



LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE DICIEMBRE DE 2013 SOBRE FILIACIÓN

THE SUPREME COURT'S JUDGMENT OF
DECEMBER 5, 2013, ABOUT FILIATION

AUTOR
CRISTINA PIAZUELO NAVARRETE

DIRECTOR
CATEDRÁTICO D. JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA

FACULTAD DE DERECHO

2016

ÍNDICE

- I. LISTADO DE ABREVIATURAS**
- II. INTRODUCCIÓN**
- III. LOS HECHOS DEL CASO Y LAS DOS PRIMERAS INSTANCIAS JUDICIALES**
 - 1. ANTECEDENTES DE HECHO**
 - 2. SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE SANTA CRUZ DE TENERIFE DE 11 DE ABRIL DE 2011**
 - 3. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTA CRUZ DE TENERIFE DE 24 DE OCTUBRE DE 2011**
- IV. COMENTARIO DE LA STS DE 5 DE DICIEMBRE DE 2013**
 - 1. FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO**
 - 2. FUNDAMENTO DE DERECHO SEGUNDO**
 - 3. FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO**
- V. COMPARATIVA ENTRE LA FILIACIÓN ORIGINARIA Y LA FILIACIÓN TRAS LA LEY 14/2006 DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**
- VI. CORROBORACIÓN DE LA OPINIÓN DE LA STS 740/2013 POR LA STS 836/2013**
- VII. CONCLUSIÓN**
- VIII. BIBLIOGRAFÍA**

I. LISTADO DE ABREVIATURAS

CE.	Constitución Española
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cc.	Código Civil
LO	Ley Orgánica
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, (BOE núm.7, de 8 de enero de 2000; Texto consolidado a 28 de octubre de 2015).
RC	Registro Civil
LRc.	Ley del Registro Civil de 1957. (La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, todavía pendiente de entrar en vigor).
RRc.	Reglamento de la Ley del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958; Texto consolidado a 7 de noviembre de 2015).
LPJM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor
TRHA	Técnicas de Reproducción Humana Asistida
LTRA	Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, (BOE núm.282 de 24 de noviembre de 1988).
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006; Texto consolidado a 14 de julio de 2015).
LOIMH	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, (BOE núm.71, de 23 de marzo de 2007. Texto consolidado a 27 de julio de 2013).

LMH	Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, (BOE núm.157, de 2 de julio de 2015). Legalizadora de los matrimonios de parejas homosexuales.
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado
JPI	Juzgado de Primera Instancia
AP	Audiencia Provincial
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
TS	Tribunal Supremo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
Art., arts.	Artículo, Artículos
Núm.	Número
ss.	Siguientes
pp. o pgs.	Páginas
VVAA	Varios Autores
Cit.	Citados
Vid.	Véase
Cfr.	Confróntese

II. INTRODUCCIÓN

Cuestión tratada en el Trabajo Fin de Grado.

A la luz del comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013, se analiza la determinación de la filiación en el ámbito de las Técnicas de Reproducción Asistida en parejas homosexuales, en que una de ellas no participa en el proceso. Así como cuestiones problemáticas relativas a la posibilidad de tomar en consideración la posesión de estado, la doctrina de los actos propios, la determinación de una doble maternidad, etc.

Razón de la elección del tema y justificación de su interés.

A mi juicio es un tema de actualidad y su relevancia deriva de la propia evolución de las relaciones sociales, y la necesaria plasmación de soluciones en el campo normativo para problemas que se suscitan en la práctica, como por ejemplo la regulación de la filiación para las situaciones de parejas homosexuales, casadas o no, de igual forma que sí está regulado en lo que respecta a las parejas heterosexuales.

Metodología seguida en el desarrollo del trabajo.

Partiendo del análisis de la mencionada STS, acudí a las resoluciones que le precedieron en el curso de los hechos. Y en atención a las cuestiones jurídicas a mi entender más relevantes, indagué en distintos manuales y revistas jurídicas para su estudio pormenorizado.

Así, con ayuda del tutor Don José Luis Moreu Ballonga, he intentado realizar un humilde comentario sobre la determinación de la filiación respecto de menores nacidos mediante técnicas de reproducción asistida en el seno de parejas del mismo sexo, a partir de la citada sentencia.

III. LOS HECHOS DEL CASO Y LAS DOS PRIMERAS INSTANCIAS JUDICIALES

1. ANTECEDENTES DE HECHO

Se trata de una sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo, la sentencia número 740/2013, que casa la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife nº1, desestimatoria del recurso de apelación presentado por los autos de juicio verbal nº 599/2010 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Santa Cruz de Tenerife.

Las partes implicadas en el caso que nos atañe eran una pareja de mujeres con una hija en común, Adelaida, concebida mediante fecundación asistida, que había sido inscrita en el Registro Civil como hija de Dña. Santiaga (madre soltera), y como adoptada por Dña. Delia mediante auto de adopción de 25 de abril de 2008.

El 16 de marzo de 2007 (cinco meses antes de casarse) ambas firmaron el consentimiento informado en la clínica para la práctica de la fecundación asistida de Dña. Santiaga. El consentimiento, por tanto, no se prestó ante el encargado del Registro civil.

El 3 de agosto de 2007 (ya embarazada Dña. Santiaga), la pareja contrajo matrimonio. Y el 14 de diciembre de 2007 nacieron las dos niñas, a las que se pusieron los nombres de Rebeca y Aurora.

Las menores fueron inscritas en el Registro Civil de Santa Cruz de Tenerife con la sola filiación materna de Dña. Santiaga, y con los apellidos tal y como ella los ostentaba.

Dña. Santiaga inició ante el Encargado del Registro Civil expediente de rectificación de error de inscripciones (artículos 92 y ss. de la Ley Registro Civil de 1957)¹ para que se modificase el estado civil de la madre biológica, que no era de soltera, sino de casada desde el 3 de agosto de 2007; se identificase a la cónyuge Dña.

¹ Disposición derogada, con efectos de 30 de junio de 2017, una vez quede extinguido el régimen transitorio, por la disposición derogatoria 1 de la Ley 20/2011, de 20 de julio, del Registro Civil.

Delia a efectos de la patria potestad; así como para que se modificara la designación de apellidos haciéndose constar también los de Dña. Delia.

Dicho expediente finalizó por auto de 5 de marzo de 2008 acordando la rectificación parcial de las inscripciones, tan solo respecto al estado civil de Dña. Santiaga que pasó a constar como casada. Pero no atendió el auto las otras peticiones de Doña Santiaga, de modo que siguió figurando ésta como la única madre de las dos niñas.

La misma (Dña. Santiaga) recurrió en apelación contra el auto anterior, recurso que fue resuelto por la DGRN en fecha de 26 de noviembre de 2008, desestimando íntegramente el recurso interpuesto. De modo que en el Registro Civil no quedaron inscritas Rebeca y Aurora como hijas también de Doña Delia.

En julio de 2009 el matrimonio rompió su relación, y Dña. Santiaga interpuso demanda de divorcio. Consecuencia de lo cual cesaron la convivencia, rompiendo así Dña. Delia su relación también con las menores, respecto de las que accionó la reclamación de filiación interponiendo demanda en el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Santa Cruz de Tenerife.

2. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE SANTA CRUZ DE TENERIFE DE 11 DE ABRIL DE 2011

Las actuaciones ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Santa Cruz de Tenerife transcurrieron del siguiente modo; la procuradora Dña. Monserrat Gómez, en nombre y representación de Dña. Delia, interpuso demanda de juicio declarativo de reclamación de filiación por posesión de estado, contra Dña. Santiaga, y suplicó al Juzgado que se dictara sentencia declarativa de filiación respecto de las menores Rebeca y Aurora, así como que se rectificase la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de dichas menores para que constasen como apellidos de las niñas también, y como madre, los de la demandante Dña. Delia.

El Ministerio Fiscal intervino suplicando se dictara sentencia conforme a lo que resultase probado y en base a los preceptos invocados, (no explica el Tribunal Supremo si el mismo se opuso o no a la demanda).

