

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 15 DE ENERO DE 2014 (608/2014)**

**Acción de reclamación de filiación no matrimonial
por la compañera de hecho de la gestante,
con posesión de estado y derivada
de las técnicas de reproducción humana asistida**

Comentario a cargo de:
Miguel Gómez Perals
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de La Laguna

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 15 DE ENERO DE 2014**

ID CENDOJ: 28079119912014100003

PONENTE: *EXCMO. SR. DON FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO*

Asunto: Esta Sentencia y su voto particular intentan arrojar luz a un tema tan espinoso como humano en una Sociedad en continuo cambio y un Derecho que marcha con indudable retraso respecto de ella: la comaternidad o doble maternidad legal en parejas homosexuales femeninas, en especial el acceso a la maternidad de la compañera de la gestante respecto del hijo nacido de ésta por reproducción asistida, sus requisitos y efectos, en el contexto del art. 7.3 LTRA.

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. Posesión de estado: elementos, función y prueba. 5.2 Consentimientos: estado de la cuestión. La filiación por consenti-

miento ¿un nuevo tipo de filiación? 5.3. El voto particular. Razonamientos.
5.4. Conclusión. **6. Bibliografía utilizada.**

1. Resumen de los hechos

Existencia de una relación de pareja de forma pública y notoria entre dos mujeres desde enero de 1996 hasta junio de 2006, sin matrimonio, produciéndose el nacimiento del hijo de la gestante el 13 de noviembre de 2003 por empleo de técnicas de fecundación asistida con material genético de donante anónimo. La compañera de la gestante reclama ser también madre extramatrimonial, por posesión de estado, del menor, que se proceda a practicar la correspondiente inscripción en el Registro Civil y se le otorgue *ex lege* la patria potestad.

En esencia, la cuestión de fondo es la posibilidad de determinar judicialmente la filiación extramatrimonial por la vía de la posesión de estado de una mujer homosexual, tras la ruptura de su relación de pareja con otra mujer gestante, respecto al niño nacido durante tal relación por dicha técnica.

2. Soluciones dadas en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Talavera de la Reina dictó sentencia con fecha 23 de abril de 2010 estimando íntegramente la demanda interpuesta, al amparo de la acción del 131 Cc, al considerar acreditada la posesión de estado.

Es interesante resaltar ya desde este momento que la Jueza de instancia considera viable la pretensión ejercitada apoyándose en el art. 7.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRA), introducido por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la mención relativa al sexo de las personas. Tal precepto permite la determinación de la filiación a favor de dos mujeres, aunque si están casadas. Dedicamos el presente trabajo al análisis de esta posibilidad respecto de las parejas homosexuales femeninas, sus requisitos y efectos.

3. Soluciones dadas en apelación

La demandada (madre gestante) recurre en apelación y la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Toledo en sentencia (num. 11/2012) con fecha 17 de enero de 2012 (JUR\2012\96331), estima el recurso (revocando la sentencia del Juzgado y desestimando la demanda). Razona que la filiación solo puede tener lugar por naturaleza o adopción (108 Cc), rechaza que la acción ejerci-

tada pudiera ser la del art. 7.3 de dicha ley porque no se puede aplicar con carácter retroactivo y solo prevé parejas casadas estables (y en el caso se trata de una pareja no casada y rota desde el 2006). A lo que añade que no considera acreditada la posesión de estado por el poco tiempo (3 años) de estabilidad de la pareja desde el nacimiento del menor, aunque la demandante actuara como madre durante ese plazo.

Conviene recordar la curiosa circunstancia de que el presente caso está relacionado con el recurso número 1334/2008, resuelto por el Pleno de esta Sala en Sentencia de 12 de mayo de 2011 (STS 12.5.2011, RJ\2011\3280), relativo a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Talavera de la Reina de 19 de marzo de 2007, confirmada por la SAP Toledo (num. 164/2008) de 22 abril de 2008 (JUR\2008\331973) que atribuye a la recurrente un régimen de visitas en calidad de “allegada” en virtud de las relaciones personales con el menor y en interés de éste, pues “aunque no puede hablarse de relaciones jurídicas y la filiación no se ha establecido, debe considerarse que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológica de una de ellas”.

4. Los motivos de casación alegados

Contra la referida Sentencia de la Audiencia Provincial la demandante (mujer no gestante) interpone recurso de casación (impugnado por el Ministerio Fiscal y la parte demandada) basándose en varios motivos, principalmente en la infracción del art. 131 Cc. En relación al art. 7.3 LTRA se alega la existencia de interés casacional por tratarse de la aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años e infracción del contenido de la STS 12.5.2011 citada), así como la discriminación entre los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, fruto de una relación de hecho, y los hijos nacidos por dicha vía pero dentro del matrimonio formado por personas del mismo sexo, impidiéndose en este caso la doble maternidad (conjuntamente de la mujer gestante y de su compañera) negada incluso, hasta poco después de la fecha de los hechos, respecto de las parejas casadas, vid. Resolución DGRN de 5 (6.ª) de junio de 2006).

5. Doctrina del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo centra su fundamentación en lo que denomina *contexto valorativo objeto de interpretación*. Concretamente, en la compatibilidad entre la figura de la posesión de estado y la normativa de las técnicas de reproducción asistida, dada la remisión que ésta hace en materia de filiación a las leyes civiles, salvo las especificaciones propias de la ley especial (art 7 LTRA).

