

DOBLE MATERNIDAD. RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN
MATRIMONIAL POR POSESIÓN DE ESTADO. MATERNIDAD
BIOLÓGICA Y MATERNIDAD POR FICCIÓN LEGAL:
CONCURRENCIA Y SIMULTANEIDAD. COMENTARIO A LA STS
740/2013, DE 5 DICIEMBRE (RJ 2013, 7566)

DOUBLE MOTHERHOOD. MARRIAGE FILIATION'S
CLAIM BASED IN POSSESSION OF STATUS. BIOLOGICAL
MOTHERHOOD AND MATERNITY AS LEGAL FICTION:
ATTENDANCE AND SIMULTANEITY. COMMENT ON STS NO. STS
740/2013, OF 5 DECEMBER (RJ 2013, 7566)

Rev. boliv. de derecho n° 18, julio 2014, ISSN: 2070-8157, pp. 378-399



Josefina
ALVENTOSA
DEL RÍO

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de marzo de 2014

ARTÍCULO APROBADO: 20 de marzo de 2014

RESUMEN: El TS considera que no se debe subordinar la determinación de la filiación derivada de la fecundación asistida en el caso de matrimonio de mujeres a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante el centro médico, en el que se prestó el consentimiento para la realización de la técnica de reproducción asistida, y a la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo, lo que legitima el ejercicio de la acción de reclamación, reconociendo la posesión de estado en base a dicho consentimiento y a dicha voluntad, conjuntamente con otras pruebas, y teniendo en cuenta el interés de las menores y el criterio de la unidad y la estabilidad familiar de las mismas.

PALABRAS CLAVE: Doble maternidad, fecundación in vitro, reclamación de filiación matrimonial, posesión de estado, consentimiento de la cónyuge no gestante.

ABSTRACT: In the case of marriage of women and use of assisted fertilization the Supreme Court considers that it is possible the determination of the parentage arising without formal requirements, such as prior consent in the Civil Registry. The Court considers that it is sufficient to give the consent in the medical center for the assisted reproduction and the common will of conceiving a child, which legitimizes the exercise of a claim action, recognizing the apparent status based on the consent and that will, together with others evidences, and taking into account the interest of the minor and the criterion of unity and stability of the same family.

KEY WORDS: Double motherhood, in vitro fertilization, marriage filiation's claim, possession of status, non-pregnant spouse's consent.

SUMARIO: I. El matrimonio de personas del mismo sexo. Igualdad de efectos.- II. La filiación y el matrimonio de personas del mismo sexo.- III. La reclamación de la filiación matrimonial derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el matrimonio de dos mujeres.

SUPUESTO DE HECHO

Doña CSC y Doña CPH tienen una hija en común. Dicha hija fue concebida por fecundación *in vitro* por CSP, naciendo el 4 de marzo de 2005 y siendo inscrita en el Registro Civil de Santa Cruz de Tenerife como hija de doña CSC, madre soltera. El 16 de marzo de 2007 ambas partes firman el consentimiento informado para la fecundación *in vitro* de doña CSC. Con fecha 3 de agosto de 2007 ambas mujeres contrajeron matrimonio. Y el día 14 de diciembre de 2007 nacen las menores M y V, siendo inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre en el mismo orden que ésta los ostenta (CSC).

Ante dicha inscripción, la madre biológica CSC inicia ante el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de las menores practicadas, a efectos de que se rectifique el error que según refiere existe en dichas inscripciones en cuanto al estado civil de la madre biológica que no es de soltera, sino de casada, y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos de las dos menores. Dicho expediente de rectificación de error se resolvió por auto de 5 de marzo de 2008 en el que se acuerda la rectificación parcial, únicamente respecto del estado civil de la madre, no accediendo al resto de las solicitudes interesadas. Por lo que CSC interpuso contra dicho auto recurso de apelación que fue resuelto por la DGRN de 26 de noviembre de 2008, desestimándolo íntegramente.

