencia en la determinación del sexo a los factores psicosociales, dejó de exigir la operación quirúrgica de reasignación sexual para admitir la rectificación de las menciones de sexo y nombre en el registro civil.

Este criterio que vincula la determinación autónoma de la propia identidad con el libre desarrollo de la persona estuvo igualmente presente en la actividad legislativa que introdujo la rectificación registral de la mención del sexo. No en vano la exposición de motivos de la Ley 3/2007 aclara que lo que se pretendía con la nueva regulación era una realización de dicho principio constitucional. Lo presenta de un modo meridiano al razonar que se trata de "una respuesta del legislador para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificadas, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas".

Si, por los motivos indicados, el derecho a obtener la rectificación registral de la mención del sexo que habilita la Ley 3/2007 se orienta a la realización del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), la limitación de su disfrute exclusivamente a favor de quien sea mayor de edad, restricción que aparece consignada en su art. 1 y que deja fuera del ámbito subjetivo de tal derecho a quienes no cumplan con ese requisito de edad, supone que a éstos se les priva de la eficacia de dicho principio constitucional en lo que se refiere a decidir acerca de la propia identidad.

Esta restricción, observa el Tribunal ya en este momento y lo retomará más adelante como elemento relevante para resolver este proceso, es de un grado particularmente intenso porque condiciona una manifestación de primer orden de la persona y, consecuentemente, incide de un modo principal en su dignidad como tal individuo, cuya salvaguarda es la justificación última de un Estado constitucional como el establecido en la Constitución de 1978.

En conclusión, el precepto legal cuestionado, en la medida que no permite a quien no reúna el requisito de mayoría de edad decidir autónomamente acerca de un aspecto esencial de su identidad, tiene una incidencia restrictiva sobre los efectos que se derivan de la cláusula de libre desarrollo de la personalidad ex art. 10.1 CE.

b) El auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) afirma igualmente que la norma impugnada incide en el derecho fundamental a la intimidad personal (18.1 CE) del menor transexual, pues "le expone —dice el auto— al conocimiento público de su condición de transexual cada vez que ha de identificarse en el ámbito escolar, de relaciones con las administraciones públicas, etc.". Existe, considera este Tribunal, una conexión entre la norma impugnada y esta situación que subraya el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392). En realidad, excluir al menor transexual de la opción de instar la rectificación de la mención de sexo en el registro, y del correlativo cambio de nombre, tiene un efecto reflejo en el sexo y nombre que aparecen en sus documentos oficiales, y en general condiciona todas y cada una de las acciones en que la persona tiene que identificarse.

Resolver acerca de si la situación descrita afecta a la intimidad personal es una cuestión que ha de partir de la doctrina constitucional sobre esa dimensión del art. 18.1 CE. Se ha resaltado de un modo reiterado (por todas, STC 60/2010) que "el derecho a la intimidad personal del art. 18 CE implica 'la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana' (STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231) , FJ 3)". Y a ello se ha añadido que "lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio (SSTC 127/2003, de 30 de junio (RTC 2003, 127) , FJ 7, y 89/2006, de 27 de marzo (RTC 2006, 89) , FJ 5)".

El Tribunal, aplicando la doctrina reseñada, aprecia que la falta de equivalencia entre el sexo atribuido al nacer, que es el que accede originariamente al registro civil, y el que un individuo percibe como suyo es una de esas circunstancias particularmente relevantes que la persona tiene derecho a proteger del conocimiento ajeno. Ello se debe a que esa reserva constituye un medio eficaz de que aparezca como único y verdadero sexo el segundo de ellos —el percibido por el sujeto— y, en consecuencia, no trascienda al conocimiento público su condición de transexual.

Se desprende de todo lo anterior que la norma impugnada también afecta a la intimidad personal ex art. 18.1 CE, a lo que debe añadirse que se trata de una profunda intromisión en ese derecho fundamental ya que se refiere a una circunstancia relativa al círculo más interno de la persona.

c) Por el contrario, el Tribunal no considera que la norma impugnada afecte a los otros dos bienes jurídicos de relevancia constitucional a

que alude el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) .

Nótese que la invocación de los arts. 15 y 43 CE no va ligada a la necesidad de someterse a cirugías de readaptación (la normativa española no establece este requisito para la rectificación registral del sexo) o a otro tratamiento con incidencia corporal (el órgano judicial que eleva la cuestión no considera aplicable esa exigencia en quien acciona en el proceso a quo). El auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) considera afectados los arts. 15 y 43 CE porque entiende que la persona menor de edad, al verse obligada a afrontar la falta de sintonía entre el sexo percibido y el sexo registrado, es objeto de un trato humillante e inhumano, lo que supone también una afectación de su salud. El TEDH abordó esta cuestión en STEDH de 11 de septiembre 2007 (TEDH 2007, 56) , asunto L. c. Lituania , § 46 y 47, resaltando que, en principio esta situación, aun reconociendo la angustia y frustración que puede generar, no reviste la intensidad suficiente para encontrar cobertura en el art. 3 CEDH, considerando más apropiado analizar su queja en el contexto del art. 8 CEDH, precepto que terminó considerando vulnerado.