La procuradora Dña. Hernández Morera, en nombre y representación de Dña. Santiaga contestó la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestimase la demanda de Dña. Delia.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia el 11 de abril de 2011, fallando a favor de la demandante, Dña. Delia, y declarando que Rebeca y Aurora son hijas matrimoniales de Dña. Delia. Así mismo, se dispuso que debían efectuarse las rectificaciones registrales necesarias en las actas de inscripción del nacimiento del Registro Civil de Santa Cruz de Tenerife, a efectos de hacer constar que las inscritas son hijas de Dña. Delia, con la oportuna modificación de los apellidos. Se ordenó que los apellidos fueran Isidora y Eva, (pertenecientes respectivamente a la madre biológica Dña. Santiaga y a Dña. Delia)². Por entender el magistrado que quedaba suficientemente acreditada la posesión de estado.

3. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTA CRUZ DE TENERIFE DE 24 DE OCTUBRE DE 2011

Consecuencia del fallo del Juzgado de fecha 11 de abril de 2011, la representación procesal de Dña. Santiaga interpuso recurso de apelación contra los autos anteriores ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, la cual dictó sentencia con fecha 24 de octubre de 2011, desestimatoria del citado recurso, pues entendió la Audiencia, entre otras razones, que había prueba suficiente de la posesión de estado (como ya había expuesto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia).

Ante lo cual, la representación procesal de Dña. Santiaga interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo planteando:

² La LRC de 1957, disponía en el artículo 55 la cuestión de los apellidos, y respecto del cambio, debía acudirse al precepto 92 relativo a rectificaciones previo expediente gubernativo. Sin embargo, en la Ley 20/2011 de 21 de julio, del Registro civil, (que entrará en vigor el 30 de junio de 2017, sin perjuicio de las especificaciones de la propia ley) en su precepto 50.2, dispone el derecho al nombre y los apellidos, y por su parte el artículo 49.2 expone que para el caso de que solo se haya determinado una filiación, el menor ostentará los mismos apellidos que el que hubiere obtenido a su favor dicha filiación, pudiendo determinar aquél el orden concreto. Y para efectuar cambios debe acudirse a lo dispuesto en los artículos 57 y 90 (relativo a la modificación por sentencia judicial firme, en relación con lo dispuesto por el artículo 781 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

- Un problema de aplicación del artículo 131 del Código Civil, en lo referente a la figura de la posesión de estado para declarar la filiación,
- Una diversa interpretación en relación con el artículo 7 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida³,
- Y sosteniendo la infracción de la jurisprudencia reiterada de esta Sala sobre la interpretación del artículo 131 CC, de la doctrina de los actos propios, de los artículos 3 y 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y de los artículos 7.3, 8.1 y 8.2 de la LTRHA.

La recurrente alegó que se produjo fraude al reconducir la posesión de estado a la aplicación de la normativa sobre reproducción asistida y de igualdad efectiva entre hombres y mujeres, y cuestionó la concurrencia de los requisitos de dicha institución, así como que pudiera ser, en el caso, de aplicación la doctrina de los actos propios (como el matrimonio y la rectificación registral). En último término alegó que la sentencia interpretaba inadecuadamente la LTRHA de 2006 puesto que en el momento de la inseminación no estaban casadas Delia y Santiaga.

El Ministerio Fiscal pidió la desestimación del recurso de casación, puesto que entendió que legalmente las niñas nacidas eran hijas de las litigantes.

³ En su redacción dada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

IV. COMENTARIO DE LA STS DE 5 DE DICIEMBRE DE 2013

1. FUNDAMENTO PRIMERO

El Tribunal Supremo acepta la argumentación de la Audiencia Provincial, tanto en lo que respecta a la narración de los hechos probados, como en lo relativo a la constatación de la existencia de la posesión de estado, confirmando que es posible acoger la acción⁴ de reclamación de la filiación materna matrimonial, en cuanto a su adquisición por posesión de estado.

Había declarado la Audiencia Provincial que la posesión de estado en el supuesto concreto quedaba probada suficientemente, de forma continuada, ininterrumpida y pública.

Ello en atención a tres criterios, como son la constatación de hechos sucesivos consistentes en la voluntad concorde de las litigantes de someterse de nuevo a la práctica de reproducción asistida, así como de haber contraído matrimonio, o por el hecho de haber convivido hasta que se produjo la ruptura de la relación.

Se observa pues, que en el supuesto se hace referencia a la filiación jurídica, que por su complejidad sería capaz de englobar estas circunstancias aceptadas por la práctica social actual como son las procreaciones asistidas, que difieren de la filiación biológica, por no limitarse a la realidad biológica, sino enmarcar elementos afectivos, volitivos, sociales o formales por ejemplo⁵. Muestra de esto último sería la estrecha relación que se aprecia entre la filiación y la posesión de estado, dos instituciones fundamentales en la sentencia cuyo análisis se me encomienda.

Ambas clases de filiación interrelacionadas, a través del precepto 131 del Cc., en sede de reclamación de la filiación, que dispone que «Cualquier persona con interés

⁴ Tal y como expone RIVERO HERNÁNDEZ, F., en la obra colectiva del profesor LACRUZ BERDEJO Elementos de Derecho Civil, (IV).Familia, Edic. 4^a, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pgs.333 y 334, «el establecimiento jurídico (positivo) de la filiación se hace habitualmente por otros procedimientos; la acción judicial y la sentencia son medios estadísticamente poco frecuentes».

⁵ Explica RIVERO HERNÁNDEZ, F., en la obra colectiva de LACRUZ BERDEJO, Elementos..., p.299.

legítimo⁶ tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado.

Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada».⁷

Siguiendo la opinión de Peña Bernaldo de Quirós, considerando que tiene naturaleza de acción de reclamación, «en el mismo proceso los demandados pueden, si están legitimados para ejercer la acción de impugnación, impugnar la posesión de estado por no coincidir con la realidad biológica».

Así la posesión de estado juega un doble rol; sirve como criterio de la legitimación activa; y también como hecho fundamental para la declaración de la paternidad o maternidad.

Aunque el Código civil regula separadamente la acción de reclamación según haya o no posesión de estado de filiación, Rivero Hernández y De La Cámara afirman que se trata de la misma acción de reclamación de la filiación. La diferencia está en contar con una legitimación activa distinta en atención a la posesión de estado, que por hacer más verosímil la filiación, permite abrir a los interesados la legitimación para adecuar la filiación formal a la fáctica⁸.

De esta forma tendrían legitimación activa los padres, en este caso tanto la madre que dio a luz, como la otra madre, Dña. Delia, constante posesión de estado, así

⁶ Sobre ello, O'CALLAGHAN, X., en *Compendio de Derecho Civil*, Tomo IV, Derecho de Familia, Edicc. 6^a, Ed. Edersa, 2006, p.235 y 236, explica que la posesión de estado supone la legitimación activa para «cualquier persona con interés legítimo» (art.131 Cc.) para ejercitar la acción declarativa de maternidad o paternidad que coincide con dicha posesión de estado, tanto para la acción de reclamación matrimonial como no matrimonial.

⁷ Vid. DÍEZ PICAZO y GULLÓN dudan de que se consagre en este precepto una acción de reclamación, opinan que se trata más bien de una acción declarativa puesto que «la sentencia declara lo que existe en la realidad», (DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, Volumen II, Derecho de Familia. Filiación, Ed. Tecnos, 1995, pgs. 555 a 584). Sin embargo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS opina que «tiene la naturaleza de acción de reclamación y, por tanto, tiene por fin, no ya que se declare judicialmente la existencia de un título de legitimación, la posesión de estado, sino la realidad misma de la filiación que con la posesión de estado se manifiesta». En este sentido, dice RIVERO HERNÁNDEZ que si de la mera declaración se tratase, con probar o no probar la existencia de la posesión de estado quedaría resuelto el problema, si bien no considera que se trate de eso, (RIVERO HERNÁNDEZ, F., en Elementos de Derecho civil del Profesor LACRUZ BERDEJO, Tomo IV, Ed. Dykinson, Edicc. 4^a, 2010, pgs.299 a 365).

