|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 324/1994 |
| Fecha | de 28 de noviembre de 1994 |
| Sala | Sección Primera |
| Magistrados | Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Fernando García-Mon y González-Regueral y don Rafael de Mendizábal Allende. |
| Núm. de registro | 3843-1993 |
| Asunto | Recurso de amparo 3.843/1993 |
| Fallo | En virtud de lo expuesto, la Sección ha acordado la inadmisión del presente recurso de amparo por falta de contenido constitucional de la demanda que justifique una decisión sobre el fondo en forma de Sentencia [art. 50.1 c) LOTC], y el consiguiente  archivo de las actuaciones. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Por escrito presentado en el Juzgado de Guardia el 20 de diciembre de 1993, la representación procesal de doña María José del Pino García, formuló demanda de amparo contra el Auto, de 11 de noviembre de 1993, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, recaída en el rollo de apelación 317/93, procedente de los autos de medidas previas de separación 569/92 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Málaga.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo relevantes para la resolución del caso son, en síntesis, los siguientes:

a) Doña María José del Pino García promovió ante el Juzgado de Primera Instancia núm 6 (de Familia) de Málaga demanda solicitando medidas previas de separación alegando haber tenido dos hijos extramatrimoniales con el súbdito paraguayo don Miguel Jacinto Cuba Jiménez.

b) El Juzgado (autos 569/92), dictó providencia el 16 de julio de 1992 por la que denegó la admisión a trámite del escrito de conformidad con lo dispuesto en el art. 104 del Código Civil y art. 1.881 L.E.C.

c) Contra esta providencia se interpuso recurso de reposición que fue desestimado por Auto del mismo Juzgado de 10 de diciembre de 1992, en el que, en resumen, confirmó la resolución recurrida por entender que el procedimiento solicitado por la actora sólo cabe cuando existe matrimonio y no en el caso de las parejas extramatrimoniales.

d) Interpuesto recurso de apelación contra el referido Auto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga dictó, el 11 de noviembre de 1993, el Auto que ahora se impugna en el que confirmó el recurrido.

Este Auto se notificó el 24 de noviembre de 1993.

3. La demanda denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) y del derecho a la igualdad (art. 14 C.E.), así como de lo establecido en el art. 39.2 C.E, que imputa a los órganos judiciales al negar a la recurrente el derecho a que se siga el procedimiento de medidas previas o provisionalísimas del art 104 Código Civil y 1.881 L.E.C. para la adopción de medidas en relación con sus hijos, por el simple hecho de no estar casada con el demandado y progenitor de los hijos, con el que mantuvo una relación extramatrimonial o more uxorio.

4. Por providencias de 9 de mayo y de 12 de septiembre de 1994, la Sección acordó, a los efectos del art 50.3. LOTC, conceder a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal un plazo común de diez días para que pudieran formular, con las aportaciones documentales que procedieran, las alegaciones que estimasen pertinentes en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda -art. 50.1 c) LOTC-.

5. La recurrente, en sus alegaciones reitera su petición de amparo y considera que el núcleo central del recurso se basa, en la vulneración del principio de igualdad y la discriminación que se produce entre hijos matrimoniales y no matrimoniales a la hora de establecerse distintos procedimientos para amparar los derechos de los menores, pretendiéndose, en definitiva, con el presente recurso que se declare que tanto el Auto del Juzgado como el de la Audiencia vulneran el principio de igualdad al no permitir que respecto de hijos no matrimoniales se utilice el procedimiento establecido en el art 104 del Código Civil en relación con el art 1.884 y siguientes de la L.E.C.

Si los hijos matrimoniales y no matrimoniales son iguales ante la Ley, se viola el principio de igualdad cuando se establecen regímenes jurídico-procesales distintos para cada uno de dichos grupos a la hora de acudir a los Tribunales para su protección. Lo que constituye una cuestión distinta de la polémica suscitada en orden a la aplicación o no de las normas de Derecho matrimonial a las parejas no casadas, pues puede admitirse que dichas parejas pudiendo casarse no lo han hecho y por tanto voluntariamente han querido excluir de su ámbito las normas de Derecho establecidas para las parejas casadas. Ahora bien, el menor nacido de dicha unión no matrimonial, no ha querido nacer dentro de dicha convivencia extramatrimonial, y es por ello que el ordenamiento jurídico está obligado a amparar a quien pueda resultar perjudicado por la unión libre, estableciendo consecuencias jurídicas que les favorezcan o como dijo la Sentencia del T.S. de 15 de noviembre de 1990: «Su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de decisiones ajenas a los mismos».