5

Titularidad y ejercicio de esas posiciones jurídicas por el menor de edad

Recogiendo una doctrina constitucional ya muy consolidada, y reseñada puntualmente en el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) , procede afirmar que también los menores de edad son titulares de los derechos fundamentales. Es abundante el acervo doctrinal (por todas, STC 183/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 183) , FJ 5) que afirma, como "parte del contenido esencial del art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836) ", el derecho de cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, a ser oído en vía judicial en la adopción de medidas que afectan a su esfera personal, y que añade que "con mayor razón, y por ser en muchos casos su presupuesto lógico, también forma parte del contenido esencial del art. 24.1 CE que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal".

Más ajustada a las cuestiones que se suscitan en este proceso —por tratarse de derechos de libertad y no de prestación como es el derecho a la tutela judicial efectiva— resulta la STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141) , FJ 5, cuando afirma que "desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor

de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar".

Por su parte, la STC 154/2002, de 18 de julio (RTC 2002, 154) , FJ 9 a), apoyándose expresamente en el pronunciamiento transcrito en la citada STC 141/2000, ha reconocido que el ámbito de autodeterminación sobre decisiones vitales —el rechazo de una transfusión de sangre a pesar de conllevar peligro para su vida— no solo se predica del mayor de edad sino igualmente de quien es menor de edad, menor que aparte de titular pleno de la libertad de creencias debe, cuando se trata de opciones personalísimas como la decisión vital de aceptar o rechazar una transfusión sanguínea por razón de creencias y se dispone de madurez suficiente que le habilite, reconocérsele la responsabilidad del ejercicio del derecho fundamental.

En aquel caso (STC 154/2002) la atribución de un espacio de libre decisión, con las salvedades que exigiesen otros bienes jurídicos, se justificaba en el respeto a sus creencias religiosas y, por tanto, en el derecho fundamental que el art. 16.1 CE consagra. Nada obsta, sin embargo, a que se generalice este criterio (reconocer tanto al mayor como al menor, con las excepciones que requieran otras relaciones jurídicas, un margen de libre configuración respecto de las opciones fundamentales de vida, entre las que se cuenta la definición de la propia identidad) y se proyecte, como asimismo aduce el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) , sobre la capacidad misma de autodeterminación del sujeto en todos los ámbitos en que esté protegida del Derecho. No en vano la Convención de derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712) , que adquiere aquí relevancia en virtud del art. 10.2 CE, vincula a los Estados partes "a respetar el derecho del niño a preservar su identidad".

6

El alcance del control de la proporcionalidad de una medida legislativa

Que la norma recurrida afecte al derecho fundamental a la intimidad personal y al principio constitucional al libre desarrollo de la personalidad no significa necesariamente que sea inconstitucional. Solo lo será si esa incidencia en los derechos o principios constitucionales mencionados se manifiesta como desproporcionada. El enjuiciamiento de la proporcionalidad de una medida legislativa, como presupuesto de constitucionalidad de la misma, se articula en dos fases (por todas, STC 60/2010 (RTC 2010, 60) , FJ 9): a) la primera parte de ese canon de control consiste en examinar que la norma persigue una finalidad constitucionalmente legítima; y b) la segunda parte implica revisar si la

medida legal se ampara en ese objetivo constitucional de un modo proporcionado. Esta segunda fase de análisis exige, a su vez, verificar (por todas, STC 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019, 64) , FJ 5), sucesivamente el cumplimiento de "la triple condición de (i) adecuación de la medida al objetivo propuesto (juicio de idoneidad); (ii) necesidad de la medida para alcanzar su objetivo, sin que sea posible su logro a través de otra más moderada con igual eficacia (juicio de necesidad) y (iii) ponderación de la medida por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)".

Antes de abordar los estadios de análisis que, según lo razonado, conforman el canon de enjuiciamiento de la proporcionalidad como presupuesto de constitucionalidad de la ley, debemos hacer algunas consideraciones previas sobre el alcance del control de proporcionalidad que incumbe a este Tribunal.

a) La primera observación es en clave institucional y atiende a la delimitación de las funciones respectivas del legislador y de este Tribunal. La STC 55/1996 (RTC 1996, 55) , FJ 6, después de establecer que cabía el control de proporcionalidad de la ley, matizó su afirmación para tomar en cuenta "[l]a posición constitucional del legislador", que "obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes".