⁸ Según RIVERO HERNÁNDEZ, F., en la obra colectiva del profesor LACRUZ BERDEJO Elementos ..., Tomo IV, sobre la filiación, p.338.

como el Ministerio Fiscal⁹ (actuando en representación del hijo –art.765 LEC-, o actuando por un interés público, como sucede en el proceso objeto de estudio).

Y así mismo, en sede de acreditación de la filiación, el precepto 113 CC, en su primer párrafo dispone que «La filiación se acreditará por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determinara legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado.

Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil»¹⁰.

Este precepto considera la posesión de estado como un medio de determinación de la filiación a falta de otros, y como explica Carlos Martínez de Aguirre, funciona en el tráfico jurídico como medio de prueba o acreditación de la filiación, «siempre que no se precise aportar prueba formal de dicha filiación», y en los procesos cuyo fin sea el de determinar la filiación «la posesión de estado puede actuar como prueba indirecta de la filiación reclamada o impugnada, en los términos del 767.3 Cc.».

Cabe exponer que la posesión de estado es la apariencia del estado civil, creada por el ejercicio de sus facultades y la convicción de la generalidad.

O como explica reiterada jurisprudencia, la posesión de estado consiste en una situación de hecho en la que se manifiesta o exterioriza un determinado estado civil o una determinada filiación¹¹.

⁹ Señala RIVERO HERNÁNDEZ en la obra colectiva de LACRUZ BERDEJO Elementos de Derecho Civil (IV) Familia, Edic. 4^a, Ed. Dykinson, 2010, p. 334, que aquellos que consideran la filiación un estado civil, también consideran las acciones de filiación como acciones de estado y por ello las caracterizan de igual forma que aquélla, entre otras destaca que «son acciones muy ceñidas a la intimidad y otros valores personales de los unidos en filiación, lo que justifica ciertas restricciones en la admisión de las demandas (art.767,1 LEC)», es por ello que resalta «la especial legitimación del Ministerio Fiscal en representación de menores e incapaces (art.765.1 LEC)».

¹⁰ En este punto la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) dedica a las presunciones los artículos 385 para la presunción legal; y 386 para la judicial, y dispone que frente a ellas cabe prueba dirigida tanto a demostrar la validez de dicha presunción como en contrario por el litigante que se opone a su reconocimiento.

Explica el precepto 113 Cc., RIVERO HERNÁNDEZ en la obra colectiva de LACRUZ BERDEJO Elementos de Derecho Civil (IV) Familia, Edic. 4^a, Ed. Dykinson, 2010, pgs. 306 y 307.

¹¹ Tal y como se expone en las Sentencias del TS de 28 de noviembre de 1941, de 17 de marzo de 1988, y de 20 de mayo de 1991.

En sede de filiación, por tanto, con la expresión de posesión de estado, nos referimos a la ostentación estable y continua de una determinada filiación, tanto se corresponda con la realidad, cuanto no se corresponda con ésta.

La jurisprudencia y la doctrina han establecido los elementos o criterios que deben concurrir para que una determinada situación pueda ser calificada como posesión de estado: *nomen*, *tractatus* y *reputatio* o fama.

El *nomen* significa que el poseedor de estado utiliza de forma habitual y constante, el apellido de la persona cuya filiación posee.

El *tractatus*, se considera el elemento más relevante, y es la relación que mantienen y se dan recíprocamente dos personas, en sede de filiación, un sujeto trata a otro como padre, madre, o hijo. Y que en el supuesto concreto se correspondería con el tratamiento de las menores por Dña. Delia, la demandante, como hijas propias, y que, como se detallará a continuación en este análisis, constituiría un elemento impulsor de la posesión de estado determinante para la demanda de reclamación de la filiación a su favor, como además muestra reiterada jurisprudencia.¹²

La *reputatio* o fama¹³, es la opinión o consideración familiar y social (más social), de ser un sujeto padre, o madre de otro sujeto, o la de ser éste hijo. Se trata pues, del reconocimiento social (en el ámbito social propio de los sujetos) de una determinada relación (de filiación) de hecho; es decir, que la relación de hecho responde a una cierta y existente relación jurídica. En este sentido, los magistrados de la Audiencia entiende que queda suficientemente acreditada¹⁴.

¹² La S.T.S. de 15 de enero de 2014 dice que «[...] hechos reveladores de la posesión de estado ahora alegada, entre otros, que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que la relación o trato con dicho hijo desde su nacimiento fue de madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño, que así la reconocía [...] tanto la madre biológica como la demandante se han preocupado del menor con igual dedicación» o que resulta acreditado que «durante un tiempo actuó como madre». En el mismo sentido las SSTS 17 de marzo de 1995 y 10 de noviembre de 2003.

¹³ Señala RIVERO HERNÁNDEZ, F., en cuanto a la fama o *reputatio*, que pueden no coincidir la opinión social con la familiar, pero que deben «darse conjunta y acordemente la fama y el *tractatus*, considerados más relevantes». Y señala que «la posesión de estado debe ser “actual” en el momento e ser invocada, o haber subsistido hasta hacia poco; debe remontarse a un pasado no inmediato, no requiere que se inicie con el nacimiento del hijo; debe valorarse con cierta benevolencia», (en la obra colectiva del profesor LACRUZ BERDEJO, Elementos de Derecho Civil (IV) Familia, Edicc. 4^a, Ed. Dykinson, 2010, p.309).

¹⁴ Dice en la Sentencia, para nuestro caso concreto, que «debe desprenderse también de todas las actuaciones judiciales llevadas a cabo por Dña. Delia dirigidas siempre a mantener contacto con las niñas, medidas previas instadas en este Juzgado en las que se solicitaba como medida provisional la fijación de régimen de visitas para las menores, acción de disolución matrimonial en la que se interesaba por dicha

De ello se desprende que la posesión de estado es un título de legitimación subsidiario, pues acredita la filiación a falta de otros medios, pero, como han señalado autores relevantes como Díez Picazo y Gullón, no desempeña una pura función probatoria ya que el artículo 113 Cc., al configurar la posesión de estado como un título de legitimación, a falta de inscripción registral, documento o sentencia que determine la filiación; permite considerar a primera vista que una filiación se posee y, por lo tanto, pueden ejercitarse las facultades derivadas de la misma (STS de 19 de marzo de 1988, de 17 de marzo de 1988 y de 20 de mayo de 1991)¹⁵.

Además de título de legitimación de la filiación, la posesión de estado es tomada en consideración por el legislador como criterio indirecto para determinar la legitimación procesal para el ejercicio de las acciones de filiación (*vid.* los artículos, algunos ya mencionados, 131, 132, 133, 137 y 140 del CC).

De tal forma que se configura a la hora del ejercicio de las acciones de estado en la materia unas veces como elemento constitutivo de la acción, integrante de la *causa petendi*, y otras veces como elemento determinante de la legitimación para entablar la acción. Casos de lo primero serían los artículos 131 y 135 CC¹⁶, y de lo segundo serían los artículos 131, 132, 133, 137 y 140 CC.

En sentido contrario, la profesora Susana Quicios Molina opina que no constituye la posesión de estado la *causa petendi*, sino que funciona como indicio de la filiación natural reclamada, pues la causa de pedir es la existencia de una filiación natural que se quiere jurídica.¹⁷

parte que se fijasen visitas para Rebeca y Aurora. A ello debe añadirse que como reconocen los testigos durante un año, Dña. Delia comparte su vida con las menores en calidad de madre, hasta que la ruptura de la pareja produce también la ruptura de la relación con las niñas».

¹⁵ La STS de 19 de marzo de 1988 establece que la posesión de estado es una situación residual «[...]que consiste en el concepto público en que es tenido un hijo con respecto a su padre natural, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo».

