

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

19237 *Pleno. Auto 152/2011, de 7 de noviembre de 2011. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 6816-2010, planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 12 de Valladolid en relación con el artículo 109 del Código civil.*

Excms. Srs. don Pascual Sala Sánchez, don Eugeni Gay Montalvo, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pablo Pérez Tremps, don Francisco José Hernando Santiago, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

AUTO

I. Antecedentes

1. El 21 de septiembre de 2010 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal oficio remisorio del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Valladolid, al que se adjuntaba testimonio de las actuaciones seguidas en el procedimiento ordinario núm. 711-2008 y Auto de 2 de septiembre de 2010, mediante el que se promovía cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 109 del Código civil, en la redacción dada por la Ley 40/1999, ante su posible contradicción con los arts. 10.1 y 18.1 CE.

2. En lo que ahora interesa, los antecedentes de la presente cuestión de inconstitucionalidad son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Con fecha 1 de diciembre de 2007, la actora presentó solicitud al Juez de Primera Instancia encargado del Registro Civil de Leganés, domicilio de la actora, solicitando la inversión del orden de los apellidos de dos hijos menores de edad, incoándose el oportuno expediente gubernativo, que fue remitido al Registro Civil de Valladolid, donde se encontraban inscritos los menores, que por Auto de 12 de marzo de 2007 denegó la inversión de apellidos solicitada. En su fundamento jurídico único se razonaba que: «No ha lugar a aprobar la inversión de apellidos solicitada por la promotora, dado que no se dan los requisitos legales para tal inversión. C.B.V. tiene en la actualidad 14 años y su hermana M.B.V. cumplirá 11 el próximo agosto, y sus representantes legales, en este caso su madre, no puede ejercitar dicha facultad en tanto sus hijos sean menores de edad, pues se trata de una facultad personalísima que ostentan los mayores de edad. Cosa distinta es que la promotora como representante legal de sus hijos, inste un expediente sobre cambio de apellidos competencia del Ministerio de Justicia. En apoyo de nuestra argumentación, lo que dispone el art. 109 del Código Civil, las resoluciones de la D.G.R.N. de fecha 26-1-1998, 3-1-1992, 5-5-1992, 20-5-1993 y 30-7-1993, entre muchas».

b) Mediante escrito de fecha 29 de mayo de 2008 la representación procesal de la actora formuló demanda de juicio declarativo ordinario contra su marido y contra el Ministerio Fiscal en reclamación de inversión del orden de los apellidos de los hijos comunes menores de edad, instando la consiguiente rectificación en el asiento registral de nacimiento de los mismos en el sentido de anteponer el apellido materno sobre el paterno.

La demandante fundamenta su pretensión de inversión del orden de los apellidos de los hijos comunes en el reiterado incumplimiento de las obligaciones y deberes inherentes a la patria potestad por parte del padre demandado y la ausencia de toda comunicación con sus hijos menores. Alega, asimismo, que mediante dicha inversión los tres hijos de la

demandante, el último de ellos fruto de una nueva relación afectiva, ostentarían como primer apellido el de la madre, evitándose el mantenimiento de la diferenciación actual y los cuestionamientos que ello puede suscitar. Y en el suplico de la demanda solicita se declare la inversión del orden de los apellidos de sus hijos menores de edad, así como la existencia de vulneración de los derechos a la igualdad, a no ser discriminados (art. 14 CE), en relación con las normas constitucionales dirigidas a la protección de la familia (art. 39 CE) y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), como consecuencia de la falta de resolución favorable a la inversión por parte del Registro Civil de Leganés y del Juzgado de Primera Instancia encargado del Registro Civil de Valladolid.

c) El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Valladolid acordó la incoación de autos de procedimiento ordinario, núm. 711-2008. Habiendo resultado negativas las gestiones encaminadas a localizar domicilio y/o residencia habitual del demandado, se procedió, por providencia de fecha 25 enero de 2010, a su emplazamiento mediante edictos. Con posterioridad, mediante providencia de fecha 25 febrero 2010, se declaró al demandado en situación de rebeldía procesal. Y en fecha 29 marzo 2010 se llevó a cabo el acto de audiencia previa sin la comparecencia del demandado.

d) Por providencia de fecha 18 mayo 2010 el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Valladolid acordó, de conformidad con lo previsto en el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), dar traslado al Ministerio Fiscal y a las demás partes procesales para que en el plazo de diez días alegasen lo que estimasen pertinente acerca de la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad del art. 109 del Código civil sobre filiación por línea paterna y materna de mutuo acuerdo, en cuanto a la eventual vulneración de los derechos del menor a la intimidad personal y familiar y propia imagen (art. 18 CE), en los supuestos en que no puede ser recabada la voluntad del progenitor ausente.

e) La demandante presentó escrito de alegaciones con fecha 27 de mayo de 2010, en el que manifiesta su posición favorable al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, al existir un conflicto entre el art. 109 del Código civil y el art. 18.1 CE.

f) El Ministerio Fiscal emitió informe el 14 de julio de 2010 en el que se señala que la providencia de 18 de mayo de 2010 cumple con todos los requisitos formales exigibles para el planteamiento de la cuestión, si bien en esta fase no corresponde emitir un informe sobre la constitucionalidad del precepto, que queda reservado, de acuerdo con el art. 37.2 LOTIC, al Fiscal General del Estado.