Para delimitar este ámbito (lo hace por vía de exclusión), la STS indica algunos aspectos a los que *no se circunscribe* su consideración: la aplicación retroactiva del citado art. 7.3 al caso que nos ocupa, y la calificación del consentimiento de la mujer casada como título de determinación legal de la filiación. Por el contrario, se centra en los principios constitucionales en materia de filiación.

Pero merece la pena hacer alguna referencia a dichas cuestiones orilladas por esta sentencia. Respecto a la irretroactividad, la sentencia recurrida estima no aplicable al caso el art. 7.3 LRTA por virtud del principio general de irretroactividad (art. 2.3 y concordantes, 4.3 y DT 13ª, todos del Cc), de modo que cada relación jurídica se rige, en principio, por la ley vigente en el momento de su creación, a menos que una ley posterior se revele como inequívocamente retroactiva.

No obstante, dicha aplicación retroactiva se ha admitido por la DGRN (Res. 28.11.2008 RJ2010459, entre otras pocas) atribuyendo la filiación materna a la cónyuge no gestante en supuestos en que el hijo había nacido antes de la entrada en vigor del art. 7.3 LTRA pero su consentimiento a la maternidad prevista en dicho precepto se realiza con posterioridad al nacimiento. Se ampara en la DT 1ª Cc, pues la Ley 3/2007 es la que introduce *ex novo* en nuestro ordenamiento jurídico esta facultad de asunción legal de maternidad; por tanto, tendrá efecto *desde luego*, aunque el hecho (nacimiento) que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido de igual origen.

Pero nuestro caso es diferente: el nacimiento se produce, ya no bajo la vigencia de la legislación anterior, sino estando vigente la norma actual (art. 7.3 LTRA) por lo que no se justifica la ausencia de la manifestación de la mujer no gestante sobre su filiación, entre otros requisitos también previstos en dicho precepto. En consecuencia, concluye la SAP Toledo recurrida (delatando la vía indirecta registral utilizada por la recurrente) que la interesada sólo podrá obtener a través del instituto de la adopción lo que ahora pretende por la vía inadecuada de la rectificación de errores registrales.

Entre los principios constitucionales aludidos figuran el de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento (arts. 14 y 39.2 CE), de protección de la familia, de los hijos (integral) y de las madres con independencia de su estado civil (39 CE), de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE), que deben ser interpretados según el interés superior del menor en un contexto sociológico de pluralidad de modelos familiares.

Volvamos al eje de la argumentación del TS: la relación entre posesión de estado y principios de la acción de filiación. Veamos los polos de dicha relación.

5.1. *Posesión de estado: los elementos y su función. Su apreciación en este supuesto*

La jurisprudencia la define como una cuestión de hecho, de libre apreciación según arbitrio del tribunal de instancia (lo que no se respeta escrupulosamente en la STS en estudio) y que se configura tradicionalmente sobre tres factores: el *nomem* o *nominatio* (uso habitual de apellidos del pretendido progenitor), el *tractatus* (comportamiento material y afectivo con proyección *ad intra* en la consideración como hijo) y la fama o *reputatio* (pública notoriedad y proyección *ad extra* de ese trato). Es una figura de amplio espectro por su compatibilidad con múltiples situaciones, de posible carácter indivisible (matrimonial) o divisible (no matrimonial) y de la que suele exigirse su constancia y actualidad respecto al momento de su invocación.

Debemos examinar su función y su concurrencia efectiva en este caso. Nuestra STS (Fto. 2) la considera pieza básica de su argumentación, como fundamento del interés legítimo y ampliación de la legitimación para el ejercicio de la acción *ex art.* 131 Cc (aunque no para la del art. 133 que no es la entablada) y parece derivar su apreciación en el presente caso de hechos reveladores (vg., existencia de unidad familiar entre convivientes e hijo biológico, y trato al mismo por la demandante como madre).

Pero a mi juicio, no examina la posesión de estado con suficiente determinamiento. El apdo. 7 del Voto particular determina (no con mayor extensión pero sí claridad y precisión) tanto la función genérica de la posesión de estado como su relevancia en el presente caso. En principio, esta figura no tiene propiamente eficacia acreditativa de la filiación, sino que constituye un medio de prueba de carácter presuntivo o indirecto (especialmente útil en el proceso, *ex art.* 767.3 LEC). Concretamente hace presumir la procreación en la convivencia heterosexual (matrimonial o no) pero no en la homosexual, ya que en ésta no opera la presunción de paternidad. Dicho de otra forma, la posesión de estado no acredita formalmente quiénes sean los progenitores de una persona; es sólo una situación fáctica que permite presumir quienes pueden serlo.

Por ello, en nuestro caso no cabe invocar la posesión de estado para justificar por sí sola, al amparo del art. 131 CC, una filiación que se determina necesariamente por el consentimiento de la mujer, cumplidos unos determinados requisitos, si por las razones que sean ese consentimiento no se prestó en su día y ahora no es posible hacerlo. La posesión de estado no puede ejercer aquí su labor presuntiva de relación biológica si el título de constitución de este tipo de filiación es el mero consentimiento. Pero no adelantemos acontecimientos.