¹⁶ El precepto 135 Cc. fue vaciado de contenido por el 767.3 LEC, que como explica MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en la obra colectiva Curso de Derecho civil, Tomo IV, Derecho de Familia, Edic. 4^a, Ed. Colex, 2013, p.134; muestra que «nuestro Derecho propicia una amplia gama de pruebas, ya sean directas, como la prueba biológica o el reconocimiento, ya indirectas, como el resto de las mencionadas en el art. 767.3 Lec. (por todas, STS. 5 de abril 1990, 2 enero 1991, 2 abril 1992)».

¹⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS explica la diferencia entre acciones de reclamación en sentido estricto de los arts. 131 a 134 Cc., y acciones por las que se pretende una declaración sobre la existencia o validez de un título de legitimación como una inscripción, la presunción de paternidad, un reconocimiento, la resolución recaída en un expediente registral, sin cuestionar la realidad misma de la filiación que dicho título acredita (en *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, p.443). Y en la misma línea

Apoyan su tesis contraria a lo establecido por la Sala en esta sentencia, SSTS anteriores que afirman que la posesión de estado «no es sino la situación residual en que puede hallarse la hija cuya paternidad no matrimonial no le está reconocida formalmente y sin embargo las circunstancias concretas en que se halle en el seno de la sociedad o de la familia, permitan establecer el reconocimiento presunto de la filiación por la homologación judicial de esas circunstancias, mediante la sentencia firme que lo proclame», así considera que el TS ha errado copiando la argumentación de la Audiencia en la sentencia que nos ocupa puesto que la posesión de estado no constituye una causa para otorgar la filiación jurídica mediante la acción prevista por el art.131 Cc (sin embargo dicho precepto regula tanto la reclamación de la filiación matrimonial, como la no matrimonial, si hay posesión de estado).

Aun acreditándose la posesión de estado, la Audiencia Provincial y el TS, que se ratifica en lo dicho por aquélla, reconocen como segundo criterio para determinar la filiación: el consentimiento prestado por ambas, para la práctica de las técnicas reproductivas (arts. 3 y 6 LTRHA), como esencial¹⁸, y ello porque se realizó de forma voluntaria y libre, constatando su deseo de ser madres, de forma que la AP recalcó que «en casos como éste, dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige» (F.D. 2.2º).

La Audiencia argumenta que el consentimiento prestado en la clínica es suficiente en cuanto a lo prescrito por el precepto 8.2 de la LTRHA, que «considera escrito indubitado a los efectos del artículo 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad» (F.D. 6.3º).

VERDERA SERVER, (en *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, dir. R. BERCOVITZ, Tirant lo Blanch, 2013, p.1347).

¹⁸ Para el caso de matrimonios heterosexuales, ante fecundaciones heterólogas (material genético proveniente de donante distinto del marido), la filiación paterna se funda exclusivamente en el consentimiento del marido, como explica MARTÍNEZ DE AGUIRRE en *Curso de Derecho civil...*p.347. y en el mismo sentido PÉREZ MONGE, M., en *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Ed. Colegio de Registradores e la Propiedad y Mercantiles de España, 2002, p.134, dice que «En la doctrina existe acuerdo de que en este caso la determinación de la paternidad se produce por el consentimiento del marido». Y de igual forma explica los conceptos de inseminación homóloga y heteróloga, y resalta la importancia del consentimiento del marido en esta última, O'CALLAGHAN en *Compendio de Derecho Civil*, Tomo IV, Derecho de Familia, Edicc.6ª, Ed. Edersa, 2006, pgs.243 y 244.

A estos efectos el artículo 49 LRC permite, como explica Carlos Martínez de Aguirre, que la filiación no matrimonial pueda inscribirse en el RC mediante expediente gubernativo aprobado por el Juez de Primera Instancia, siempre que haya un escrito en que de forma indubitable se reconozca filiación, de esta forma el consentimiento prestado en la clínica facilitaría la inscripción en dicho sentido.

Se presupone por el Tribunal que la finalidad del consentimiento de la pareja de una mujer, a que ésta se someta a alguna técnica de reproducción asistida es la asunción de la filiación que puede derivar del éxito de tal técnica (Farnós Amorós¹⁹).

Se justifica pues, la superación en la práctica del nexo biológico para la determinación de la filiación jurídica, por la prestación del consentimiento conjunto para la práctica de las técnicas de reproducción asistida.

Se aprecia como la Sala realizó una interpretación teleológica (art.3 Cc.) de la norma 7.3 de la Ley de TRHA, es decir, lleva la letra de la ley más allá de lo que realmente se especifica en ella, que es que « 3. 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», y ello puesto que, el Tribunal considera que, si se constata que se plasmó claramente la voluntad de la pareja en el consentimiento informado de la clínica, no es necesario que se den los requisitos que exige el precepto, tales como que debe ser la « mujer casada, y o separada legalmente o de hecho», o la manifestación previa al nacimiento ante el encargado del Registro Civil²⁰. Por ello puede apreciarse como interpreta la disposición de forma bastante flexible.

Y continuando con la argumentación de la Audiencia Provincial, que ratifica el TS, es imprescindible atender a la importancia de la doctrina de los actos propios de la demandada y ahora recurrente. Pues Dña. Santiaga hasta el momento de la ruptura de la relación, realizó numerosos actos encaminados a lograr la inscripción en el Registro Civil de la filiación de las menores, Rebeca y Aurora, a favor de Dña. Delia, para que ésta constase también como madre, instando expediente de rectificación de error ante el

¹⁹ FARNÓS AMORÓS, E., en *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, p.69.

²⁰ Vid. Resoluciones de la DGRN de 5 de agosto de 2013 y 21 de abril de 2014, entre otras; requiere la DGRN para la inscripción de la filiación del cónyuge no gestante que manifieste 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, dicha manifestación debe hacerse antes de que nazca el hijo.

encargado del Registro Civil, y en vista de la rectificación parcial acordada por auto de 5 de marzo de 2008, interpuse recurso ante la DGRN, que finalizó de igual forma con auto desestimatorio de 26 de noviembre de 2008.

Es decir, Dña. Santiaga que es la madre biológica (mediante TRHA), pretendía por todos los medios que se determinase también la filiación materna a favor de Dña. Delia, su mujer, sin embargo, en el momento en que cesan la relación, sus actuaciones cambian por completo, oponiéndose radicalmente a lo que precisamente había dedicado anteriormente sus esfuerzos, como era la determinación de la filiación de las menores respecto de Dña. Delia.

Se desprende de todo ello que doña Santiaga, pretendía que se estableciese una doble filiación materna matrimonial, y sin embargo ahora intenta poner trabas a ello.

Y por lo que respecta a doña Delia, sus actos siempre fueron orientados a establecer vínculos con las menores, conviviendo con ellas durante la relación, y a partir de la ruptura de la relación, solicitando medidas provisionales como un régimen de visitas para las dos menores, e incluso autos de adopción respecto de las mismas. Tal y como se especifica en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Santa Cruz de Tenerife.

Así pues la doctrina de los actos propios, más destacada habitualmente por el TS para la legitimación para la anulación de testamentos, aporta fuerza a la argumentación de Dña. Delia, en concreto en cuanto a la legitimación para la acción de reclamación de la filiación materna por posesión de estado.

Por todo ello, la Audiencia Provincial, desestimó el recuso de apelación, confirmando la resolución del Juzgado de Primera Instancia.

2. FUNDAMENTO SEGUNDO

Doña Santiaga recurre en casación, planteando que se reconduce de modo fraudulento la figura de la posesión de estado del precepto 131 del Cc., hacia la aplicación del artículo 7 de la Ley 14/2006, y de la Ley 3/2007 sobre la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

La posesión de estado, como venimos comprobando, es determinante en la Sentencia para la determinación de la filiación jurídica. El Tribunal Supremo atendiendo a lo dispuesto por el precepto 7.1 de la LTRHA, que indica que «la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles», acude al precepto 131 del Código Civil en que se expresa que «cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado», y con base en ellos, considera que Doña Delia tiene legitimación para que se determine a su favor la filiación de las menores Rebeca y Aurora, aunque la madre biológica fuera exclusivamente, mediante filiación asistida, doña Santiaga.