En junio de 2009, el matrimonio puso fin a su relación definitivamente yéndose la demandada de la vivienda en la que convivían, formulando doña Concepción demanda de divorcio (aunque este dato proporcionado en la sentencia es un poco confuso), sin haberse resuelto la filiación de las hijas nacidas de la fecundación *in vitro*.

CPH interpuso demanda de juicio declarativo de reclamación de filiación contra CSC ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Santa Cruz de Tenerife

• Josefina Alventosa del Río

Profesora Titular de Derecho civil en la Universidad de Valencia y Profesora Tutora en la UNED. Premio Extraordinario de Licenciatura, de la Fundación Cañada-Blanch y de la Fundación "Fondo para la Investigación Económica y Social". Directora del Grupo de investigación "Derechos de la personalidad y Bioética" (Universidad de Valencia). Ha coordinado y participado en diferentes proyectos y congresos nacionales e internacionales. Ha publicado diversos artículos y monografías. Asimismo, es miembro del Consejo de Redacción de diversas Revistas científicas.

suplicando al Juzgado se dictara sentencia declarando que las menores M y V son también hijas de CPH y que se rectifique la inscripción del nacimiento de dichas menores en el sentido de que aparezcan como apellidos de las mismas los de MSP y VSP, con la oportuna inscripción en el Registro civil. CSC contestó a la demanda oponiéndose a la misma. El Juzgado dictó sentencia con fecha 11 de abril de 2011, estimando la demanda interpuesta, declarando que M y V son también hijas matrimoniales de CPH, debiendo efectuarse las rectificaciones necesarias en las actas de inscripción de nacimiento del Registro Civil de Santa Cruz de Tenerife, a efectos de hacer constar que las inscritas son hijas de CPH, siendo en lo sucesivo el orden de los apellidos de las hijas el primero S y el segundo P.

Recurrida la sentencia en apelación ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, ésta dictó sentencia con fecha 24 de octubre de 2011 desestimando el recurso y confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial entendió que había prueba suficiente de la posesión de estado “de manera ininterrumpida, continuada y pública y por el tiempo suficiente”. Dicha prueba se fundamentaba en: 1) La que resultaba de los hechos sucesivos consistentes en la voluntad concorde de las litigantes de que la demandada, CSC, se sometiera de nuevo al procedimiento de reproducción asistida, de que ambas prestaron consentimiento para la práctica de dicha prueba, y de que contrajeron matrimonio. 2) La que resultaba de otras pruebas: testificales, documentales, incluso gráficas, aportadas y practicadas en el procedimiento, que eximían incluso del juego de la presunción judicial, cual era la prestación del consentimiento para la práctica de la técnica de reproducción asistida, de particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de 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. 3) La de que la propia demandada iba contra sus propios actos puesto que instó por su propia voluntad ante el Registro expediente de rectificación de error relativo a su estado civil y a la filiación de las hijas, solicitando se reconociera su estado de casada y la identificación de su cónyuge como progenitora de las mismas. A ello hay que añadir que cuando rompieron su relación, en las medidas provisionales se fijó régimen de visitas para CPH, que ésta se comportó como madre mientras duró la relación matrimonial y que se instó procedimiento de adopción de las mismas a su favor, con anuencia de la madre biológica.

Ante este pronunciamiento, CSC interpuso recurso de casación apoyándose en los siguientes motivos: 1) Infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento, citándose el art. 131 CC en lo referente a la aplicación de la figura de la posesión de estado para declarar la filiación, y vulneración de la doctrina jurisprudencial de los actos propios (SSTS 10 noviembre 2003, 28 mayo 1997 y 14

noviembre 1982. 2) Infracción de jurisprudencia reiterada del TS (SS 4 junio 2004 y 30 octubre 1995). Contra dicho recurso, CPH presento escrito de impugnación al mismo. Por su parte, el Ministerio Fiscal presentó también escrito interesando la desestimación de dicho recurso considerando que legalmente las niñas nacidas son hijas de ambas mujeres.