Esta apelación a la posición del legislador cobra sentido a la luz de que el art. 53.1 CE (RCL 1978, 2836) le atribuye delimitar el contenido y alcance de los derechos fundamentales, siempre que no resulten desconocidos los elementos centrales que los identifican como tales. Esta función del legislador de definir el ámbito de tutela que dispensan los derechos fundamentales entraña un margen de configuración muy extenso, amplio margen que el Tribunal ha proyectado también en relación a los principios constitucionales (STC 60/2010, FJ 7). El Tribunal, con motivo de enjuiciar ciertas medidas legislativas con arreglo al canon constitucional de proporcionalidad, ha precisado este margen de configuración al recordar que "el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que ésta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas" (STC 55/1996, FJ 6).

Será, por tanto, el legislador quien en principio concretará las condiciones en que, como manifestación del derecho a la intimidad personal y del principio constitucional que protege el libre desarrollo de la personalidad.

Hay, sin embargo, decisiones del legislador que, con la finalidad de atender lo que en su criterio requiere la realización de un objetivo constitucionalmente legítimo, recaen propiamente sobre elementos centrales de un determinado derecho o principio constitucional,

restringiéndolo más allá del margen de configuración que la Constitución (RCL 1978, 2836) le reserva. Estos supuestos de colisión entre bienes de relevancia constitucional, en los que el legislador para dar adecuada satisfacción a uno de los fines en conflicto acuerda restringir el contenido protector de un derecho o principio constitucional en alguno de sus elementos centrales, constituyen el ámbito propio en que el Tribunal Constitucional está llamado a desenvolver el control constitucional de la ley conforme al principio de proporcionalidad. En este sentido el Tribunal ha declarado que "cuando entran en colisión derechos fundamentales o determinadas limitaciones a los mismos en interés de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, la función del interprete constitucional alcanza la máxima importancia 'y se ve obligado —como dice la STC 53/1985— a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos'" (SSTC 64/2019, de 9 de mayo (RTC 2019, 64) , FJ 5, y 215/1994, de 14 de julio (RTC 1994, 215) , FJ 2).

b) La segunda consideración es de carácter sustantivo y conlleva que el alcance del enjuiciamiento constitucional del legislador resulta dependiente "del objeto sobre el que este se proyecte o del tipo de decisiones que incorpore", de tal modo que "cuanto más intensa sea la restricción de los principios constitucionales y, en particular, de los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional, tanto más exigentes son los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera" (STC 60/2010, FJ 7).

c) Es tiempo de proyectar los dos anteriores criterios sobre las circunstancias del caso. En este proceso la norma impugnada excluye a determinadas personas —los menores transexuales— del derecho reconocido con carácter general al resto de españoles a que en el registro civil consten menciones de sexo y nombre coherentes con la identidad de género sentida. Ello comporta, como consecuencia directa, que estas personas no gozan de documentación que les permita identificarse en sus actividades en general conforme a su sexo y nombre queridos, con lo que no pueden reservar del conocimiento ajeno la diferencia entre el sexo atribuido originariamente y el percibido como propio. Se les impide, por tanto, excluir del conocimiento ajeno su condición de transexual, y esa publicidad forzada le obstaculiza conformar libremente su personalidad y establecer las relaciones personales de su preferencia.

Este Tribunal aprecia que esa medida legal tanto afecta al derecho a la intimidad, por exponer al público circunstancias que el sujeto puede pretender reservadas, como condiciona la autonomía personal por no poder desenvolver la vida propia y las relaciones sociales conforme a la identidad de género que se siente como propia. Y ambos detrimentos revisten una particular intensidad por recaer en aspectos especialmente conectados con la dignidad humana como los relativos a la propia identidad. Todo ello determina que el control de constitucionalidad que se reclama del Tribunal en este proceso deba alcanzar al examen de la proporcionalidad de la medida legal, a través de las dos fases antes

indicadas, control que deberá realizarse verificando de un modo exigente los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera.

7

La primera parte del canon: el objetivo constitucionalmente legítimo que justifica la restricción legal

La primera parte del canon de enjuiciamiento de este proceso exige comprobar que la exclusión de los menores de edad de la rectificación de la mención registral del sexo persigue preservar algún bien o interés constitucionalmente legítimo de suficiente relevancia. La vulneración de la proporcionalidad —ha señalado este Tribunal— podría declararse ya en un primer momento del análisis "si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes" (STC 55/1996 (RTC 1996, 55), FJ 7).

El auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) se refiere, si bien que con muy distinto resultado, a dos posibles objetivos que podrían justificar en abstracto la medida legal restrictiva que enjuiciamos. De un lado, contiene una alusión a las consideraciones de orden público conectadas con la estabilidad e indisponibilidad del estado civil. De otro lado, menciona expresamente la "necesidad de protección de la persona menor de edad que la propia Constitución reconoce (art. 39.3 y 4 CE (RCL 1978, 2836))", invocando al efecto la STC 274/2005 (RTC 2005, 274) .