En cuanto a la filiación como estado civil de la persona, se apela a los conceptos de título de atribución, y título de legitimación²¹, entendiendo por el primero el hecho o acto que, según el Ordenamiento, constituye una cierta relación de estado civil (filiación en este supuesto); y por el segundo, el que proclama a una persona frente al resto, para todos los efectos legales, como titular de un estado civil (de una filiación), y le faculta para ejercer los derechos que de la filiación se deriven. Es el denominado *status filii*, que según explica Rivero Hernández en la actualidad conviene denominar *status familiae*, conferida al hijo al establecer jurídicamente la filiación, y que supone su unión «con los progenitores así determinados, [...] con los parientes de estos, y con las consecuencias jurídicas pertinentes»²².

Así, Dña. Delia, estaría legitimada para ser la titular de la filiación de las menores, y le corresponderían los deberes y derechos inherentes a ella, para con las menores. De igual forma que ya le corresponden a Dña. Santiaga, que sí tiene determinada a su favor la filiación de las menores Rebeca y Aurora.

En continuidad con lo anterior, reconduce el TS la interpretación de la posesión de estado a la Ley 3/2007, en concreto a los artículos 3 y 4, relativos a la igualdad efectiva entre, hombres y mujeres, en el ámbito de las relaciones matrimoniales, familiares y de estado civil.

²¹ Según RIVERO HERNÁNDEZ, F., en la obra colectiva del profesor LACRUZ BERDEJO, Elementos..., p.305; así entienden estos términos la doctrina moderna (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., DE LA CÁMARA, M., DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A.), como ya había hecho DE CASTRO respecto del estado civil de la persona.

²² RIVERO HERNANDEZ, F., obra cit., p.303.

Pues respecto de la determinación de la filiación, en cuanto a su adquisición por posesión de estado, sí que existe regulación para los matrimonios heterosexuales, en el precepto 116 del Cc, en que se dispone la regla *pater is est*, (la paternidad se inferirá directa y automáticamente), pero sin embargo, respecto de los matrimonios homosexuales la regulación es bastante parca (F. Rivero Hernández).

En segundo lugar, Dña. Santiaga en el recurso de casación, cuestiona que se cumplan adecuadamente los requisitos de la figura de la posesión de estado, y de que pueda aplicarse realmente la doctrina de los actos propios, en cuanto al matrimonio y a la rectificación registral. Sin embargo, la posesión de estado, ya quedó acreditada en la sentencia de la AP, cumpliéndose para ello los requisitos oportunos, puesto que Dña. Delia, en primer lugar, adoptó a la primera hija de Dña. Santiaga²³, Adelaida, y consintió con ella para que de nuevo se practicasen las TRHA, y constante matrimonio, ejerció el rol de progenitora como si ella misma las hubiese concebido. Incluso tras la ruptura procuró por todos los medios mantener el contacto con ellas, de forma que queda probada tal figura sobradamente, como ya se especificó más arriba. Además en todo el lapso temporal mencionado, la recurrente llevó a cabo actuaciones en pro de dicha estabilidad familiar y determinación de la filiación.

Y por último, Dña. Santiaga pretende la inadecuación de la interpretación de la LTRHA por la Sala, puesto que en el momento en que se practicó la inseminación artificial, las litigantes no estaban casadas.

Es decir, en opinión de la recurrente no corresponde considerar la reclamación de la filiación como matrimonial (reglas dispuestas en los arts.115 a 119 Cc.), y ello no

²³ Sobre la filiación por adopción, explica RIVERO HERNÁNDEZ, F., en la obra colectiva de LACRUZ BERDEJO, Elementos..., p.304, que prescinde del nexo biológico, quedando el hecho natural sustituido por el acto jurídico, observándose claramente la diferenciación entre los conceptos de madre y padre y progenitores. Se aprecia como la filiación jurídica constituye un valor social y funcional que prima sobre la verdad biológica, y se equipara completamente dicha filiación a la natural (artículo 108 Cc.). Sobre la variación terminológica (padres y progenitores), mencionada en esta nota, explica MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., que se produjo con ocasión de la Ley 13/2005, que admitió la posibilidad de que dos personas del mismo sexo contrajeran matrimonio, y que pudieran adoptar. Se plantean problemas puesto que la terminología de «padre», «madre», «padres» supone la exclusión por ejemplo de las situaciones en que haya dos madres, por lo que se solucionó con la sustitución por el término «progenitores», con el consiguiente problema de que hasta ese momento se le había asociado al concepto de progenitores el matiz del nexo biológico, y sin embargo ahora se utilizaría precisamente para lo opuesto. (en *La filiación* en la obra colectiva Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia, Edicc.4^a, Ed. Colex, 2013, p.303.)

iría en contra de lo dispuesto por el art.39 CE²⁴, en conexión con el art.14 de la misma, pues como indica la Sentencia del TC 184/90 de 15 de noviembre, en el fundamento de derecho tercero, el precepto 39 CE no establece una igualdad en todos los aspectos entre las uniones matrimoniales y no matrimoniales, es decir, que no serían inconstitucionales las medidas que otorgasen trato distinto o más favorable a las uniones matrimoniales, y por tanto no se estaría vulnerando el art.14 CE.

No obstante lo anterior, a pesar de ser cierto, no es del todo clara la correspondencia con el supuesto de hecho, ya que si bien la firma del consentimiento conjunto de la clínica en que se practican las TRHA, se firma sin haber contraído todavía unión matrimonial, no cabe duda de que por los antecedentes de ambas, deseaban contraerlo, y de hecho, pocos meses más tarde, así fue, y las menores nacieron habiendo contraído las litigantes matrimonio, por lo tanto no sería adecuado privarlas de los efectos inherentes a las uniones matrimoniales. Así, Carlos Martínez de Aguirre explica que los hijos son iguales ante la ley, con independencia de que su filiación²⁵ sea matrimonial, no matrimonial, o adoptiva (art. 108.2 Cc.)²⁶.

En este sentido, como he mencionado anteriormente, la Sala interpretó de forma flexible el art.7.3 de la LTRHA de 2006, introducido por la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que dispone que « 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 conyugal²⁷, que

²⁴ Artículo 39. 2 CE: «Los poderes públicos asegurarán, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad».

²⁵Según explica PÉREZ MONGE, M., en *La Filiación derivada de Técnicas de Reproducción Asistida*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002, pgs. 39 y 40., el principio de igualdad se manifiesta en los efectos propios de la filiación hacia todo hijo, con independencia de la naturaleza de aquélla, sin embargo las diferencias radican en la forma de determinación de dichas filiaciones, bien matrimoniales o no matrimoniales. Y señala que dicho principio se recoge en el segundo párrafo del precepto 108 Cc. cuyo tenor literal dice «La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código».

²⁶ *Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia, La filiación.*, Edic. 4^a, Ed. Colex, 2013, pgs.304. explica que la igualdad «se refiere básicamente al contenido y efectos de la relación paterno-filial, y es compatible con la existencia de reglas diversas para una y otra, en orden a la determinación de la existencia del vínculo de filiación [...]: (STC.138/2005, de 26 de mayo, y 273/2005 de 27 de octubre)».

Cabe destacar que la diferenciación terminológica de filiación matrimonial y filiación no matrimonial se introdujo por la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981.

²⁷ Manifestación previa requerida, tal y como muestran las resoluciones de la DGRN de 21 de abril de 2014 y 5 de agosto de 2013, entre otras.

consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido».

Por lo tanto, el hecho de que en el momento de la firma del consentimiento no estuvieran doña Delia y doña Santiaga casadas, o de que no manifestara previamente al nacimiento de las dos menores su voluntad de que constase a su favor la filiación de aquéllas, es relevante, pues con base en el precepto señalado, puede determinarse una doble filiación materna matrimonial, y en el caso no estaban casadas en ese concreto momento, si bien el Tribunal da mayor valor en este caso al consentimiento prestado en la clínica para determinar la filiación, aun no cumpliéndose los requisitos del precepto.