El TS desestimó íntegramente el recurso de casación planteado.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Señala el TS que el recurso plantea un problema de aplicación del art. 131 CC, referente a la figura de la posesión de estado para declarar la filiación, en relación con el art. 7 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y jurisprudencia sobre dicho artículo; de la doctrina de los actos propios; de los arts. 3 y 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y de los arts. 7.3, 8.1 y 8.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. El TS especifica que en el recurso se denuncian principalmente tres cosas: 1º) el fraude que se produce al reconducir la posesión de estado a la aplicación de la normativa sobre reproducción asistida y de igualdad efectiva entre hombres y mujeres; 2º) la concurrencia de los requisitos exigidos para tal figura y que pueda ser de aplicación la doctrina de los actos propios (matrimonio y rectificación registral); y 3º) la interpretación inadecuada de la Ley de Reproducción Asistida puesto que en el momento de la inseminación no estaban casadas.

En su Fundamento de Derecho Tercero estableció su doctrina respecto al caso planteado.

El TS parte de la reforma del CC en materia de matrimonio realizada por la Ley 13/2005 que modificó el art. 44 del mismo para introducir la posibilidad de celebración del matrimonio por personas del mismo sexo, equiparando de forma absoluta dichos matrimonios al matrimonio celebrado entre personas de distinto sexo, sin que la reforma resulte inconstitucional según determina la STC 198/2012, de 6 de noviembre (RTC 2012, 198).

Y señala que, sin embargo, esta Ley no reformó el régimen legal de la filiación, cuyas acciones de reclamación e impugnación de la misma estaba pensada para las parejas de distinto sexo. En este sentido, recuerda que la filiación de los hijos nacidos mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se regula en el art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (redactado por la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas), que remite a las leyes civiles, dejando a salvo las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos de la misma. Este precepto establece 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”. El TS entiende que la manifestación del consentimiento se debe realizar antes de que nazca el hijo, no en el momento de la inseminación, y que la filiación no puede quedar subordinada a un requisito formal como el consentimiento previo ante el Encargado del Registro civil.

Por tanto, en la Ley se posibilita la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación materna basada en una ficción legal (no biológica), ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza (patria potestad, guarda, alimentos, apellidos, derechos sucesorios), ordenando las relaciones entre los hijos nacidos por aplicación de estas técnicas y los padres que tuvieron la voluntad de serlo. Precizando que para el ejercicio de una acción de reclamación de filiación en estos supuestos no sea necesaria la impugnación de la ya determinada, pues no es contradictoria con la que se establece por ley.

La remisión que hace el art. 7.1 LTRHA a las leyes civiles posibilita el ejercicio de la acción que se ejercita en el caso de autos (reclamación de maternidad) al amparo del art. 131 CC sobre posesión de estado, que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, que en la práctica dicha posesión queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida ya que este consentimiento constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigante del deseo de ser progenitoras. Además, añade que el art. 8.2º de dicha Ley establece que “Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el 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”. Por lo que considera el TS que la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad.

Con respecto a la posesión del “estado de filiación” que legitima para el ejercicio de la acción del art. 131 CC, recuerda el TS que ésta se determina mediante la prueba, que ya la sentencia recurrida ha valorado, y que, según reiterada jurisprudencia, constituye una “cuestión de hecho” cuya determinación corresponde al Tribunal de instancia y, por ello, escapa de la casación (STS 10 noviembre 2003 y citadas), señalando que no se ha invocado precepto procesal alguno de prueba infringido que permita en este recurso estimar como absurda, irracional o ilógica la apreciación de la sentencia recurrida.

Por otra parte, en cuanto a los actos realizados considera que éstos son claros, evidentes y reiterados, incluso los que pretenden elevarse a la categoría de “propios”, y pueden servir como una manifestación complementaria de esta posesión de estado a partir de la acreditada relación de hecho y de derecho entre las partes. Añade que lo que se reclama es una filiación y que lo determinante es ver si se dan las condiciones necesarias para esto, pero ello no impide recordar que el art. 3 LO 3/2007 parte del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en supuestos como la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil, y que no se considera infringida dicha norma. Además existe un interés real, y este no es otro que el de las niñas, y el de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas, que es el que debe prevalecer y no el interés entre las litigantes, recordando que la STS 12 mayo 2011 (RJ 2011, 3280), señala 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 que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales”.