3. Mediante Auto de 2 de septiembre de 2010 el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Valladolid acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 109 del Código civil, según la redacción dada por la Ley 40/1999, de 5 noviembre: «La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley. Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley. El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo. El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos».

En el Auto de planteamiento se señala, en primer lugar, que en la demanda a través de la que se ejercita la acción principal se invoca en amparo la pretensión de tutela de derechos fundamentales de los dos hijos menores de edad de la actora por la eventual vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) y a no ser discriminados por razón de su filiación (art. 39.2 CE), y la vulneración de las normas sobre protección de la familia (art. 39.1 CE), así como el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Se denuncia que la imposibilidad de invertir el orden de los apellidos, figurando en primer lugar el del padre, tras la inscripción registral y antes de que los hijos alcancen la mayoría de edad (en cuyo caso podrían solicitar tal inversión por sí mismos), afectaría en primer lugar al derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en relación al nombre de los hijos comunes, al imponer una preferencia a favor del apellido paterno salvo acuerdo entre los progenitores, invocándose a este respecto el art. 16 de la Convención de Naciones

Unidas, de 18 de diciembre de 1979, y la resolución 78/37 del Comité de Ministros de Europa, que contiene la recomendación a los Estados miembros de que hicieran desaparecer toda discriminación entre el hombre y la mujer en el régimen jurídico del nombre. Lo que lleva al órgano judicial a considerar que tal es el espíritu que inspiró la reforma del Código civil verificada mediante la Ley 40/1999 y que lo que se plantea en el presente caso es una solicitud formulada por la madre tras el momento de la inscripción, que fue rechazada por el encargado del Registro Civil de Valladolid por carecer de legitimación conforme a lo dispuesto en el art. 109 del Código civil.

Más adelante, el órgano judicial sigue razonando que las dudas de constitucionalidad se suscitan al circunscribir la posibilidad de invertir el orden de los apellidos, pese a la eventual concurrencia de interés legítimo de los menores, desde el momento de la inscripción hasta la mayoría de edad de éstos. Advierte que, si bien la Constitución Española, a diferencia de otros textos constitucionales, no reconoce expresamente el derecho al nombre entre los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional sí enumera entre los derechos personalísimos «la imagen, la voz, el nombre y otras cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible» (STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3), reconociendo que el derecho al nombre forma parte de los derechos incorporados en el art. 18 por su conexión con el derecho a la propia imagen, a la intimidad y, en fin, a la dignidad del individuo. Y tras detenerse en el examen de los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia suscritos por España y de alguna doctrina científica, se afirma que el nombre forma parte de la subjetividad de la persona, de su dignidad e integridad, y que su relevancia constitucional se encuentra amparada en los arts. 10.1 y 18 CE.

Partiendo de lo anterior, el órgano judicial somete a la consideración de este Tribunal la incidencia que la limitación del marco temporal y mediante el consentimiento de ambos progenitores puede tener en el derecho a la propia imagen de los menores, tanto en su vertiente familiar como social y pública. En el Auto de planteamiento se deja constancia de que existen motivos de orden público que, en aras del principio de seguridad jurídica y de conservación del nombre determinado por la filiación, justifican el criterio legal de invariabilidad del nombre y apellidos, pero se advierte que tales motivos que inspiran la actuación de los poderes públicos pueden entrar en colisión con el hecho de que, desde la inscripción registral, y en la decisiva fase de formación de la personalidad de los menores, no pueda llevarse a cabo ninguna modificación, aun cuando pudiera ser perniciosa para la imagen que el menor tenga de sí mismo (llevando el apellido de un padre que lo ha desasistido, y con el que puede mantener un grave conflicto personal), o frente a terceros (cuando, como el supuesto de unidades familiares se suceden en el tiempo dos figuras paternas, de modo que la distinta identificación de los menores suscite conflictos entre los hijos de distinta filiación paterna o en su ámbito de relación social). Afirma el órgano judicial que diferir la posibilidad de modificación del nombre a la mayoría de edad, significa admitir que ni el menor, ni quien ejerce de hecho la patria potestad (a través de la atribución de la guarda y custodia, cuando el progenitor no custodio se desentiende del contenido efectivo de tal derecho-deber), puede dar efectividad al derecho la imagen y el propio nombre, que identifica a la persona y proyecta una imagen en la sociedad, desfigurada por la situación familiar que le afecta. Y cuestiona, cuando el portador de un apellido tiene una indudable trascendencia social y personal, si las razones de índole registral pueden imponerse al derecho fundamental de los menores a ser conocidos e identificarse ante sí mismos mediante un apellido (primero en el orden registral, y con el que se suele designar al individuo como parte del nombre reducido), transmitido por la filiación de un padre que ha desaparecido de su horizonte vital en la decisiva fase de la infancia y la juventud, como si durante ese lapso temporal y hasta alcanzar la mayoría de edad, no pudiera darse contenido efectivo al derecho a forjarse una propia imagen identificada a través de un apellido reputado como digno.