Procede resaltar en este punto como indica Martínez de Aguirre, la diferencia que existe entre este supuesto del precepto 7.3 LTRHA, en que la determinación de la filiación depende de manera exclusiva de la voluntad de la cónyuge, de otros supuestos en que la voluntad tiene un importante papel para el establecimiento de la filiación como en el reconocimiento o la adopción por ejemplo, pero que sin embargo requieren de la coexistencia de otros requisitos como el consentimiento expreso del representante legal reconocido (del precepto 124 Cc.), o la previa declaración de idoneidad de los adoptantes y demás requisitos plasmados en el artículo 176 del Cc.²⁸

3. FUNDAMENTO TERCERO

El recurso de casación se desestima por los motivos expresados en el Fundamento de Derecho tercero STS.

En primer lugar, el Tribunal Supremo se refiere a la igualdad absoluta de efectos existente entre los matrimonios contraídos por parejas homosexuales y heterosexuales, con base en el artículo 44.2 del Código Civil que dispone que «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo»²⁹, y ello de conformidad con la STC de 6 de noviembre de 2012³⁰.

²⁸ Al respecto MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., en *Curso de Derecho civil...*, p.348; se cuestiona si siendo que dichos controles «están puestos en beneficio del hijo, la absoluta falta de filtros en el establecimiento de esta filiación derivada exclusivamente de la voluntad, podría colisionar con el principio constitucional de protección integral de los hijos (art.39 CE)».

²⁹ Precepto cuya redacción se introdujo por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia del derecho a contraer matrimonio.

A pesar de que el legislador no ha reformado aspectos íntimamente relacionados con el matrimonio, como el régimen legal de la filiación (no previsto, o al menos no de forma tan completa como para las parejas heterosexuales), que plantea opciones para las parejas heterosexuales, pero no para las homosexuales, es el art.7 de la LTRHA el que remite a las leyes civiles de filiación, en concreto en su punto primero, en caso de nacimientos mediante técnicas de reproducción asistida, con excepción de las propias especificaciones de dicha ley.

De esta forma, el mencionado precepto permite a la mujer casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, manifestar ante el encargado del Registro Civil su voluntad de que se determine a su favor la filiación del hijo de su cónyuge³¹ (garantizándose de este modo la igualdad efectiva entre matrimonios heterosexuales y homosexuales). Además se exige que esa manifestación extrajudicial sea anterior al nacimiento, ya que es la interpretación más acorde con el artículo 39 de la Constitución española que reconoce la protección integral de los hijos ante la ley.

En esta línea de protección de los menores, el Tribunal Supremo indica que no debe quedar subordinada la filiación a cuestiones formales como la manifestación ante el Registro Civil, una vez acreditado adecuadamente que se ha consentido voluntariamente la práctica de las técnicas reproductivas en la clínica correspondiente.

Así, se permite la determinación legal de la maternidad de la esposa de la madre gestante de los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida, tanto si consiente formalmente ante el encargado del registro civil antes del nacimiento de los menores (determinación extrajudicial), como si judicialmente acciona una reclamación de filiación fundada en la manifestación, con su pareja, de su voluntad de ser madre en

³⁰ Según la STC 6 de noviembre de 2012, se declara la constitucionalidad del art.44 Cc., equiparándose de forma absoluta los efectos de los matrimonios homosexuales y heterosexuales. Así mismo destacan la STC 116/1999, de 17 de junio de 2012 y la STS de 12 de mayo de 2011, pues muestran como resultan extrapolables las consideraciones de la posesión de estado, no vinculadas en exclusiva a un concreto tipo de filiación como la matrimonial, o a la necesaria existencia de una previa vinculación biológica, sino que también se puede aplicar al contexto de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida, «particularmente del carácter no exclusivo ni excluyente del hecho biológico, como fuente o causa de la filiación, y en favor del protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación en estos casos» (Fundamento. Derecho Segundo de la STS 836/2013 de 15 de enero de 2014).

Vid. Nota 19, sobre la opinión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE en cuanto a la equiparación absoluta de efectos paternofiliales respecto de filiaciones matrimoniales y no matrimoniales.

³¹ *Vid.* El artículo 7.3 LTRHA, «Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge». Añadido por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, (durante el gobierno de Rodríguez Zapatero).

el consentimiento informado de la clínica en que se practiquen dichas técnicas reproductivas, viéndose reforzado todo ello por la posesión de estado (precepto 131 Cc. *ex artículo 7.1 LTRHA*).

Quedaría determinada legalmente de este modo, una doble filiación materna matrimonial por sentencia judicial firme³², con base en los preceptos 115.2 Cc. y 764.1 de la LEC.³³

De lo anterior entiendo que el TS da prioridad al interés superior del menor contenido en el art.39 CE, sobre lo dispuesto en el 7.3 LTRHA en cuanto a la exigencia de la manifestación previa al nacimiento del hijo ante el encargado del Registro Civil, como requisito para la atribución de la filiación. Da importancia al consentimiento prestado de forma voluntaria y conjunta por las partes para la práctica de las técnicas reproductivas, y en consecuencia su voluntad de concebir a las menores. Otorgando primacía al consentimiento sobre la figura de la posesión de estado.

En consecuencia, el lugar del padre como verdad biológica en el régimen de filiación del Código Civil, se sustituye por la voluntad de quien desea ser progenitor, por lo tanto, se posibilita la determinación de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo, una filiación materna biológica, y otra amparada en una pura ficción legal³⁴, si bien, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza. En consecuencia en orden al ejercicio de una acción de reclamación de filiación, no será

³²En la obra colectiva del profesor LACRUZ BERDEJO, Elementos de Derecho civil (IV) Familia, Edic. 4^a, Ed. Dykinson, 2010, p.306, RIVERO HERNÁNDEZ, F., explica que la determinación de la filiación puede realizarse por vía judicial (sentencia firme, arts.115.2º y 120.3º Cc.) mediante el ejercicio de las acciones dispuestas por ley, o extrajudicialmente (art. 115.1º y puntos 1º, 2º y 4º del art.120 Cc.), pero que el medio por el que se determina no constituye la misma (la filiación), sino que es un mero título declarativo de una situación de hecho que ya existía y que pudo producir efectos, aun no habiéndose determinado formalmente, resultando de este modo congruente lo dispuesto por el artículo 112 Cc.: «la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos [...]». Y señala RIVERO HERNANDEZ que en el mismo sentido opina PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS).

³³ Si bien estos preceptos no se señalan en la Sentencia, son relevantes puesto que el 115.2 del Cc., muestra los títulos de determinación legal de la filiación matrimonial, y el art. 764.1 de la LEC permite la reclamación ante los tribunales de la filiación para que se determine legalmente por sentencia firme en los casos previstos por la legislación civil.

³⁴ Explica FABAR CARNERO, A., en “El consentimiento para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la doble maternidad legal. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre de 2013”, en *Revista de Derecho UNED*, nº 15, 2014, p.188, que dicho precepto estable «un título de atribución de la maternidad por naturaleza a la cónyuge no gestante, que dimana de la exclusiva voluntad de la misma explicitada ante el Encargado del Registro Civil [...].».

necesaria la impugnación de la ya determinada³⁵, pues no es contradictoria con la que se establece por ley.

Habiendo posesión de estado, y a *sensu contrario* del precepto 131 Cc., Dña. Delia tiene legitimación activa para la reclamación de la determinación de la filiación, pues aunque reclame la filiación materna, como ésta se basa en una ficción legal, no contradice a la ya determinada, que sería biológica, incluso si determinada con técnicas de fecundación “in vitro”. Se añade como nueva causa de determinación de la filiación la de la voluntad de la madre y su pareja de asumir la maternidad.

El TS considera evidente que la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento, y no solo eso, sino que aun no existiendo dicha figura de forma tan relevante, se debe tomar en consideración el consentimiento como punto a partir del cual se crea un título de atribución de la paternidad, más bien de la doble maternidad en el caso que nos ocupa.