6. El Fiscal, en su escrito de alegaciones solicita la inadmisión de la demanda por no existir indicios de vulneración alguna de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva, a que se refieren los arts. 14 y 24.1 C.E., en relación con el art. 39.2 C.E.

La recurrente solicitó del Juzgado una serie de medidas en relación con sus hijos, con fundamento en el art. 104 del Código Civil y en el art. 1.181 y siguientes L.E.C. que exigen como presupuesto para su aplicación la existencia de un vínculo matrimonial, e incluso disponen el cese automático de las medidas adoptadas judicialmente si dentro de los treinta días no se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio. Y ésta es la razón por la que tanto el Juzgado como la Audiencia deniegan la adopción de esas medidas por el procedimiento escogido por la hoy demandante en amparo. Los órganos judiciales no han llevado a cabo un trato desigual de los hijos basándose en la circunstancia de que son habidos fuera del vínculo matrimonial. El Tribunal Constitucional ha venido manteniendo que el legislador viene obligado a disponer los cauces procesales adecuados para que todas las personas que acudan a los Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos obtengan una respuesta a su petición. No puede, sin embargo, imponerse al legislador la obligación de disponer el mismo cauce para todos los derechos e intereses. El legislador español ha dispuesto una vía para la protección de los menores, cuando sus progenitores se propongan interesar la nulidad, separación o divorcio, y otra distinta cuando no exista vínculo matrimonial entre éstos. Precisamente en el Auto del Juzgado se hace una enumeración de esas vías, señalándose hasta seis cauces procedimentales distintos.

Tampoco se aprecia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la exigencia como presupuesto para la adopción de las medidas provisionales del vínculo matrimonial, es evidente en aquel articulado, por lo que no hay en la aplicación de la ley patente error o arbitrariedad.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La demanda de amparo se dirige contra el Auto del Juzgado, posteriormente confirmado por el de la Audiencia, al considerar que ambos infringen el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), y el derecho a la igualdad (art. 14 C.E.), así como lo establecido en el art. 39.2 C.E., al denegar a la recurrente el derecho a que se sustancie el procedimiento de medidas previas o provisionalísimas del art. 104 del Código Civil y del art. 1.881 de la L.E.C, para la adopción de las medidas solicitadas en relación con sus hijos, por el simple hecho de no estar casada con el demandado y progenitor de los hijos, con el que mantuvo una relación extramatrimonial, libre o more uxorio.

La cuestión que suscita el presente recurso de amparo debe enmarcarse en la más genérica que plantea el reconocimiento y efectos que en el ámbito jurídico deben producir las uniones de hecho o more uxorio. La doctrina de este Tribunal sobre las uniones extramatrimoniales, recogida básicamente en la STC (Pleno) 184/1990, reiterada en lo fundamental en la STC 222/1992, ha llegado a las siguientes conclusiones:

a) El art. 10.1 C.E. (libre desarrollo de la personalidad) «podría resultar afectado si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia more uxorio o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial, de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole».

b) El art. 39 C.E. «no establece ni postula por sí solo una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales. Por ello no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 de la Constitución), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir more uxorio».

c) «El matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión, deduzca razonablemente consecuencias de la diferente situación de partida» (AATC 156/1987 y 788/1987).

d) «Es claro que en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho more uxorio, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera ope legis en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio».

Toda esta doctrina permite «concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica» (STC 184/1990, fundamento jurídico 3.º), al menos cuando una u otra forma de unión obedezca a una decisión libremente adoptada por los sujetos de la unión. El problema a dilucidar, sin embargo, es si esta diferencia de trato que el legislador puede dispensar a las uniones de hecho y a las uniones matrimoniales, puede afectar a los hijos habidos de la unión, ya que éstos son iguales ante la ley «con independencia de su filiación» (art. 39.2 C.E.); y «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento (art. 14 C.E.). En principio, la respuesta debe ser negativa. De ambos preceptos se infiere la igualdad o identidad del contenido de derechos que se deriva de la filiación matrimonial y extramatrimonial, sin embargo, en nada afecta a esta igualdad material o sustantiva de derechos entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, la circunstancia de que el legislador pueda establecer procedimientos judiciales distintos para unos u otros hijos a la hora de hacer valer sus derechos.