Otra cosa es que la sentencia recurrida desestime la concurrencia de tal posesión de estado por ausencia algunos de los presupuestos vistos, aunque ello no obstó a la concesión del régimen de visitas en el caso conexo relativo a esta misma pareja, al que nos hemos referido. Es decir, tanto la SAP Toledo

17 enero 2012 como la de 22 abril 2008 confirmada en casación por la STS 12-5-2011 antes citada, admiten como hechos probados solo la concurrencia del elemento *tractatus* pero en grado deficiente el de *nomen* (falta de uso corriente de su segundo nombre) y prácticamente inexistente el de fama, como lo demuestra la escasa estabilidad de la pareja dado que la crisis es temprana (en el año 2006, cuando el menor tiene apenas tres años), grave (incluso traumática, porque “*se habían producido malos tratos*”, con denuncias recíprocas y orden de alejamiento compensado con un régimen de visitas extraordinariamente amplio para la demandante). Todo ello es apreciado por el voto particular (no así por el fallo mayoritario) que añade a favor de su argumentación el hecho evidente de que, habiendo podido contraer matrimonio antes de su ruptura, no lo hicieron, en referencia a la doctrina de los actos propios.

5.2. Consentimientos. Estado de la cuestión. ¿Un nuevo tipo de filiación?

Respecto al otro polo de la aludida compatibilidad, los consentimientos implicados en relación a esta filiación, el art. 7.3 LTRA establece:

Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido.

La admisión por el art. 44 CC (modificado por la Ley 13/2005) del matrimonio homosexual permite indirectamente a la mujer no gestante adoptar al hijo matrimonial que su pareja había tenido, con lo que podía ya hablarse de doble maternidad, aunque una fuese por naturaleza y la otra adoptiva, o incluso las dos (sucesivamente) adoptivas (175.4 Cc y quiebra del principio de maternidad única). Todavía hoy es destacable el retraso del legislador, pues el art. 175.4 Cc sólo recoge en su tenor la conocida expresión “o una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal” en su recientísima reforma por Ley 26/2015, de 28 de julio.

Por su parte, la redacción originaria de la Ley 14/2006, de técnicas de reproducción humana asistida, silenciaba inexplicablemente la situación jurídica de las parejas no casadas de mujeres en relación al hijo nacido de una de ellas por utilización de dichas técnicas. Y su reforma por Ley 3/2007, que le adiciona un apdo 3º al art. 7 a la Ley 14/2006, solo introdujo una referencia directa a mujeres que hubieran contraído matrimonio: es posible ya la doble maternidad legal sin adopción en el Derecho español, pero solo para parejas casadas. Es más, *a sensu contrario*, puede haber un matrimonio de mujeres sin constitución de una relación jurídica de filiación de la mujer no gestante con el hijo nacido de su pareja, por decisión de ambas, lo que no es posible, en principio, en los matrimonios compuestos por un hombre y una mujer por el juego de la presunción *pater is est* del art. 116 CC.

5.3. *La filiación por consentimiento ¿un nuevo tipo de filiación?*

En este punto es necesaria una correcta distinción entre varios conceptos frecuentemente confundidos: causas de atribución (procreación, ¿voluntad procreativa?), medios de determinación de la existencia de aquella causa (vg., presunción de paternidad matrimonial, reconocimiento) y medios de prueba (vg., en el proceso judicial, posesión de estado; o en el tráfico ordinario, certificación registral).

Inevitablemente se plantea si la filiación por *consentimiento* constituye una nueva forma de filiación, junto (o entre) a la filiación por naturaleza o por adopción (108 Cc), las dos modalidades reconocidas hasta ahora; en definitiva, filiación natural y civil (aplicando curiosamente la clásica distinción de la posesión). Se trata(ría) de una filiación de origen puramente legal y basada en la voluntad de quien aspira a ser madre, como posible solución a una paradoja palmaria: a una pareja de lesbianas se les permite adoptar pero parece que se le impide a la no gestante el reconocimiento de su condición de madre. Y si admitimos en general esa nueva forma de filiación, ¿también lo haríamos para la pareja homosexual (femenina) no casada?

La recurrente no ignora este problema. La prueba es que ya como primer motivo del recurso de apelación atendido por la sentencia recurrida (SAP Toledo 17.1.2012) alega que la estimación de la acción ejercitada introduce un nuevo tipo de filiación en nuestro Derecho que, o no existe o es inconstitucional, por lo que la propia apelante trata de forzar su asimilación a la filiación adoptiva por cuanto tendría su origen en la Ley.

Esta cuestión requiere además una adecuación terminológica tanto en el ámbito sustantivo como registral (vg., doble maternidad, maternidad conjunta, comaternidad, constancia como “progenitor A” y como “progenitor B”, (como se reconoce a través de la Orden Ministerial 568/2006, de 8 de febrero, sobre modificación de modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia) aunque no tan explícitamente como “madre A” y “madre B”).

El Registro civil ejercita su función de control a través de la calificación respecto a identidad y capacidad de la declarante, la veracidad (sólo denegable cuando no se ajuste a lo razonable, no a la realidad, es decir, no se comprueba estrictamente la exactitud de la declaración) en un doble sentido, formal pero también material (por imposibilidad procreativa la segunda mujer no puede ser madre biológica también). Por tanto, es un presupuesto lógico la creación legal de un nuevo título de constitución de la filiación para que la certificación registral valga como título de legitimación de dicha maternidad. Hasta que ello ocurra la DGRN se mueve entre una postura literalista y otra finalista, especialmente basándose en el juego del momento en que se prestan los distintos consentimientos (al empleo de la técnica o a la asunción de la maternidad).