Con base en todo lo anterior, el Tribunal Supremo falla desestimando en su integridad el recurso de casación y confirma lo dispuesto por los tribunales precedentes. Así determina legalmente una segunda filiación materna matrimonial (arts. 115.2 Cc., 764.1 LEC). Todo ello en atención al interés real y superior de las menores, y de la unidad y estabilidad familiar³⁶.

Se observa que la Sentencia del Tribunal Supremo aborda la posibilidad de determinar la filiación de unas menores concebidas mediante técnicas de reproducción asistida, respecto de la madre no gestante, casada con la madre a la que fueron aplicadas dichas técnicas. Es decir, determinación de una doble maternidad equiparada a la filiación por naturaleza, a través del ejercicio de la acción de reclamación de la filiación matrimonial por posesión de estado, aun estando ya el matrimonio disuelto (o ambas mujeres divorciadas). Y ello, no mediante el procedimiento de declaración previa ante el

³⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., en la obra colectiva Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia. 4^a edición 2013. Colex, pgs. 335 a 338, explica que para el caso de que se contradijese otra filiación legalmente determinada, «habrá de ejercitarse simultáneamente, si es posible, la acción de impugnación de la filiación legalmente determinada, en los términos del art. 134 Cc.», sin embargo en el supuesto concreto, al tratarse de dos mujeres, y basarse la filiación no biológica en una pura ficción legal, no tendría sentido, pues no habría una filiación legal determinada previamente.

³⁶ El TS cita la STS de 12 de mayo de 2011 que dispone que «el sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyan un núcleo de convivencia, independientemente de la forma en que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales».

encargado del Registro civil como prescribe el precepto 7.3 LTRHA³⁷, sino por la manifestación de la voluntad de ser progenitora realizada en la clínica mediante la firma conjunta del consentimiento informado (relación entre los preceptos 8 LTRHA y 49 Ley del Registro Civil). De nuevo observamos la interpretación amplia o extensiva del precepto (art.3 Cc.).

El Tribunal trata de dar al hecho litigioso la solución que más favorece, a su juicio, al interés superior de las menores (artículos 154.2 Cc. y 39.2 CE), atendiendo al principio de unidad familiar³⁸, puesto que antes de contraer matrimonio la pareja ya se había sometido a las mismas técnicas, y la menor nacida de ellas había sido adoptada por quien ahora reclama la filiación de las otras dos hermanas³⁹.

³⁷ Realiza su estudio RIVERO HERNÁNDEZ en la obra colectiva de LACRUZ BERDEJO Elementos de Derecho Civil (IV) Familia, Edic. 4^a, Ed. Dykinson, 2010, p. 360.

³⁸ ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado*, Ed. Aranzadi, 2003, p.337., explica que la mayoría de los ordenamientos jurídicos considera el entorno familiar compuesto por padre y madre el lugar más idóneo para el desarrollo del menor. Así la mayoría entiende, y en este sentido han regulado, que la donación de gametos o de semen sólo puede hacerse a favor de una pareja heterosexual casada o conviviente. Por el contrario el ordenamiento inglés y el español permiten el acceso a estas técnicas a cualquier mujer.

³⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., en la obra colectiva Curso de Derecho civil, (IV), Derecho de Familia, Edic. 4^a, Ed. Colex, 2013, pgs. 305, señala que los principios constitucionales, de interés superior del menor, de protección a la familia, o de seguridad jurídica (respectivamente los arts.154.2 Cc., 39.2 y 9 CE), moderan el principio de verdad biológica.

V. COMPARATIVA ENTRE LA FILIACIÓN ORIGINARIA Y LA FILIACIÓN TRAS LA LEY 14/2006 DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

La filiación forma parte del Derecho de familia, y constituye un hecho que el Derecho acepta, reconoce y regula, (Xavier O'Callaghan). Así la filiación es «la relación biológica entre los padres y los hijos que han generado, y también jurídica, al ser reconocida y aceptada por el Derecho». Si bien la relación biológica y jurídica no siempre coincide, como en los supuestos de adopción o de empleo de técnicas de reproducción asistida. Con independencia de la naturaleza de la filiación, ésta da lugar a un único estado civil, el *status filii*, (relevancia del principio de igualdad consagrado en el segundo párrafo del precepto 108 Cc.)⁴⁰.

Muestra de los avances, y de la creciente diferenciación entre la relación biológica y jurídica en la filiación, fue la regulación española sobre Reproducción Asistida, que creó gran revuelo a nivel internacional al permitir a las mujeres sin pareja⁴¹, e incluso a las mujeres homosexuales, inseminarse artificialmente. Ni tan siquiera los países nórdicos que habían regulado las uniones homosexuales a principios de los años noventa, permitían la donación de semen ni gametos a mujeres en dicha situación (prohibición de donación de gametos y semen a mujeres solas en Alemania, Austria y Suiza)⁴². Probablemente ello se debió al contexto de modernización y democratización que vivía España durante los años ochenta.

De lo anterior se deriva la necesidad de fijar nuevos modos de determinación de la filiación, ya no vinculada al nexo biológico como elemento principal, sino fundamentándose en el elemento volitivo de la receptora y su pareja. Comienza así una fuerte diferenciación entre las relaciones biológicas y las relaciones jurídicas⁴³, y ello da

⁴⁰ O' CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil*, Tomo IV, Derecho de Familia, Ed. Edersa, Edicc. 6^a, 2006, pgs.213 a 215.

⁴¹ Estudia la cuestión de forma clara RIVERO HERNÁNDEZ, F., en la obra colectiva de LACRUZ BERDEJO Elementos de Derecho Civil (IV) Familia, Edic. 4^a, Ed. Dykinson, 2010, pgs. 357 y ss, diciendo que en cuanto a la limitación al uso de las TRA a parejas casadas se ha optado por la no discriminación e idéntico trato a la pareja heterosexual, casada o no, pero distinta, y como más conflictiva señala el autor la cuestión de si es adecuado el uso de dichas técnicas por mujeres solas que no convivan con varón que pueda asumir la paternidad del nacido.

⁴² Según explica claramente ALKORTA IDIAKEZ, I., en *Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho Español y Comparado*, Ed. Aranzadi, 2003, pgs.335 y ss.

⁴³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., en *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de familia.*, «La Filiación», Edicc.4^a, Ed. Colex, 2013, pgs. 302 y ss., en el mismo sentido lo explica a modo de recopilación PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Ed. Colegio de Registradores

lugar a problemas de determinación de la paternidad, por lo que el Derecho positivo crea mecanismos indirectos para la determinación jurídica de la filiación (como el art.8.2 LTRHA para la mujer casada a la que se aplican técnicas de fecundación heteróloga, que requiere el consentimiento de su marido; o como el art.7.3 LTRHA para el caso del matrimonio civil entre dos mujeres)⁴⁴.

El precepto 39 CE, que establece los principios reguladores de la filiación, dará solución al conflicto anterior en función de la interpretación que de él se realice, pues la investigación de la paternidad admite ciertos límites, siempre que estén justificados por el principio del *favor filii* consagrado en el mismo precepto.

En este momento, deslindada la relación biológica de la jurídica que constituyen la filiación, en el concreto supuesto de las técnicas de reproducción asistida, se otorga primacía al consentimiento otorgado conjuntamente por la pareja (bien en el ámbito de las relaciones homosexuales de mujeres, o bien en el de las relaciones heterosexuales en que se produce la inseminación heteróloga), sobre la existencia de nexo biológico, o incluso sobre la concurrencia de requisitos formales, como refuerzo de la posesión de estado, o incluso sin existir ésta, para la determinación de la filiación legal, tal y como muestra la Sentencia analizada, todo ello en aras, según se suele afirmar, de la satisfacción del interés superior del menor.

de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002, p.371.: explican que entre la relación biológica y jurídica no existe una correspondencia absoluta, pues pueden darse situaciones en las que se desconozca la filiación biológica, o que sea atribuida a quien en realidad no es progenitor biológico, incluso que conscientemente se cree una relación jurídica que sirva de base a la determinación de la filiación, entre personas que no están unidas por nexos biológicos, como en la adopción.