El referido Auto acaba acordando en su parte dispositiva elevar la cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal, a los efectos de que se pronuncie sobre si la regulación contenida en el art. 109 del Código civil, según la redacción dada por la

Ley 40/1999, de 5 noviembre, infringe el contenido de los arts. 10.1 y 18 de la Constitución Española, en cuanto impide la inversión de los apellidos determinados por filiación tras la primera inscripción y hasta la mayoría de edad concurriendo causa justificada.

4. Mediante providencia de fecha 19 de julio de 2011 la Sección Tercera de este Tribunal acordó, con arreglo a lo previsto en el art. 37.1 LOTC, dar audiencia al Fiscal General de Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si fuere notoriamente infundada.

5. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite conferido mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 16 de septiembre de 2011.

En relación con el juicio de aplicabilidad y de relevancia considera el Fiscal General del Estado que se ha producido un error que hace que la cuestión deba ser inadmitida. Por una parte, afirma que, a la vista de las circunstancias fácticas del proceso *a quo*, el art. 109 del Código civil no resulta aplicable al caso objeto de enjuiciamiento, sino que, en su caso, la norma objeto de aplicación eran la disposición transitoria de la Ley 40/1999 y la disposición transitoria única del Real Decreto 193/2000, de 11 febrero, de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil en materia relativa al nombre y apellidos y orden de los mismos («Boletín Oficial del Estado», de 26 febrero de 2000). Alega que el art. 109 del Código civil, en la redacción dada por la Ley 40/1999, limita la inversión del orden de los apellidos al momento anterior a la inscripción registral del nacimiento y que, cuando entró en vigor la referida ley, los hijos comunes del matrimonio ya habían nacido y estaban inscritos. Por ello, considera que las normas objeto de aplicación tendrían que ser la anteriormente referidas disposiciones transitorias, que son las que admiten la inversión del orden de los apellidos de los hijos menores de edad que ya estuvieran inscritos en el Registro Civil. Preceptos que, prosigue el Fiscal General del Estado, no han sido cuestionados por el Juez *a quo*, y que ni siquiera se mencionan en la providencia ni en el Auto de planteamiento. Por otra parte, tras examinar el contenido del Auto, considera el Ministerio Fiscal que el juicio de aplicabilidad y de relevancia del precepto legal cuestionado (art. 109 del Código civil) está huérfano de todo esfuerzo de justificación por parte del Juez *a quo*, incumpléndose con ello, también, las exigencias derivadas de la doctrina constitucional.

En cuanto al fondo del asunto, el Fiscal General del Estado considera que se trata de uno de esos supuestos en los que es posible concluir que las dudas de constitucionalidad están manifiestamente infundadas, lo que permitiría, en aplicación de la consolidada doctrina constitucional al respecto, rechazar la misma mediante Auto en el trámite de admisión. Partiendo de que el eje central sobre el que el órgano judicial hace gravitar las dudas de constitucionalidad es que el precepto en cuestión conculca los derechos del menor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18 CE), el Fiscal General del Estado no alcanza a entender las razones por las cuales la imposibilidad de invertir el orden de los apellidos durante la minoría de edad de los hijos menores por solicitud unilateral de uno de los progenitores, al margen de los supuestos concretos expresamente previstos en la ley, afecta o puede afectar al contenido esencial de dichos derechos. Considera, en este punto en concreto, que el Auto de planteamiento carece, en realidad, de todo contenido justificativo que sirva de fundamento a la cuestión suscitada. Y cierra sus alegaciones afirmando que con la actual regulación legal se respetan y conjugan los diferentes intereses que confluyen en este ámbito: por un lado, el interés de los progenitores en determinar la preferencia en el orden de los apellidos, evitando de este modo un tratamiento discriminatorio; por otro lado, el interés de la propia persona en determinar dicho orden como manifestación de su derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y de su derecho a la imagen (art. 18.2 CE), resguardando de esta forma un amplio espacio de libertad en la fijación del orden de los apellidos; y, por

último, el interés del Estado, al tratarse de una materia de orden público, en dotar de estabilidad al estado civil mediante la fijación inicial del orden de los apellidos y el establecimiento de los supuestos concretos de cambio y/o inversión.