Para abordar la cuestión la doctrina emplea diversos expedientes técnicos con variada aceptación: la aplicación analógica del art. 8.2 LTRA (consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por varón no casado y con anterioridad a la utilización de las técnicas); un reconocimiento de maternidad por parte de una mujer distinta de la progenitora y casada con ella (solución restringida al concebirse el reconocimiento de complacencia como una desviación de la figura); una interpretación extensiva atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas y al contexto normativo en que se integran, aunque ello roza con el criterio sistemático (inmutabilidad del régimen codicial de la filiación, arts. 112 a 141 Cc, mantenido por la LTRA al que se remite solo con alguna especialidad).

El momento o periodo en que se exige la prestación de tal consentimiento para la maternidad podría ser indicativo del efecto que se le pretende atribuir (después del matrimonio y de la procreación, pero antes del nacimiento) pero al parecer carece de una fundamentación significativa. Lo cierto es que con frecuencia la declaración de maternidad de la no gestante se expresa extemporáneamente (es decir, no entre el empleo de la técnica y el nacimiento) y por ello la DGRN niega su eficacia jurídica y aboca, si se pretende conformar el vínculo jurídico de filiación, a un procedimiento de adopción (aunque en este caso no se requiera propuesta previa de la entidad pública, art. 176.2º 2ª CC).

Pero dicha filiación no puede quedar subordinada a un requisito formal como el consentimiento ante el encargado del Registro Civil, siendo así suficiente con el prestado ante la clínica una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo, hasta el punto, de que dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige (SAP Islas Baleares 31.3.2014, AC\2014\654).

Básicamente en la LTRA se combinan aspectos médicos y jurídicos, destacando a nuestros efectos: quiénes son las usuarias, quienes deben dar su consentimiento a la utilización de estas técnicas y las consecuencias jurídicas de estos consentimientos. Y respecto a ambas vertientes (médica y jurídica) los centros especializados no sólo deben informar sino controlar el estado civil y sancionar las infracciones y omisiones de datos, consentimientos y referencias exigidas por la ley tal como está previsto en ella.

Dicho consentimiento debe basarse en una decisión compartida, producto de un propósito común de la pareja de tener un hijo propio, con el presupuesto previo pero no suficiente del mantenimiento entre ambas mujeres de una relación de afectividad y convivencia más o menos prolongada y estable. La consistencia de este consentimiento conlleva la planificación conjunta de la maternidad, buscando la mejor opción de entre las posibles (decidiendo in-

cluso cuál de las dos debe someterse al tratamiento) y compartiendo desde el nacimiento del hijo las responsabilidades inherentes a la relación de filiación (aunque sea puramente fáctica o social, en cuanto a una de las mujeres).

No es la STS el lugar para determinar la naturaleza jurídica de este consentimiento y por ello se margina del razonamiento principal del caso: “*Al margen de si se la considera una maternidad por naturaleza (que no biológica) o legal*”. Sin embargo, nos planteamos algunos aspectos de este consentimiento: al parecer es personalísimo y está sometido a *condictio iuris* suspensiva de nacimiento del *nasciturus*; pero ¿sería revocable ante crisis matrimoniales o impugnabile solo por las causas que un reconocimiento? ¿sería registrable al amparo del 108.2º RRC para su constancia provisional indicativa de su realidad y fecha?

Ello nos devuelve a la cuestión de la calificación jurídica de este consentimiento “a que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. Algún autor flexibiliza la formalidad en la prestación de este consentimiento derivándolo del ejercicio de la acción de reclamación por la mujer no gestante aunque propiamente no hubiera consentido en su momento en el centro la práctica del tratamiento (Verdera Server). Otros consideran que no debería ser sólo la posesión de estado el factor que se tomara en consideración sino que debería valorarse, básicamente, el “principio del consentimiento al acto procreativo” (Díaz Martínez).

En la doctrina la respuesta es variada en matices y enfoques, pero parece coincidir en lo esencial de esta compleja cuestión: realmente no se crea una nueva forma de filiación, a modo de *tertium genus.*, al menos no se reconoce así en el propio Cc. Para Nanclares Valle ese es precisamente el gran error del legislador en materia de reproducción asistida: no establecer un nuevo título de constitución (un nuevo fundamento constitutivo) sino pretender establecer un nuevo medio de determinación legal o adaptarse a los ya existentes. En el mismo sentido Verdera Server en afirmación válida tanto para la filiación matrimonial como para la no matrimonial, considera que ciertamente se otorga a ese consentimiento una extraordinaria fuerza, pero no se crea un nuevo título de determinación extrajudicial de la filiación. En cambio, según Barber Cárcamo ahora sí se ha introducido un nuevo título de determinación de la filiación en el art. 7.3º LTRHA, ligado a la voluntad pero esencialmente distinto del reconocimiento (el legislador español no reviste a dicha voluntad del carácter de título de determinación de la filiación a sumar a los de la filiación matrimonial (115 Cc) ni no matrimonial (120 Cc). Por ello, estos autores se preguntan cuál es el título de atribución, precisamente por el atecnicismo de la fórmula legal, y se plantean algunos problemas registrales: el encargado del Registro Civil procederá a inscribir una filiación natural, «*pese a ser naturalmente imposible y pese a constarle la inexactitud de lo inscrito*».

Otra cosa diferente de su previsión legal es la oposición doctrinal a la admisión de esa posible vía. Barber Cárcamo dicha vía es contraria a su unidad

natural y a toda la regulación del Código sobre la filiación, tan artificial y difícil de encajar en nuestro sistema, por ajena a cualquiera de sus principios, que no resiste el mínimo análisis de técnica jurídica.