⁴⁴ Tal y como explica MARTÍNEZ DE AGUIRRE en la obra citada en la nota anterior, en la página 302.

VI. CORROBORACIÓN DE LA OPINIÓN DE LA STS 740/2013 POR LA STS 836/2013.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013, analizada en este trabajo sentó un importante precedente en el ámbito de la filiación materna, de la pareja de la madre biológica, por posesión de estado, reforzada por los distintos consentimientos prestados para la práctica de las técnicas de reproducción asistida.

La línea seguida en la citada sentencia se vio corroborada por la STS 836/2013, de 15 de enero de 2014, que resolvió el recurso de casación interpuesto por Dña. Eufrasia, planteando la posibilidad de determinar la filiación materna, no matrimonial, por posesión de estado, de la ex pareja de la madre biológica (Dña. Virtudes), a quien se practicaron técnicas de reproducción asistida, fruto de las cuales nació el menor (el 13 de noviembre de 2003) al que pusieron el nombre de Esteban (con los apellidos en primer lugar de doña Virtudes y en segundo lugar de doña Eufrasia).

Dicha Sentencia confirmó lo dispuesto por el JPI número 2 de Talavera de la Reina en la Sentencia de 23 de abril de 2010, y revocó de esa forma lo dispuesto por la Sección 2^a de la AP de Toledo en la Sentencia de 17 de enero de 2012.

El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Eufrasia, planteaba la infracción procesal del art.477.3 LEC, puesto que la Sentencia de la AP de Toledo se oponía a doctrina jurisprudencial del TS, y se estaba realizando una infracción del precepto 131 CC en relación con el art.7.3 LTRHA, la cual era una norma con menos de 5 años de vigencia.

La Sala admitió el recurso y falló estimándolo íntegramente salvo en cuanto a la imposición de las costas.

El Tribunal argumentó tomando como base la STS de 5 de diciembre de 2013, que era posible determinar la filiación materna, no matrimonial, de doña Eufrasia, puesto que se constató la existencia de la figura de la posesión de estado, valorada no como un medio de prueba o un título de legitimación de la filiación, sino valorando las funciones que ésta puede tener dentro de la determinación judicial de la filiación. Es decir, considerando la posesión de estado como presupuesto de legitimación del ejercicio de la acción del precepto 131 Cc., y como medio de prueba de la filiación en atención al art.767.3 LEC.

Los magistrados del Supremo pretendieron una interpretación extensiva de la posesión de estado en atención a los principios constitucionales de igualdad (art.14 CE), unidad familiar (39.2 CE), de protección integral de los hijos y de las madres con independencia de su estado civil (art.39 CE) y de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art.10 CE). Por lo tanto cabe una interpretación extensiva del precepto 7.3 LTRHA, y no solo limitada al supuesto de mujeres casadas (Fto. de Derecho Segundo).

Además tiene en cuenta al igual que la sentencia 740/2013 (de 5 de diciembre de 2013), lo dispuesto por las SSTC de 17 de junio y 6 de noviembre de 2012 y la STS de 12 de mayo de 2011, que destacan en cuanto a la interpretación de la posesión de estado por no considerarla vinculada en exclusiva a un concreto tipo de filiación como la matrimonial, o a la necesaria existencia de una previa vinculación biológica, sino que también se puede aplicar al contexto de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida, «particularmente del carácter no exclusivo ni excluyente del hecho biológico, como fuente o causa de la filiación, y en favor del protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación en estos casos» (Fundamento de Derecho Segundo de la STS 836/2013 de 15 de enero de 2014).

De forma que extrae la conclusión de que existe plena compatibilidad entre las normativas citadas para la legitimación de la acción de filiación no matrimonial (arts.7.3 LTRHA y 131 Cc.), de forma que los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, acreditados y sobreexpuestos por la doctrina de los actos propios de la madre biológica consistente en poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, «integran y refuerzan 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» (Tal y como dispone el F.D.2º) .

De este modo, se determinó legalmente la filiación materna, no matrimonial, a Dña. Eufrasia, respecto del menor Esteban, por posesión de estado. Correspondiendo la inscripción registral de la misma, y derivándose los efectos inherentes a la filiación para ambas mujeres.

No obstante existe un voto particular dirimente respecto de lo anterior, que no considera oportuna la admisión del recurso puesto que a su juicio no se produjo la infracción del art.7.3 LTRHA.

También se aprecia esta línea discursiva en la Sentencia de la AP Madrid, sec. 22^a, de 12 de marzo de 2015, (SAP nº 249/2015), en que se expone la posibilidad de la determinación de la filiación sin existencia de nexo biológico, en atención al interés superior del menor. La AP ratifica lo dicho por el JPI en cuanto a la filiación de la madre no biológica respecto del hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida y tras separación matrimonial. Ello se exige por el interés superior del menor, pues deben cuidar del menor aquéllos que consintieron ser progenitores, protegiéndose dicho interés antes y después de la gestación. Debe atenderse a la existencia de posesión de estado y la existencia igualmente de una estructura familiar unida, que actuó como tal y que legalmente le concibió, «no procediendo, en consecuencia, admitir que la progenitora no biológica pueda desaparecer de su vida ni física ni jurídicamente» (Fundamento de Derecho 2.4ºJ).

VII. CONCLUSIONES

Los grandes avances en el campo de la medicina y de la ciencia, que promueven y repercuten en la evolución social, como ocurre con las técnicas de reproducción asistida, inciden irremediablemente en el ámbito del Derecho. Puesto que supusieron un drástico cambio en las concepciones doctrinales tradicionales de filiación, y en las formas y requisitos para su declaración y reconocimiento, y además suscitan numerosos conflictos en el plano judicial.

En particular, en lo que respecta al ámbito de las parejas de hecho o matrimonios heterosexuales, se dispone regulación, ya dictada por el legislador, que, si bien puede y de hecho suscita problemas en el campo de la praxis, efectivamente expone soluciones. Sin embargo, no ocurre lo mismo para las parejas homosexuales, ya sean matrimoniales o de hecho, para las que la regulación es menos completa en este ámbito.

La Sentencia comentada fue la primera del Tribunal Supremo que aplicó la regla del artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción asistida, introducida por la reforma de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, en la etapa del Gobierno de J.L. Rodríguez Zapatero.

La Sala realizó una interpretación muy amplia y flexible de este nuevo precepto legal, permitiendo obviar los requisitos dispuestos por aquél, dando primacía al elemento volitivo, para facilitar la determinación de una doble maternidad legal.

Es por ello que el estudio de esta Sentencia me pareció de gran interés, pues muestra precisamente lo anterior, y con la legalización del matrimonio homosexual, considero que se trata de un tema de gran actualidad.

VIII. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

ALKORTA IDIAKEZ, I., *Regulación jurídica de la Medicina Reproductiva. Derecho español y comparado*, Aranzadi, 2003, 415 pgs.

DIEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Volumen II, Ed. Tecnos, 1995, pgs. 555 a 584.

FABAR CARNERO, A., “El consentimiento para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y la doble maternidad legal. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo 740/2013, de 5 de diciembre de 2013”, en *Revista de Derecho UNED*, nº 15, 2014, pgs. 173 a 199.

FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, pgs.69 a 128.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., en la obra colectiva Curso de Derecho civil, Tomo IV, Derecho de Familia, Edic. 4^a, Ed. Colex, 2013, pgs. 301 a 350.

O' CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil*, Tomo IV, Derecho de Familia, Edic. 6^a, Ed. Edersa, 2006, pgs.215 a 247.

PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2002, pgs.418.

QUICIOS MOLINA, M.S., Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 95/2014 parte Sentencias. Ed. Civitas, S.A., Pamplona, 2014, pgs. 1 a 13.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., en la obra colectiva del Profesor LACRUZ BERDEJO Elementos de Derecho Civil, (IV).Familia, 4^a Edic., Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pgs. 299 a 365.