Procede descartar, por los mismos motivos que lo hace el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) , la primera de las opciones. En la forma de Estado que articula la Constitución de 1978, el reconocimiento y la protección de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos actúa precisamente como el núcleo principal del orden público. Otros aspectos que tradicionalmente han quedado incluidos en ese orden público, como la estabilidad e indisponibilidad del estado civil o la seguridad que este sin duda aporta a las relaciones jurídicas y sociales, aunque conservan una cierta virtualidad, presentan ahora una importancia secundaria en relación al ejercicio de los derechos fundamentales. Este criterio ha sido acogido expresamente en nuestro entorno jurídico para negar, precisamente en el contexto de las condiciones legales en que se admite el cambio de la mención registral del sexo, que las razones de seguridad jurídica que informaban el requerimientos legal de someterse a operación quirúrgica [STS (Sala Primera) 929/2007, de 17 de septiembre (RJ 2007, 4968) } o de sujetarse a un proceso de esterilización [STCFA de 28 de enero de 2011 (BvR 3295/07)] pudieran prevalecer sobre la autonomía de la persona para determinar su propia identidad de género.

Por el contrario, el Tribunal ha admitido expresamente que el art. 39 CE incorpora un mandato dirigido a los poderes públicos para que atiendan de un modo preferente la situación del menor de edad, estableciendo regímenes especiales de tutela allí donde el legislador, dentro del amplio margen que enmarca la Constitución, lo considere necesario. La STC 274/2005, de 7 de noviembre (RTC 2005, 274) , FJ 4, citada expresamente por el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) , reconoce que la diferencia legal entre hermanos mayores y menores de la fallecida en accidente de tráfico tiene por finalidad legítima la "de prestar la protección derivada del derecho a recibir indemnización a una categoría de personas también típicamente necesitada de una mayor protección: la de los menores de edad (art. 39.3 y 4 CE)". Por su parte, la STC 141/2000 (RTC 2010, 141) , FJ 5, declaró que "el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores". Y la misma sentencia, líneas más arriba, había precisado que "[las] libertades y derechos de unos y otros ... deberán ser ponderados teniendo siempre presente el 'interés superior' de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)". En la misma línea de las dos sentencias anteriormente referidas, la STC 64/2019 (RTC 2019, 64) ha declarado que el interés superior del menor de edad es un objetivo constitucionalmente legítimo que puede justificar límites al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Como conclusión de las anteriores consideraciones, cabe admitir que el interés superior del menor inherente a algunas de las previsiones del art. 39 CE es, considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales.

Debe precisarse, adicionalmente, que no se opone a esta apreciación del Tribunal que en este caso la restricción del principio o derecho constitucional —la exclusión del menor transexual de la rectificación registral de la mención de sexo— se apoye en lograr un beneficio para los mismos sujetos que sufren la limitación. No lo es, en primer lugar, porque se asienta en el mandato constitucional dirigido a todos los poderes públicos de dispensar una protección especial a los menores de edad. De otro lado, la propia doctrina constitucional ya ha admitido que otras manifestaciones del agere licere de la persona, que hunden igualmente sus raíces en la cláusula de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y en la tutela dispensada por concretos derechos fundamentales (art. 16 CE), puedan ser objeto de limitación en aras de procurar la protección de la misma persona que sufre la restricción (entre otras, las citadas SSTC 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990, 120) , y 60/2010, de 7 de octubre (RTC 2010, 60)).

La segunda parte del canon: la proporcionalidad en la persecución del objetivo legítimo

La segunda parte del canon de enjuiciamiento de este proceso requiere verificar si la norma legal restrictiva de derechos y principios constitucionales —la exclusión de los menores de edad de la rectificación de la mención registral del sexo— se orienta de un modo proporcionado al bien jurídico constitucional que la justifica —la tutela privilegiada de los menores de edad como categoría de personas necesitadas de especial protección—, lo que sucederá únicamente si la medida restrictiva que incorpora es adecuada (A), necesaria (B) y proporcionada en sentido estricto (FJ 9).

a) Sobre el juicio de adecuación de una medida legal restrictiva a la finalidad constitucional que la justifica, este Tribunal ha precisado, con muy particular atención a la posición constitucional del legislador, que "la necesaria consideración del espacio de libertad de configuración política que corresponde al legislador democrático obliga a precisar que para apreciar la adecuación [de la medida legal restrictiva], desde la posición que corresponde a este Tribunal, es suficiente con que la disposición cuestionada contribuya en alguna medida a la realización del fin que persigue, de tal modo que sólo cabría declarar la inconstitucionalidad de aquélla en este estadio del control de proporcionalidad si resultara manifiesto que [la medida legal restrictiva] entorpece o, cuando menos, es indiferente desde la perspectiva del cumplimiento de sus fines". (STC 60/2010 (RTC 2010, 60) , FJ 12).

El auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) no presenta ninguna argumentación ordenada a evidenciar que aparece como manifiesto que la medida legal que cuestiona suponga, en todo caso, un entorpecimiento en el logro de la protección específica del menor o resulte indiferente respecto de ella.

De hecho, aunque extender el ámbito de aplicación del art. 1.1 de la Ley 3/2007 (RCL 2007, 524) al menor transexual entrañaría sin duda un importante beneficio para él, al menos en términos de tutela de su intimidad y de reconocimiento de un ámbito de libre decisión sobre su persona, no cabe negar de un modo absoluto a la restricción general que contiene la norma cuestionada una contribución positiva al interés del menor de edad, en particular en todos aquellos supuestos en los que las manifestaciones que acreditan la transexualidad no estén consolidadas. Cuando se dan estas concretas circunstancias, excluir al menor de edad de esa opción, si bien supone para él una restricción en los derechos y principios constitucionales antes indicados, se justifica en la mejor salvaguarda de su interés, pues se le evitan las serias consecuencias negativas que podrían seguirse de una decisión precipitada. No resulta manifiesto, por tanto, que la medida legal cuestionada resulte en todo caso entorpecedora o indiferente en relación a la consecución de la protección especial que al menor de edad le deben prestar los poderes

públicos por mandato constitucional.

b) La doctrina constitucional también se ha ocupado reiteradamente sobre el control de la necesidad de la medida legal restrictiva de derechos y principios constitucionales en relación con el fin que la justifica, y lo ha hecho teniendo muy presente, de nuevo, la posición constitucional del legislador.

La STC 64/2019 (RTC 2019, 64) resalta que el Tribunal "ha reiterado que, prima facie , el juicio de necesidad compete al legislador, lo que viene justificado ... sobre todo [por] su naturaleza como 'representante en cada momento histórico de la soberanía popular' (SSTC 11/1981 (RTC 1981, 11) , y 332/1994 (RTC 1994, 332))".

De un modo más preciso, la STC 136/1999, de 20 de julio (RTC 1999, 136) , FJ 23, estableció que desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar una norma legal como innecesaria cuando "resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador". A su vez, la STC 161/1997 (RTC 1997, 161) , FJ 11, había razonado que el control del Tribunal Constitucional sobre "la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia ... tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido".

El auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) sostiene que la norma legal cuestionada es una restricción innecesaria del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE (RCL 1978, 2836)) y del principio que garantiza el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Argumenta que "cuando se trata de un menor con suficiente madurez, que realiza una petición seria por encontrarse en una situación estable de transexualidad ... este tribunal tiene dudas de que la restricción que supone la exigencia de la mayoría de edad para poder solicitar el cambio en la mención registral del sexo pueda superar el juicio de necesidad o indispensabilidad".

De este razonamiento se desprende que la medida alternativa menos gravosa considerada por el órgano remitente es aquella en que la exigencia de la mayoría de edad no se proyectase sobre los menores de edad "con madurez suficiente" y que se encuentren "en situación estable de transexualidad".

En este análisis de proporcionalidad la norma legal aquí cuestionada incorpora una restricción que se proyecta sobre bienes constitucionales de la más alta significación: el derecho a la intimidad y el principio que garantiza el libre desarrollo de la persona.

Y además esta limitación recae sobre un aspecto de ellos como es la identidad personal que reviste una especial centralidad por su particularmente estrecha relación con la dignidad de la persona humana. Únase a todo ello que la restricción sobre esos bienes actúa de una manera radicalmente intensa: mediante la privación completa de algunas de sus manifestaciones respecto de un conjunto entero de sujetos.

La traducción de este criterio sustantivo al presente proceso, en tanto que la norma legal enjuiciada supone una restricción que se proyecta sobre un objeto particularmente vinculado a la dignidad humana y que se concreta en una limitación muy intensa del mismo, conlleva que el control de la proporcionalidad de dicha norma por el Tribunal debe desenvolverse de un modo especialmente incisivo, en el sentido de poder verificar si los beneficios obtenidos por la aplicación de la norma sean de una entidad tal que compensen la gravedad de los sacrificios que impone a los derechos fundamentales enfrentados.

9

La proporcionalidad en sentido estricto de la norma legal cuestionada

El auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) argumenta que "cuando se trata de un menor con suficiente madurez, que realiza una petición seria por encontrarse en una situación estable de transexualidad ... este tribunal tiene dudas de que la restricción ... pueda superar el juicio de necesidad... Y, lógicamente, tiene también dudas de que pueda superar la última fase del juicio, el juicio de proporcionalidad estricta... Impedir al menor, en las circunstancias ya repetidas a lo largo de la resolución, solicitar la modificación de la mención registral del sexo y del nombre, puede constituir una restricción desproporcionada de sus derechos fundamentales ... por las graves consecuencias que pueden acarrearle, que pueden no guardar una relación equilibrada con las ventajas obtenidas con tal medida".