No coincido en la consideración –parece que extendida– que, de forzar el binomio del art. 108 Cc (filiación por naturaleza y adoptiva) para poder incluir nuestro supuesto, haya que inclinarse por la primera (natural), aunque se le niegue carácter biológico, cuando al menos por la vía de hecho la situación se aproxima más a la segunda (adoptiva); a no ser que ello se afirme en consideración a una mayor asimilación de sus efectos a la natural que a la adoptiva (v.g. impedimentos matrimoniales), como refleja la jurisprudencia incluso la denominada menor (SAP Islas Baleares 31.3.2014, AC2014654) y la Exposición de motivos de la Ley 25/2010, de 29 julio (Libro Segundo - Persona y Familia).

En cualquier caso, comprendo mejor aquella calificación de *natural* (ahora incluso biológica) cuando una de las mujeres aporta (que no dona) sus ovocitos y la otra gesta y da a luz al hijo nacido de la fecundación de aquéllos con semen de un donante anónimo (técnica denominada recepción de ovocitos de la pareja). También serían ambas madres biológicas, ahora de hijos distintos, cuando se aplica con éxito la inseminación de las dos mujeres de una pareja homosexual con semen del mismo donante, bien consecutiva, bien simultáneamente.

Resistencia de la jurisprudencia que a Díaz Martínez le parece evidente: el Supremo no ha querido profundizar en este aspecto. No sólo rechaza admitir una maternidad derivada de la expresión formal de la voluntad de la mujer sino que ni siquiera admite una maternidad de hecho, donde la asunción de la relación materno-filial derive de una mera conducta desarrollada durante un cierto tiempo en la vida familiar cotidiana. La propia SAP de Toledo, en sentencia de 22 abril 2008 (recurrida en STS 12.5.2011 citada y conexas con la nuestra), solo estima parcialmente el recurso de apelación con el fin de suprimir de la sentencia de primera instancia el término “madre no biológica”,

Y alternativamente la doctrina propone algunos remedios. Dado que no está prevista legalmente una presunción de maternidad de la esposa de la madre biológica (*presunción de maternidad conyugal*, podría denominarse), quedaría el recurso al reconocimiento o al expediente registral (arts. 120.1º y 2º CC), con los consentimientos complementarios del art. 124 (de la madre biológica o, en su defecto, aprobación judicial), aunque en tal caso la filiación sería no matrimonial.

Y es que no hay virtualidad taumatúrgica de la jurisprudencia en nuestro Derecho, al menos de momento. En principio, no se transforma por la vía judicial una relación *de facto* (sin base biológica) en filiación legal. Muy diferente se muestra, en este ámbito, el Derecho norteamericano, con independencia

del sexo de los progenitores y del origen del material genético, tomando principalmente en consideración: la voluntad concorde de tener un hijo común, manifestada antes de la concepción, y la convivencia con los menores y el hecho de haberlos tomado como propios (Farnós Amorós y Garriga Gorina).

Lo cierto es que cuando el Derecho positivo de filiación restringe un doble vínculo jurídico de un menor con sendos miembros de una pareja (en nuestro caso, homosexual femenina no casada) que comparten un proyecto común de maternidad, la respuesta sociológica habitual es que se constituya una única relación jurídica de filiación y el otro miembro de la pareja se limite a asumir socialmente el papel de madre o padre, sin reflejo legal alguno.

En cambio, la cuestión se resolvió pronto en el Derecho Catalán en un doble plano: tipo de filiación y medio de su determinación. Así resulta de la Exp. Motivos Ley 25/2010, de 29 julio (Libro Segundo - Persona y Familia):

Respecto a la maternidad derivada del mero consentimiento para la procreación asistida no es una maternidad biológica, por naturaleza, sino una relación jurídica puramente legal... se ha creído oportuno no incorporar una nueva categoría jurídica para este tipo de filiación y se ha optado por asimilarla, en cuanto al tratamiento legal, a la paternidad del hombre que consiente la fecundación asistida, dado que en ambas el título de atribución es el consentimiento, y no la relación biológica. Como la posibilidad de que la maternidad de la esposa o compañera que consiente la fecundación asistida de la que será la madre biológica se determine directamente afecta a los medios de determinación de la filiación, ha sido preciso añadir el consentimiento para la procreación asistida a la lista de títulos de atribución de la filiación (art. 235.3: por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer), en relación con el 235.13.1º, ambos del CCCat.: los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público.

Ello es plausible pues en lugar de intentar integrar nuevas normas con reglas civiles clásicas en materia de filiación (basadas en el principio de verdad biológica), pretensión latente en la LTRA/2006, articulación no fácil y con frecuencia origen de contradicciones e incoherencias, se ha optado por incorporar con plenitud el consentimiento como título de determinación de la filiación, tanto para varones como para mujeres, casados o no con la mujer que gesta el hijo.

Sin embargo, en otros casos las diferentes regulaciones de figuras afines (vg. adopción) entre legislaciones foral y común supusieron discordancias en determinados momentos (hasta su armonización); vg. las adopciones por parejas homosexuales admisibles en Navarra y no en otras regiones forales o en la propio legislación común.

5.3. *El voto particular. Razonamientos*

Pasamos al breve análisis de las razones que fundamentan la postura disidente.

1. Falta de respeto a los hechos probados en su totalidad. La apreciación de la posesión de estado, que ciertamente implica un juicio de valor revisable en casación, no puede prescindir de la totalidad de las circunstancias de hecho tomadas en consideración por la sentencia recurrida, máxime cuando esta misma Sala las tuvo en cuenta en su sentencia de Pleno de 12.5.2011 (RJ\2011\3280), que versó precisamente sobre un conflicto entre las dos mismas litigantes en relación con el mismo niño (apdo. 2 VP).