Por todo lo expuesto, el Ministerio Fiscal interesa la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

II. Fundamentos jurídicos

1. Como ha quedado expuesto en los antecedentes, el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Valladolid, mediante Auto de 2 de septiembre de 2010, plantea cuestión de inconstitucionalidad a los efectos de que este Tribunal se pronuncie sobre si la regulación contenida en el art. 109 del Código civil, según la redacción dada por la Ley 40/1999, de 5 noviembre, infringe el contenido de los arts. 10.1 y 18 de la Constitución española, en cuanto impide la inversión de los apellidos determinados por filiación tras la primera inscripción y hasta la mayoría de edad concurriendo causa justificada.

2. Según lo establecido en el art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), este Tribunal puede rechazar en trámite de admisión y mediante Auto aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que carezcan de los requisitos procesales o fueran notoriamente infundadas. Según esto, la primera cuestión que hemos de analizar es si el precepto legal cuestionado es o no aplicable al caso y su relevancia para el fallo (art. 35.1 CE). Pues bien, sin perjuicio de que la selección de la norma jurídica conforme a la cual ha de decidirse un proceso no deja de ser una cuestión que compete a los órganos judiciales en el ejercicio de su jurisdicción, en este caso debemos convenir con el Ministerio Fiscal en la insatisfactoria realización, en el Auto de planteamiento, del preceptivo juicio de aplicabilidad.

El órgano judicial cuestiona la constitucionalidad del art. 109 del Código civil. Dicho precepto, en la redacción actual, tiene su origen en la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, que introduce en nuestro ordenamiento la facultad de los progenitores de decidir, de común acuerdo, el orden de los apellidos de los hijos comunes antes de la inscripción registral, pues, de acuerdo con el sistema tradicional, el orden venía impuesto por la ley, que antepone el primer apellido paterno al primero materno. Dado que la Ley 40/1999 entra en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de 6 de noviembre de 1999, esto es, el 6 de febrero de 2000, tal atribución al padre y a la madre para decidir, de común acuerdo, el orden de transmisión de su respectivo primer apellido sólo opera para los hijos inscritos después de esa fecha. Lo anterior no obstante, en la disposición transitoria única de la Ley 40/1999 se prevé que si en el momento de entrar en vigor la ley los padres tuvieran hijos o hijas menores de edad de un mismo vínculo, podrán, de común acuerdo, decidir la anteposición del apellido materno para todos los hermanos y hermanas. Es decir, la norma aplicable es una u otra en función de la fecha de inscripción.

Pues bien, un examen de las circunstancias fácticas del proceso *a quo* permite concluir que la norma aplicable al caso no es el art. 109 del Código civil, en la redacción dada por la Ley 40/1999, puesto que en el momento de la entrada en vigor de esta ley, el 6 de febrero de 2000, los dos hijos para los que se plantea la inversión del orden de los apellidos ya habían sido inscritos, en los años 1993 y 1996. La norma objeto de aplicación debería ser, por lo tanto, la disposición transitoria única de la Ley 40/1999, que es la que contempla la facultad de invertir el orden de los apellidos precisamente para los hijos inscritos con anterioridad a la referida fecha. Una distinción que no resulta baladí si se tiene en cuenta, además, que entre ambas normas existen diferencias notables. El art. 109 del Código civil establece que los apellidos de la persona recién nacida deben ser los del padre y la madre, que dichos progenitores podrán decidir antes de la inscripción registral a su libre albedrío, pero de común acuerdo, el establecimiento del orden de esos apellidos y que el hijo al alcanzar la mayoría de edad podrá solicitar que se altere el orden de los mismos. En cambio, la disposición transitoria única lo que establece es la facultad de los progenitores de invertir, de común acuerdo, el orden inicialmente establecido, para

anteponer el de la madre, cuando en el momento de entrar en vigor esa ley ya tuvieran hijos comunes menores de edad, con el añadido de que si los hijos tienen ya suficiente juicio dicha modificación exigirá la aprobación en expediente judicial, en cuya tramitación deberán ser oídos.

Todo lo expuesto tiene como consecuencia que la fundamentación de los motivos de inconstitucionalidad en que incurriría la disposición cuestionada se ha construido de modo abstracto, puesto que la decisión del proceso en nada depende de la validez de la norma de cuya constitucionalidad se duda, al no ser ésta la aplicable. Se incumple, así, un presupuesto esencial para que podamos pronunciarnos sobre las disposiciones que se someten a nuestro juicio en esta cuestión de inconstitucionalidad.

Por todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a siete de noviembre de dos mil once.—Pascual Sala Sánchez.—Eugeni Gay Montalvo.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pablo Pérez Tremps.—Francisco José Hernando Santiago.—Adela Asua Batarrita.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Firmado y rubricado.