El órgano judicial remitente no cuestiona la constitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007 (RCL 2007, 524) en su integridad. Sostiene, por el contrario, que puede constituir una restricción desproporcionada una parte de él, aquella que excluye de la rectificación de la mención registral del sexo a los menores de edad "con suficiente madurez, que realiza[n] una petición seria por encontrarse en una situación estable de transexualidad".

El contenido normativo del art. 1.1 de la Ley 3/2007 ocasiona a los sujetos excluidos del cambio de la mención registral del sexo restricciones muy notables en los bienes jurídicos constitucionales ya indicados. Estas limitaciones, que en sí mismas revisten enorme intensidad y se proyectan sobre bienes constitucionales de la mayor transcendencia, se manifiestan de un modo agravado cuando el menor de edad presenta

una "madurez suficiente", en tanto que resulta inevitable reconocerle una mayor necesidad de tutela de su intimidad personal y del espacio de decisión que le habilita para desarrollar libremente los rasgos de su personalidad.

La restricción legal que enjuiciamos, sin embargo, no solo da lugar a inconvenientes para ciertos principios y derechos constitucionales. Conlleva, por otro lado, determinados beneficios importantes para otros bienes jurídicos también de relevancia constitucional, ya que mediante esta restricción legal el legislador despliega la protección especial de los menores de edad que le incumbe en virtud del mandato derivado del art. 39 CE (RCL 1978, 2836) . Estos beneficios, cuya relevancia este Tribunal no desdeña, se relativizan paulatinamente según se avanza hacia la mayor edad por dos motivos. De un lado, a medida que cumple años el menor de edad adquiere mayores grados de entendimiento y, por tanto, disminuyen las necesidades específicas de protección, como se desprende de la regulación que hace el Código civil (LEG 1889, 27) de la emancipación del menor de edad (arts. 314 y ss). De otro lado, como argumenta el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) , el riesgo de remisión de las manifestaciones de transexualidad merma cuando la persona se aproxima a la edad adulta.

Consecuentemente, el Tribunal aprecia que la restricción legal enjuiciada, en su proyección respecto de los menores de edad con "suficiente madurez" y que se encuentren en una "situación estable de transexualidad", circunstancias que se valoran en los requisitos previstos en el art. 4 y que no han sido cuestionados en el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) , representa un grado de satisfacción más reducido del interés superior del menor de edad perseguido por el legislador. Mientras tanto, por el contrario, en estos casos se incrementan notablemente los perjuicios para su derecho a la intimidad personal y para el principio que le garantiza un espacio de libertad en la conformación de su identidad. En estas circunstancias, además, los perjuicios que estamos considerando se revelan de mayor intensidad por tratarse de una norma automática y que no contempla régimen intermedio alguno —i.e. cambio de nombre, pero no de sexo— para las situaciones de transición.

De este modo, el art. 1.1 de la Ley 3/2007, en la medida que se aplica también a los supuestos normativos indicados en el auto de planteamiento (RJ 2016, 1392) , sin habilitar un cauce de individualización de aquellos menores de edad con "suficiente madurez" y en una "situación estable de transexualidad" y sin prever un tratamiento específico para estos supuestos, constituye una medida legal que restringe los principios y derechos constitucionales que venimos considerando de un modo desproporcionado, dado que los perjuicios para los mismos claramente sobrepasan las menores necesidades de tutela especial que se manifiestan en estas categorías específicas de menores de edad, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad.

De la misma manera que se acordó en las SSTC 26/2017, de 16 de febrero (RTC 2017, 26) , y 79/2019, de 5 de junio (PROV 2019, 217010) ,

este Tribunal declara que la inconstitucionalidad del art. 1.1 de la Ley 3/2007 lo es en la medida en que se aplica a menores de edad con suficiente madurez y que se encuentran en una situación estable de transexualidad.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución (RCL 1978, 2836) de la Nación Española, ha decidido estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 1.1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo (RCL 2007, 524) , reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, y, en consecuencia, declararlo inconstitucional, pero únicamente en la medida que incluye en el ámbito subjetivo de la prohibición a los menores de edad con "suficiente madurez" y que se encuentren en una "situación estable de transexualidad".

Voto particular que formula la magistrada doña Encarnación Roca Trias en relación con la sentencia dictada por de Pleno en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1595-2016, al que se adhiere el magistrado don Alfredo Montoya Melgar

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (RCL 1979, 2383) , y con el máximo respeto a la opinión de mis compañeros, formulo el presente voto particular a la sentencia recaída en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1595-2016, por discrepar de su fundamentación y fallo en los términos que defendí en la deliberación del Pleno y que resumidamente expongo a continuación.