I. EL MATRIMONIO DE PERSONAS DEL MISMO SEXO. IGUALDAD DE EFECTOS.

El presente recurso de casación proviene de una reclamación de filiación por posesión de estado de unas menores que habían nacido por aplicación de las técnicas de reproducción asistida de pareja constituida por dos mujeres, las cuales contrajeron matrimonio posteriormente. Siendo la madre no biológica quien presenta la demanda de reclamación de la filiación por posesión de estado, a la que se opone la madre biológica, usuaria de las TRHA, estimando el Juzgado dicha demanda, y desestimándose el recurso de apelación ante la AP y el de casación ante el TS que presentó la madre biológica.

Al analizar los diversos motivos del recurso de casación presentado, el TS hace en primer lugar referencia a la Ley 13/2005, en relación a uno de los motivos que señala la recurrente al entender que se produce fraude al reconducir la posesión de estado a la aplicación de la normativa sobre reproducción asistida y sobre igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

Precisamente es esta referencia a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres a la que hace alusión la recurrente, la que determina que el TS se refiera al matrimonio de personas del mismo sexo o matrimonio igualitario.

En España, el matrimonio entre personas del mismo sexo fue admitido por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, añadiendo esta posibilidad en el segundo párrafo del art. 44 que dispone actualmente: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer

matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo". Esta modificación fue posibilitada fundamentalmente por los nuevos principios instaurados en la CE 1978, de la que se deben destacar por su incidencia en la erradicación jurídica, y en su caso social, de la discriminación de las personas LGTB, los arts. 1, 10, y especialmente 14 y 9.

En España, la discriminación jurídica de las personas LGTB se mantuvo prácticamente hasta la publicación de la CE en 1978, haciéndose más patente quizá en el ámbito del Derecho civil, y especialmente en el Derecho de familia, ya que la homosexualidad era considerada como una conducta socialmente peligrosa y ciertas manifestaciones de la misma delito de escándalo público, lo que determinaba que las personas LGTB quedaran excluidas de algunas relaciones familiares básicas, como la relación conyugal o la adopción [Alventosa del Río, J. *Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español*. Madrid (2008): Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales].

En la sociedad española la existencia de parejas homosexuales era una realidad. Pero una realidad no reconocida socialmente ni protegida jurídicamente. Por ello, desde la despenalización de la homosexualidad y el progresivo reconocimiento de sus derechos como personas y ciudadanos del Estado español, dichas parejas fueron reclamando el reconocimiento jurídico de su unión, bien como matrimonio bien como unión estable, presentando sus reivindicaciones tanto ante el poder legislativo como ante el judicial.

La reivindicación de las parejas del mismo sexo de acceder al matrimonio no es tan reciente, remontándose a 1988 la primera solicitud de celebración de matrimonio por pareja homosexual, que fue rechazada por la DGRN, rechazo confirmado por el ATC 222/1994, de 11 de julio [vid. De Verda y Beamonde, J.R. "Principio de libre desarrollo de la personalidad y *ius connubii*. (A propósito del ATC 222/1994)". *Revista de Derecho Privado* (1998), 720 ss.].

Dado que durante este periodo de tiempo no existía cobertura jurídica para las parejas extramatrimoniales ni del mismo ni de distinto sexo, los conflictos que se suscitaban en el seno de las mismas debían resolverse en el ámbito de nuestros Tribunales. Las pretensiones que se plantearon ante éstos se referían concretamente, entre otras, al reconocimiento de dicha unión, a la resolución de cuestiones planteadas en el seno de la propia pareja, tanto de carácter personal como patrimonial, y a la concesión de determinadas prestaciones sociales. La posición de la jurisprudencia sobre los distintos aspectos planteados por las parejas del mismo sexo no fue homogénea [Pérez Cánovas, N. "La Crisis del Estado Heterosexual: Del Derecho a la Vida Privada al Derecho a la Vida Familiar de las Parejas Homosexuales". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (2001). 4, 73-77]. En unos casos,

nuestros Tribunales denegaron ciertos derechos a las parejas del mismo sexo, en base, principalmente, a la inexistencia de vínculo matrimonial; y en otros, procedieron al reconocimiento de algunos derechos, sobre todo en aquellas Comunidades Autónomas donde ya se había publicado una regulación sobre las parejas de hecho.