Además delata el voto particular que el consentimiento de la recurrente no se considera probado, ni por la sentencia SAP Toledo recurrida (sólo indicios por atribución de nombre al menor) ni por la citada STS 12-5-2011: “*No está probado si la decisión (de embarazo) fue tomada o no conjuntamente por las dos componentes de la pareja*”.

Por ello el voto particular critica la afirmación de la mayoría (Fto. 2.3 in fine) de que dicho consentimiento integra y refuerza la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada. Contraargumentan los magistrados disidentes que no se da en el caso tal compatibilidad: ni estiman suficientemente probada la posesión de estado ni dicho consentimiento es título de *legitimación* de la filiación en una pareja homosexual no casada.

Cosa diferente es estimar que aquella compatibilidad resulta (*también*) relevante a la hora de apreciar el “interés legítimo” que debe presidir la amplia legitimación que se deriva de la posesión de estado, si se aceptase ésta como probada (con base, vg., en el propósito común de ambas mujeres para recurrir a la técnica de reproducción asistida, posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas), demostrándose así un *claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre, cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada*.

2. Las STS citadas como precedentes conducen a la solución opuesta, o al menos muy diversa a la mantenida por la mayoría, y por tanto, justificarían la desestimación del recurso de casación.

Así, la STS 12-5-2011 (RJ\2011\3280) al afirmar que *no puede hablarse de relaciones jurídicas y la filiación no se ha establecido, ni en este caso pudo establecerse dados los requerimientos de la LTRA*, va más allá (al parecer, lo que merecería un análisis separado en otro lugar) del régimen de visitas a favor de la conviviente, porque no se limita a reconocerle la condición de allegada sino que la declara madre en plena igualdad con la madre biológica.

Tampoco la STS 5-12-2013 (RJ\2013\7640) debe fundamentar la estimación del presente recurso. Se trataba de un supuesto de hecho especialmente completo pues combinaba la adopción con la filiación por consentimiento.

En el caso enjuiciado en esa sentencia, una pareja de lesbianas tienen tres hijas en común, nacidas todas por aplicación de inseminación artificial. La primera se inscribió como hija de su progenitora biológica, entonces madre soltera, y fue adoptada por quien después fue su compañera. Respecto de las otras dos (gemelas) el proceso se desarrolla en cuestión de meses del mismo año 2007: se inicia el procedimiento de reproducción asistida con consentimiento informado firmado por ambas mujeres el 16 de marzo; contraen matrimonio el 3 de agosto y nacen las gemelas el 14 de diciembre. Son inscritas en el Registro Civil únicamente como hijas de su progenitora biológica (como soltera), por lo que ésta inició expediente de rectificación de errores para que la madre biológica conste con estado civil de casada, y se identifique a su cónyuge (mujer no gestante) a efectos de la patria potestad y designación de apellidos de las dos menores. Como el auto resolutorio acepta lo primero pero no lo segundo, la misma progenitora interpone recurso ante la DGRN y la Res 26.11.2008 lo desestima íntegramente. En junio de 2009 ambas rompieron su relación, yéndose la madre biológica de la vivienda que compartían y formulando demanda de divorcio. Ante ello, la cónyuge de la madre biológica interpuso contra ésta demanda de reclamación de filiación por posesión de estado respecto de las gemelas, que fue estimado por el Juzgado de Primera Instancia, ordenándose la rectificación de las inscripciones de nacimiento de las menores, al efecto de hacer constar la filiación respecto de la actora y de que, consiguientemente, se modifiquen los apellidos de las menores. Recurrida dicha sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso, siendo interpuesto recurso de casación.

La citada STS 5-12-2013 (RJ\2013\7640) critica que la reforma del Código Civil equiparando los matrimonios entre homosexuales y heterosexuales no adapte otros aspectos íntimamente relacionados como el régimen de la filiación. La filiación por aplicación de estas técnicas relativiza el principio de la verdad biológica, sustituyéndose por la voluntad de quien desea ser progenitor, posibilitándose así la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo (en el caso, sendas *maternidades*): una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza, una vez se hayan cumplimentado los requisitos expuestos, lo que implica que en orden al ejercicio de una acción de reclamación de filiación no sea necesaria la impugnación de la ya determinada, pues no es contradictoria con la que se establece por ley. Por otra parte, esa prestación del consentimiento para la práctica de las técnicas de reproducción asistida, en cuanto que voluntad libre y manifestada por ambas del deseo de ser progenitoras, viene a superar a la

posesión de estado y constituye causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista vínculo biológico, creándose así un título de atribución de la paternidad al amparo del artículo 131 del Código Civil (JIMÉNEZ MUÑOZ).

3. Se prescinde de aplicar al caso la norma que justifica el interés casacional del recurso (7.3 LTRA).

Además de su irretroactividad, se desprende de la interpretación literal de este precepto que para que la mujer no progenitora pueda “consentir” que se determine a su favor la filiación *es necesario que previamente esté de acuerdo con ello la madre biológica, pues en caso contrario se daría la paradoja de que podría elegir libremente la no progenitora mientras que la madre biológica no podría imponer* (sic) *ni evitar tal consecuencia, que siempre quedaría al libre arbitrio de su cónyuge*. El carácter consensual excluye que este tipo de maternidad se imponga por la gestante ni por la ley, aunque se cumplieran el resto de los requisitos legales y durante años la conviviente no gestante se hubiera comportado como madre (apdo 6 VP).