1. Las razones de mi discrepancia traen causa de un enfoque constitucional radicalmente distinto al seguido por la mayoría del Pleno, pues entiendo que la labor del Tribunal Constitucional no es la de indicar al legislador cuál es la mejor opción legislativa dentro de las múltiples posibilidades que la Constitución ofrece, sino la defensa objetiva de la Constitución y de su primacía, mediante un juicio de adecuación del precepto, partiendo del principio de conservación de la norma y expulsando del ordenamiento jurídico solamente aquellos preceptos que choquen frontalmente con nuestra Ley Fundamental, lo que, a mi juicio, no se tiene en cuenta en la Sentencia de la que disiento, en la que se prescinde de un análisis previo de la finalidad y contenido de la norma de la que forma parte el precepto cuestionado.

En este sentido, el precepto discutido, que se reproduce íntegramente en el fundamento jurídico primero de la sentencia, forma parte de la Ley

3/2007, de 15 de marzo (RCL 2007, 524) , reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, no tiene como finalidad el desarrollo del ejercicio de ningún derecho fundamental de la persona, sino que, como se indica literalmente en la exposición de motivos, exclusivamente persigue "regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el registro civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género". Por tanto, antes de llevar a cabo ningún juicio de constitucionalidad, es importante tener en cuenta que la naturaleza y finalidad del registro civil es la de constatar y publicar los hechos y actos que se refieren al estado civil de las personas y aquellos otros que determine la ley (art. 2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio (RCL 2011, 1432) , del registro civil), lo que está en directa conexión con la finalidad del mismo, que es la de otorgar seguridad a las relaciones jurídicas y, correlativamente, justifica que el cambio de inscripción de sexo y nombre "no alterará la titularidad del resto de derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral" (art. 5.3 de la Ley 3/2007).

Por tanto, creo que resulta necesario aclarar que la Ley registral no otorga derechos, ni regula el libre ejercicio de los mismos, sólo constata hechos y actos que se refieren al estado civil de las personas. Tales hechos y actos inscribibles, así como los requisitos que ha de cumplir una persona para formalizar una determinada inscripción en el registro civil, pertenecen a la libertad de configuración del legislador, toda vez que nada dice la Constitución respecto a dicho extremo. Todo ello sin perjuicio de que, como es lógico, una determinada exigencia legal (en el caso que nos ocupa la mayoría de edad para rectificar la mención registral del sexo), pudiera suponer una injerencia ilegítima en un derecho fundamental.

2. A partir de este marco, la ley parte del reconocimiento del derecho que tiene la persona transexual a rectificar la mención registral de su sexo y de su nombre para que ambos estén en concordancia. Con tal razón, el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración y en atención a la finalidad del registro, exige la mayoría de edad para formalizar dichos cambios, como también establece otra serie de requisitos, todo ello dirigido a constatar que exista un grado de madurez suficiente y una decisión firme y asentada (art. 4 de la Ley 3/2007). Como puede fácilmente comprenderse, desde el punto de vista jurídico, ello no sólo conecta con los efectos de todo cambio registral y con la seguridad jurídica que el registro civil pretende garantizar, sino también con la obligada protección jurídica del interés del menor (art. 39.4 CE (RCL 1978, 2836)), toda vez que la rectificación registral de la mención relativa al sexo y al nombre no es más que la constatación formal de una previa decisión de naturaleza personalísima, como es el cambio de sexo, que el legislador entiende que ha de formalizarse sólo cuando la persona tiene plena capacidad para ello, lo que identifica y, por razones de seguridad, sólo puede garantizar mediante la utilización de un criterio objetivo como es la mayoría de edad (art. 12 CE).