Durante la década de los noventa, y paralelamente a lo acontecido anteriormente, se inició un proceso de reivindicación de regularización de las parejas de hecho en nuestro país. A partir de este momento, se comenzó a presentar en las Cortes Generales proposiciones de ley para regular las uniones de hecho, ninguna de las cuales llegó a ser aprobada. En este estado de cosas, fueron las Comunidades Autónomas a partir de 1998 quienes empezaron a legislar sobre las parejas de hecho, dotándolas de un régimen jurídico específico. En casi todas estas leyes autonómicas se realiza una regulación más o menos detallada de la situación y los derechos que corresponden a los convivientes, mientras que en otras tan sólo se da reconocimiento jurídico a tales uniones, desarrollando cuestiones meramente registrales, sin dotar de contenido sustantivo a la unión. Pero el valor que tiene dicha legislación, por el tema que nos ocupa, es que se dota de reconocimiento jurídico a las uniones de parejas del mismo sexo, aunque las leyes de pareja no equiparan el régimen jurídico establecido en ellas al régimen jurídico de las parejas matrimoniales, ni aún cuando tales parejas sean heterosexuales.

Por lo que tales parejas siguieron reivindicando el reconocimiento del matrimonio para las mismas hasta que se publicó la citada Ley 13/2005 en la que se admitió dicha posibilidad, norma que fue impugnada por considerarse inconstitucional ante el TC, y cuyo recurso fue resuelto en la S. 198/2012, de 6 de noviembre (RTC 2012, 198), que declaró la plena constitucionalidad de la misma, concluyendo, entre otras cosas, que la Ley 13/2005, dentro del amplio margen concedido por el art. 32 CE, desarrolla la institución del matrimonio conforme a nuestra cultura jurídica, en donde se constata una amplia aceptación de dicho matrimonio, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española.

Al analizar la Ley 13/2005, se observa que su contenido alcanzó al régimen jurídico relativo a la relación conyugal, en sus aspectos personales y patrimoniales, a las relaciones paterno-filiales y a la relación de filiación, aunque mínimamente en este caso [Alventosa del Río, J. "La Ley 13/2005, de reforma del matrimonio en el Código civil: génesis y contenido de la Ley", en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ (2005). 26, 105-194]. Todos los preceptos modificados por esta Ley tienen muy diverso alcance, pues mientras la modificación de ciertos artículos supuso un cambio sustancial en el contenido de las instituciones que se reformaron, otros no fueron más que cambios en la terminología utilizada, que dejaron intocado el fondo de su regulación, pero ampliando su ámbito de aplicación a otros sujetos distintos de los destinatarios iniciales de las normas.

La reforma sustancial se produjo en el citado art. 44, al que se añadió el párrafo segundo admitiendo la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Todos los demás preceptos que se modificaron, y que se refieren tanto a los efectos personales (arts. 66 y 67) como a los efectos patrimoniales (arts. 1323, 1344, 1348, 1351, 1361, 1404, 1458) del matrimonio, son meras correcciones terminológicas que no alteran el contenido de su regulación, sustituyéndose las expresiones “marido y mujer” por el término genérico de “cónyuges” o “consortes” para no distinguir el sexo de las personas componentes del matrimonio, como consecuencia de lo dispuesto en el art. 44.2º, con lo que se subraya que el régimen jurídico derivado de la relación conyugal, tanto a efectos personales como patrimoniales, debe adecuarse a la reforma de fondo establecida en aquel precepto, y, por lo tanto, tal régimen debe aplicarse a todos los cónyuges, con independencia de la orientación sexual de los integrantes de la pareja

En su virtud, la Disposición Adicional primera estableció que “Las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes”. Es ésta una fórmula general para establecer en todos los órdenes jurídicos la equiparación del matrimonio de personas del mismo sexo al matrimonio de personas de distinto sexo con el fin de aplicarles los mismos efectos jurídicos.