Por tanto, volvemos a la cuestión principal: la maternidad por mero consentimiento (como nuevo título de *determinación*) con independencia de la posesión de estado pero bajo ciertas circunstancias de tiempo (antes del nacimiento del hijo) y estado civil (estando casada, y no separada legalmente o de hecho) que no se dan en el presente caso. Ocorre que otros elementos que no se exigen estrictamente por el precepto pero que se dieron en su momento (vg., unidad familiar, presunto proyecto común de maternidad), ni siquiera subsisten hoy. Por ello, en realidad no tiene sentido reconocer *a posteriori*, ni deformando la aplicación transitoria de la norma, aquella forma de maternidad, porque no perduran en el tiempo los requisitos que hubieran justificado en su día esta determinación de la filiación si hubiera estado en vigor el art. 7.3 LTRA en el año 2003 (cuando nace el menor). (apdo 6º VP).

4. Se convierte a la posesión de estado en único fundamento de la estimación del recurso, prescindiendo en exceso de la apreciación de las circunstancias de hecho consideradas por la sentencia recurrida. Aunque se estimase suficientemente probada la posesión de estado, tampoco cabe acudir a ella para reclamar la maternidad sobre la base del art. 131 CC, porque la posesión de estado no acredita por sí la filiación, sino que, que como vimos, constituye una mera situación fáctica que permite presumir quiénes pueden ser los progenitores sin que encuentre encaje con este nuevo título de determinación de la filiación que se basa en el mero consentimiento de la mujer casada con la madre receptora de la reproducción asistida (apdo. 6 VP).

5. Los principios constitucionales y el interés superior del menor inclinan por la desestimación del recurso.

El Voto particular (apdo 8) denuncia en este caso la aplicación del principio constitucional del interés superior del menor en cualquier sentido, como

ejercicio de simple voluntarismo jurídico mediante su mera invocación, y no en aquel *en que de veras se evidencie* que opera en beneficio del menor.

En efecto, aunque el fallo mayoritario pretende evidenciar con el epígrafe Viabilidad de la acción y protección del interés superior del menor (con el que titula su Fto 4) la interdependencia entre esos dos aspectos (*Para hacer efectiva, mediante el éxito de la acción entablada, la aspiración de ser madre de la demandante*), en realidad, debía decirse *viabilidad de la acción para protección del interés legítimo de la madre*.

Creo que el sentido del voto particular se encuentra reforzado por el reciente Derecho positivo. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, según redacción por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, consagra el principio general del interés superior del menor en una triple dimensión: derecho sustantivo, criterio interpretativo y norma de procedimiento. La STS analizada (Fto. 3.2) alude a él en su doble dimensión de principio constitucional, (reforzado por textos internacionales y desarrollado por la legislación nacional) y como contrapeso (que a nuestro juicio no acaba de ser operativo) para advenir el alcance del consentimiento prestado por la recurrente.

En aplicación correcta de tal principio, el voto particular (apdo. 8) concreta algunas consecuencias desfavorables (para el menor y la madre biológica) de la estimación del recurso (del que disiente) en una interesante prospectiva en que advierte de la permanente interferencia de la demandante en la autonomía del ejercicio de la patria potestad por la madre biológica durante toda la minoría edad de su hijo, incluso respecto a su posible vida futura de pareja y expectativas sucesorias.

En conclusión, lo inadecuado del fallo mayoritario se revela en un doble sentido, pues no sólo *se crea así una situación potencialmente conflictiva* (sino que) *no se alcanza a ver ningún beneficio para el menor*. Ello, además, resulta poco coherente pues “no se alcanza a comprender que *por el solo hecho de que la demandante-recurrente conviviera con el niño durante sus tres primeros años de vida se la declare madre, dando un paso de enorme trascendencia mucho más allá de la solución* (que reconoce) *correcta del conflicto por la STS 12-5-2011*”.

Podríamos decir, en términos que se han positivizado después de la sentencia, que debería haberse realizado una valoración conjunta de todas las circunstancias concurrentes conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad y otros elementos de ponderación pertinentes en el supuesto concreto. Se reconoce la primacía del interés del menor sobre los intereses legítimos (incluso derechos fundamentales) de otras personas afectadas y su necesaria explicitación en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación de aquél principio (Exp. Motivos apdo II Ley Orgánica 8/2015, y art. 2 apdos 3 y 4 LOPJM).

En aplicación del art. 10.2 CE estas consideraciones del voto particular están en línea con la Observación general N° 14 (2013) apdo 84, del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial:

... al evaluar el interés superior del niño, hay que tener presente que sus capacidades evolucionan. Por lo tanto, los responsables de la toma de decisiones deben contemplar medidas que puedan revisarse o ajustarse, en lugar de adoptar decisiones definitivas e irreversibles. Para ello, no solo deben evaluarse las necesidades (vg, físicas, emocionales, educativas) en el momento concreto de la decisión, sino las posibles hipótesis de desarrollo del niño, y analizarlas a corto y largo plazo. En este contexto, las decisiones deberían evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño.

Muy contundentemente: la estimación del recurso no responde, materialmente, al interés superior del menor, aunque así se diga, sino al interés de la demandante-recurrente. Pero puede decirse más: es posible que incluso llegado el caso pudiese perjudicar al menor.