3. *Expuesto lo anterior, creo que existen argumentos jurídicos suficientes para afirmar que la norma cuestionada es constitucional, al igual que también serían constitucionalmente legítimas otras opciones legislativas como la que se propone en la sentencia de la que discrepo, pues sólo puedo calificar de propuesta legislativa la argumentación dirigida a optimizar la ley, lo que nada tiene que ver con su inconstitucionalidad, alejándose así del papel que le corresponde a este Tribunal en el Estado de Derecho. Dicho de otro modo: a mi juicio, no se trata de analizar si la facultad de rectificación registral puede o no graduarse en función de la madurez de los menores, pues no es misión de este Tribunal indicar qué norma podría ser más favorable al ejercicio de determinados derechos fundamentales (esta es labor exclusiva del legislador). Se trata de enjuiciar si el requisito de la mayoría de edad para cambiar la mención registral choca frontalmente con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), con el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), o con la protección de la dignidad de la persona que se desprende del art. 10.1 CE. Creo que tales vulneraciones no concurren en el caso que nos ocupa por las razones ya expuestas y que están vinculadas a la naturaleza y finalidad del registro civil, pero también, porque la norma toma como parámetro justificativo del cambio de la mención registral no sólo "la identidad de género sentida por el solicitante", sino la seguridad de que tal cambio de sexo vienen avalado por su "estabilidad y persistencia" (art. 4 de la Ley 3/2007), razón por la que utiliza un criterio objetivo como la mayoría de edad, que identifica con el pleno ejercicio de la capacidad de obrar (art. 12 CE). Lo que lejos de ser una restricción de derechos, ello es una garantía para el menor, que ejerce por sí mismo un derecho de naturaleza personalísima. Todo lo anterior no está reñido con el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad del menor transexual, que podrá ejercer en su vida privada y en sus relaciones con la administración, de acuerdo con lo dispuesto en el resto de normas legales, de las que no es responsable el legislador registral.*

4. *Debo subrayar que en la sentencia de la que discrepo no encuentro suficientes argumentos jurídicos que avalen la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, pues en la misma no se lleva a cabo un desarrollo de los derechos fundamentales y principios constitucionales que se entienden vulnerados. La sentencia prescinde de un análisis de fondo de la posible vulneración del derecho a la integridad física y moral del menor (art. 15 CE) a la luz del art. 39.4 CE, limitándose, por otro lado, a crear una nueva vertiente del derecho a la intimidad (que se identificaría con el derecho del menor a no tener que explicar, en sus relaciones privadas y públicas, su condición de persona transexual), pero no se conecta tal derecho de libertad (que, por otra parte, en ningún momento se cuestiona en la Ley 3/2007), con un pretendido derecho de prestación del Estado, consistente en permitir que el menor pueda cambiar el asiento registral.*

Por el contrario, en la sentencia se alude constantemente a la STC 60/2010 (RTC 2010, 60) aplicando el principio de proporcionalidad, que aquí es ocioso, porque no se confrontan diferentes derechos fundamentales. No tiene en cuenta que en la situación examinada en la STC 60/2010

se analizaba la constitucionalidad de una norma penal que restringe el derecho del penado y la víctima a mantener o reiniciar la relación afectiva, familiar o de convivencia que les unía, trasladando el juicio de constitucionalidad a un supuesto muy alejado al que nos ocupa pues la libertad de configuración del legislador penal es muy limitada. Además, en aquella sentencia el Tribunal Constitucional concluyó que aunque tal pena accesoria afecta negativamente al principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, de ello no se deriva sin más la inconstitucionalidad de la norma penal impugnada, sino su sujeción a un canon de control que satisfaga la finalidad constitucionalmente legítima y el cumplimiento del principio de proporcionalidad [FFJJ 8 b) y 9]. Igualmente dejó muy claro que la pena de alejamiento no incide en el contenido del derecho a la intimidad familiar y, en consecuencia, consideró que la norma era plenamente constitucional.

5. En suma, la sentencia de la que discrepo reconduce el juicio de constitucionalidad a un test de proporcionalidad, pero dicho análisis no se lleva a cabo desde un estudio detallado del contenido del derecho fundamental supuestamente infringido, sino que los argumentos parecen dirigidos a la optimización de la norma, pero no a declarar la inconstitucionalidad de la misma. En igual sentido y con parecidos argumentos podríamos entender que la edad límite de escolarización obligatoria no resulta la óptima en relación con el ejercicio del derecho a la educación, al igual que la de extracción de órganos respecto al derecho a la integridad, el consumo de alcohol o tabaco sobre el derecho a la salud, el secreto de las comunicaciones o el domicilio del menor en cuanto a la libertad personal y de circulación y de residencia, el ejercicio del derecho al voto y al derecho de participación política.

Todo ello redundará finalmente en un fallo en el que se declara la inconstitucionalidad de la norma pero no la nulidad del precepto cuestionado, dando lugar a un pronunciamiento, a mi juicio confuso y con un efecto impreciso, pues no sabría determinar si estamos ante una sentencia "aditiva", en la que se declara inconstitucional la norma porque no se ha previsto algo que el legislador constitucionalmente estaba obligado a prever; o ante una sentencia de inconstitucionalidad parcial; o ante una sentencia "monitoria" en la que se aconseja al legislador que opte por una regulación más favorable o, en suma, ante una sentencia meramente interpretativa, dejando pendiente por concretar, quién y cómo se ha de determinar la "suficiente madurez del menor" y el grado de estabilidad de su transexualidad, de cara a extenderle la facultad de rectificar la mención registral relativa al sexo.

Y en ese sentido emito mi Voto Particular.

Madrid, a dieciocho de julio de dos mil diecinueve.