En el ámbito de las relaciones paterno-filiales, la Ley reformó tres preceptos: arts. 154, 160 y 164.2º CC. Mas esta modificación no cambia el contenido de los mismos; se trata de una corrección terminológica que sustituye las expresiones “padres” o “padre y madre” por el término más genérico “progenitores”, para adaptar, si es su caso, el régimen de la patria potestad a las parejas del mismo sexo, cuyo contenido queda intocado.

Es por todo ello que la STS que se analiza hace referencia a la Ley 13/2005 y a la STC 198/2012, de 6 de noviembre (RTC 2012, 198), en su Fundamento Tercero, apartado 1, para reforzar la idea de la legalidad del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo y su validez en nuestro ámbito jurídico, y para subrayar la igualdad y la equiparación que se establece con el matrimonio de personas de distinto sexo y que ambos matrimonios producen los mismos efectos jurídicos.

II. LA FILIACIÓN Y EL MATRIMONIO DE PERSONAS DEL MISMO SEXO.

La Ley 13/2005 no prestó especial atención a la regulación de las relaciones de filiación después de esta reforma sustancial, dejando intocado el régimen de la filiación en el CC (arts. 108 ss.), en el que se hace referencia a la filiación por naturaleza, matrimonial y extramatrimonial, y a la filiación adoptiva, y que está pensado únicamente para la filiación derivada de parejas heterosexuales; en él no existe ninguna referencia a la filiación de los hijos de parejas del mismo sexo ni a la

filiación derivada de las TRHA. Pero hay que tener en cuenta que la ley posibilita la existencia de parejas formadas por dos hombres o por dos mujeres, existiendo la posibilidad de que los miembros de estas parejas ya tuvieran hijos o que las nuevas parejas formadas desearan tener hijos. El vacío legal respecto a la atribución de la filiación en esta materia es enorme, dándose en la realidad social muy diversos supuestos que no encuentran cobertura jurídica alguna.

En el ámbito de las relaciones de filiación, parece que en el matrimonio de personas del mismo sexo no cabe la filiación biológica común. De hecho, en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 se señalaba que no se hacía ninguna modificación respecto a las presunciones de paternidad establecidas en el CC, dejando inalterada “la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales”.

No obstante, los miembros de parejas formadas por personas del mismo sexo pueden previamente a la formación de dichas parejas haber tenido hijos biológicos bien por generación biológica con persona de distinto sexo bien por aplicación de las técnicas de reproducción asistida. En el primer caso, si la filiación está determinada con respecto al otro progenitor, no cabe la atribución de la misma a la nueva pareja (sin embargo, resulta curiosa la SAP Sevilla 14 junio 1999, sobre constitución de tutela de una menor de once años, cuya madre había fallecido, teniendo la custodia de la misma el padre, quien mantenía una relación de pareja estable con otro hombre, en la que se concedió la custodia a la pareja del padre al fallecer éste frente a los abuelos maternos que la reclamaban para ellos). En el segundo caso, parece que la nueva pareja podría adoptar al hijo de su pareja.

Así pues, las cuestiones sobre filiación común de parejas de hecho o matrimoniales de personas del mismo sexo se pueden plantear en el ámbito de la filiación legal, tanto adoptiva como derivada de las técnicas de la reproducción asistida (TRHA).