En conclusión, el recurso tendría que haber sido desestimado, ya que la sentencia impugnada no infringe la LTRA, norma que justificó el acceso de este asunto a casación, ni tampoco la doctrina jurisprudencial de esta Sala. Pero al menos, correlativamente, la discrepancia de pareceres entre los magistrados de esta Sala debía haber demostrado por sí sola la presencia serias dudas de hecho y de derecho que habrían justificado que las costas no se impusieran especialmente a ninguna de las partes (*ex art. 394 LEC*) (apdo 9 V.P.).

También inciden factores de mayor o menor oportunidad; pensemos en la hipótesis de que, cuando la mujer que convivía con la madre biológica al tiempo de la concepción y nacimiento del menor presente la demanda para el establecimiento de un régimen de relación con él, éste tenga ya establecido otro vínculo de filiación (además del natural con su madre) a través de la adopción por un posible cónyuge de ésta.

5.4. Conclusión

No discutimos la conveniencia de una sentencia de Pleno de Sala 1ª en materia tan actual y sensible, en orden a la unificación de criterios (art. 264.1 LOPJ) pero tampoco podemos obviar la paradoja que supone en una sentencia plenaria la existencia de un voto particular sostenido por 3 de los 9 Magistrados componentes de la Sala (una disidencia de un tercio no supone una postura unánime).

Hay que reconocer avances en la evolución hacia la equiparación entre parejas heterosexuales y homosexuales, por vía tanto legislativa como jurisper-

dencial, pero quedan aspectos pendientes como es el de las parejas de hecho o la concepción producida por vías distintas de las técnicas médicas de reproducción asistida (concepción natural a través de varón), casos en que sólo cabe el recurso a la adopción.

La diferencia de trato es patente, pero ¿está justificada o es discriminatoria? Mientras que las parejas heterosexuales no tienen que estar casadas para poder reconocer a sus hijos y nadie les exige la existencia real de una relación biológica con los descendientes reconocidos por el varón, la determinación de la filiación por dos madres se subordina a que ambas estén casadas y hayan recurrido a las técnicas de reproducción asistida, que además en estos casos no entran en las prestaciones de la sanidad pública: por tanto, esta solución sólo serviría para las parejas que estén casadas y puedan asumir económicamente la aplicación de estas técnicas en la sanidad privada.

Desconocemos en este momento la existencia de otras sentencias plenas sobre la misma cuestión, aunque sin duda su comentario nos señalaría el progreso del tratamiento judicial de asuntos de tanta vivacidad social, tan vinculados con los más íntimos valores y sentimientos de la personalidad. Quizá sea de esperar un proceso semejante al desarrollado en el ámbito de la adopción respecto a la modalidad conjunta/separada; por pareja matrimonial o no; heterosexual y homosexual.

Los avances médicos, los conflictos humanos y las normas jurídicas inciden en el denominado Derecho de filiación de tercera generación (tras una primera de codificación y una segunda (Constitución 1978 y reforma de 1981) produciéndose movimientos desconocidos entre sus categorías clásicas, como una separación inédita entre la relación de filiación y las instituciones tuitivas del hijo, una paternidad bifrente (biológica-social) precisamente en interés del hijo y por tanto, en ocasiones, sacrificio del padre.

Por ello sería deseable que en una futura reforma de la Ley 14/2006 se acogieran expresamente criterios claros y efectivos para esta cuestión y otras que pudieran surgir entretanto, mediante la adecuada coordinación y estimación del impacto normativo en la regulación preexistente. En nuestro caso, debe garantizarse legalmente el reconocimiento de la maternidad de ambas mujeres lesbianas en pareja, con independencia de quien sea la mujer gestante, y de la vía seguida (inseminación artificial o natural, con mayor o menor implicación posterior del varón donante, sólo biológica o también funcional). Pero la realidad es desbordante: quizá llegue el día de dar respuesta a supuestos ya planteados en el Derecho comparado en que se reclama una pluriparentalidad entre dos madres lesbianas y un amigo gay (Corte Suprema de Ontario en 2007).

En definitiva, el cambio social, cultural y científico obliga a analizar casos particulares que saltan a la actualidad de los medios de comunicación y de los Tribunales y a darles solución mediante adaptaciones normativas correctas

desde el punto de vista técnico-jurídico y mientras tanto a una aplicación judicial realista y sensible del Derecho vigente.

6. Bibliografía utilizada

BARBER CÁRCAMO,

- “Nuevos retos ante el Derecho español de filiación”, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2009, pp. 3 y ss.
- “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR, Revista electrónica de Derecho Universidad de La Rioja*, 8 / 2010, pp. 25-37.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014”, *InDret*, 1/2015.

DÍAZ MARTÍNEZ,

- “La doble maternidad legal deriva de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida”, *Derecho Privado y Constitución* n° 21, 2007, pp. 107 y ss.
- “Comentario a la Sentencia de 12 de mayo de 2011”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, num. 88/2012.

FARNÓS AMORÓS y GARRIGA GORINA, “¿Madres? Pueden ser más que una”, *InDret* n° 4/2005.

GARAIZABAL, *et al.* “La maternidad lesbiana y sus derechos. Los nuevos modelos familiares avanzan a golpe de sentencias. *El País* (14.12.2012).

JIMÉNEZ MUÑOZ, “La atribución de la filiación de los hijos a la esposa o compañera de la madre en las parejas de lesbianas. Un estudio de la jurisprudencia reciente”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, n° 6, marzo 2014.

NANCLARES VALLE “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, *Aranzadi civil-mercantil* n° 7/2008.

VERDERA SERVER, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Ed. Aranzadi, 2007.