2. Teniendo en cuenta la doctrina expuesta es manifiesto que la demanda de amparo carece de contenido constitucional. El procedimiento establecido por el legislador para la adopción de las llamadas medidas provisionalísimas o previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 104 Código Civil y Disposición adicional cuarta de la Ley 30/1981, en relación con los arts. 1.884 y ss. L.E.C.), atendido el contenido de las medidas que el Juez puede acordar que, además de las medidas en relación con los hijos, comprende medidas relativas a la vivienda familiar, régimen de los bienes comunes de los cónyuges, cargas del matrimonio, están pensadas para las crisis de las parejas matrimoniales. A ello hay que añadir que son medidas cuya eficacia está supeditada a la presentación de la oportuna demanda de nulidad, separación o divorcio, lo que no es posible, por definición, en las uniones more uxorio, en las que no existe vínculo jurídico que sea necesario suspender en sus efectos, disolver o declarar nulo, en ningún proceso judicial. La conclusión que se extrae de todo ello es que el procedimiento de las medidas previas no es aplicable. ni directamente ni por analogía a las uniones extramatrimoniales, ni para la adopción de medidas que afecten a los convivientes o miembros de la unión libre, ni para la adopción de medidas que afecten a los hijos comunes de los convivientes no casados. Máxime cuando en nuestras leyes existen otros procedimientos para pedir las medidas cautelares o definitivas relativas a los hijos. O, al menos, la interpretación de nuestras leyes que sostenga la solución que acabamos de exponer, no resultaría contraria al art. 14 C.E. Por tanto, desde la perspectiva del art. 14 C.E., no existe ninguna discriminación inconstitucional por el hecho de que los hijos habidos de la unión extramatrimonial tengan que acudir para pedir alimentos. vivienda, etc., a un procedimiento judicial distinto del establecido para el caso de las crisis matrimoniales.

En consecuencia, no se ha producido la lesión del derecho a la igualdad (art. 14 C.E.), porque, como ha quedado expuesto, el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones iguales, siendo posible, por ello, que el legislador, dentro de su amplia libertad de decisión, pueda establecer diferencias de tratamiento para una y otra situación (STC 184/1990), lo que justifica que los procedimientos para la adopción de las medidas provisionalísimas o previas a la demanda de nulidad. separación o divorcio (art.104 Código Civil), no tengan que ser forzosamente aplicables a los supuestos de crisis de la pareja no casada, máxime cuando la ley regula otros procedimientos donde se pueden ejercitar las pretensiones relativas a los efectos que la ruptura de la unión libre debe producir respecto de los hijos habidos de ella, procedimientos a los que alude expresamente el Auto del Juzgado núm. 6 de Málaga de lo de diciembre de 1992, confirmado por el Auto de la Audiencia Provincial ahora recurrido en amparo.

3. Tampoco se ha infringido el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.). La recurrente ha obtenido de los órganos judiciales una resolución fundada en Derecho, que si bien no es de fondo, inadmite a trámite su petición, al considerar que no se ha seguido el cauce procesal adecuado, mediante una interpretación de las leyes que no resulta irrazonable ni arbitraria, y que no lesiona el art. 24 C.E., pues éste no incluye el derecho a procesos determinados, sino que son los órganos judiciales los que aplicando las normas competenciales o de otra índole han de encauzar cada pretensión por el procedimiento adecuado, sea o no el elegido por la parte actora (SSTC 2/1986, 20/1993).

ACUERDA

En virtud de lo expuesto, la Sección ha acordado la inadmisión del presente recurso de amparo por falta de contenido constitucional de la demanda que justifique una decisión sobre el fondo en forma de Sentencia [art. 50.1 c) LOTC], y el consiguiente

archivo de las actuaciones.

Madrid, a veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.