En relación a la filiación adoptiva, la Ley 13/2005 únicamente reformó los arts. 175 y 178 CC, permitiendo la adopción por matrimonios del mismo sexo, lo que provocó una importante polémica en la doctrina científica. Aunque hay que tener en cuenta que también se reconoce el derecho de adopción conjunta a parejas de hecho del mismo sexo en las Comunidades Autónomas. Así, en la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables (art. 8); en la Ley 2/2003, de 7 de mayo, del País Vasco, reguladora de las parejas de hecho (art. 8); en la Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, de la Comunidad Autónoma de Aragón; en la Ley 1/2005, de 16 mayo, de Cantabria, y en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, entre otras

[vid. Hualde Sánchez, J]. "La adopción por parejas del mismo sexo", en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ (2005). 26, 271-316; Moliner Navarro, R. M^a. "La Ley navarra de parejas estables no casadas", en AA.VV. *Curso de Derecho civil Valenciano*. Valencia (2001), 325-369; De Verda y Beamonte, J. R. "Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)". *Diario La Ley* (2005). 6161, 1-10; Gilbaja Cabrero, E. "Orientación sexual y filiación: especial referencia a la adopción". *Revista general de derecho constitucional* (2013). 17, 14].

En este ámbito, pueden darse varios supuestos. Por un lado, que ambos cónyuges adopten conjuntamente a un menor en virtud del art. 175.1 CC. Por otro lado, que uno de los componentes de la pareja haya tenido un hijo biológico de anterior relación, cuya filiación respecto al otro progenitor no esté determinada, en cuyo caso, por aplicación del art. 178.2.1º CC, el otro cónyuge podría adoptar al hijo biológico de su pareja. Por último, que uno de los componentes de la pareja haya tenido un hijo biológico por aplicación de las TRHA, en cuyo caso el otro cónyuge puede adoptar a este hijo biológico por aplicación del mismo precepto.

Este último caso es una de las situaciones recogidas en la sentencia que se comenta. La recurrente tuvo una hija por aplicación de las TRHA, nacida el 4 de marzo de 2005, siendo inscrita en el Registro civil como hija de madre soltera, la usuaria de dichas técnica (CSC), contrayendo matrimonio ésta con CPH el 3 de agosto de 2007, y produciéndose la adopción de dicha menor por la otra cónyuge el 25 de abril de 2008, una vez ya casadas. Esta filiación adoptiva no se impugna por la recurrente. Sin embargo, el TS la tiene en cuenta como un dato más para apreciar la posterior filiación por posesión de estado (FD 3.6.2º).

Por su parte, la filiación derivada de la aplicación de las TRHA se regula en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida en los arts. 7 y ss., haciendo una remisión explícita a la regulación de la misma en el CC. Con esta remisión parece que se puedan solucionar todas las cuestiones relativas a la determinación de la filiación que se deriven de la aplicación de las TRHA. Ello es incierto pues se han planteado muchos conflictos ante nuestros tribunales precisamente porque los supuestos que se producen en la realidad social no encuentran acomodo en la regulación del CC, y la LTRHA resulta absolutamente insuficiente para responder a los conflictos derivados de los casos de filiación producidos mediante estas técnicas.

En relación a la filiación derivada de las TRHA, el supuesto de pareja, matrimonial o extramatrimonial, compuesta por dos mujeres, en el que una de ellas da a luz un hijo concebido por aplicación de las técnicas de reproducción asistida, no se contempló ni en la antigua Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de

Reproducción Asistida (en donde ni siquiera se hacía referencia a la orientación sexual de las usuarias), ni en la Ley 13/2005, ni tampoco en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, dándose lugar a conflictos en la realidad social que a la postre tuvieron que ser resueltos por nuestros tribunales [vid. Zurita Martín, I. "Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres". *Diario La Ley* (2006). 6427, BIB 2006, 251]. Por el contrario, en el art. 6.3 de esta última sí que se contempla la aplicación de las técnicas de reproducción asistida a pareja matrimonial heterosexual, señalando que "Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal". Aunque el art. 6.1.2º establece que "La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual". De manera que entre 2005 y 2007 existió un vacío legal respecto a la filiación de los hijos nacidos por aplicación de dichas técnicas de mujer casada con otra mujer, cuyos casos de conflicto fueron resueltos por nuestros Tribunales.

Por ello, en la Ley 3/2007, de 15 marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en su Disposición Adicional primera, se adicionó un apartado 3 al art. 7 de la Ley 14/2006, en la que se establece 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 conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido". Por lo que este precepto permite la atribución de la filiación del hijo nacido de una mujer por aplicación de dichas técnicas a su cónyuge, también mujer [vid. Díaz Martínez, A. "La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida". *Revista de Derecho Privado y Constitución*, (2007). 21, 75-129].

Esta posibilidad ha provocado posturas encontradas en la doctrina científica, pues mientras unos consideran que es un precepto que aporta una solución a los problemas que planteaba la filiación derivada de la aplicación de las TRHA en parejas de mujeres casadas, otros consideran que se vulnera el principio de verdad biológica, entre otras cosas [así, De la Iglesia Monje, M.I. "Novedades en torno a la filiación, el consentimiento y la reproducción asistida en el matrimonio de parejas homosexuales femeninas", en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Cizur Menor (2008): Civitas. 471 ss.; Nanclares Valle, J. "Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza". *AC* (2008). 7-8, 15 ss.; González Pérez de Castro, M. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid (2013): Dykinson, 295, considera inconstitucional este precepto por contravenir los arts. 9.3, 10.1, 14 y

39 CE, dado que afecta al principio de la verdad biológica, la dignidad del que va a nacer y discrimina al hijo al atribuirle una filiación imposible en términos biológicos; al mismo tiempo pone de relieve las muchas cuestiones no resueltas que se derivan de la redacción del precepto, 298-305).

Ante ello, hay que tener en cuenta, como se ha indicado anteriormente, que la existencia de parejas de mujeres (sobre todo, extramatrimoniales, dada la imposibilidad de acceder al matrimonio hasta 2005) que convivían con hijos biológicos de una de ellas, bien por generación de varón o por aplicación de la TRHA (que se permiten a la mujer soltera), o con hijos adoptados por alguna de ellas, formando un núcleo familiar, basado en una *affectio* y en una convivencia análoga a la matrimonial, era una realidad, que carecía de cobertura jurídica (salvo la proporcionada progresivamente desde 1998 a las parejas de hecho en las CCAA), sobre todo en relación a los menores que estaban integrados en dicha convivencia, a quienes se atribuían todos los derechos de atención, alimentos y sucesorios en relación a su madre biológica y ninguno respecto a la *madre* conviviente. Así pues, la desprotección jurídica no afectaba sólo a las mujeres convivientes, sino a los menores que se encontraban en el seno de esta convivencia. Y cuyos problemas se han ido planteando ante nuestros tribunales, que han ido resolviéndolos aplicando normas de nuestro ordenamiento que en realidad no contemplaban esta situación.

A la vista de estos hechos, el legislador ha intentado encauzar jurídicamente con este precepto esta situación, con mayor o menor acierto, como una manifestación más de la equiparación de los efectos derivados del matrimonio tanto a parejas del mismo como de distinto sexo, lo que recoge explícitamente la STS comentada (FD 3.6.2°).

Y señala el TS que con esta disposición se posibilita "la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: 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" (FD 3.3).

Ahora bien, a pesar de la intención del legislador de procurar los mismos efectos al matrimonio de parejas del mismo como de distinto sexo, el tratamiento que se realiza en la LTRHA en relación a la filiación de los hijos nacidos por aplicación de estas técnicas no es el mismo. Pues para que se atribuya la filiación del hijo habido por la mujer gestante a la cónyuge de la misma se requiere según el art. 7.3 de la Ley que exista matrimonio entre ambas, sin que medie separación legal o de hecho, y que la cónyuge no gestante dé su consentimiento ante el Encargado del Registro civil del domicilio conyugal antes de que nazca el hijo; no siendo necesario para la atribución de tal filiación su consentimiento para que se realice la fecundación *in vitro*. Por el contrario, para la atribución de la filiación matrimonial al marido, sea la fecundación homóloga o heteróloga, sólo se requiere el consentimiento del marido

antes de la utilización de las técnicas de reproducción asistida, con los requisitos de expresión libre, consciente y formal (art. 6.3).

Como se observa, en caso de matrimonio de dos mujeres se exige el consentimiento de la mujer no gestante antes de que nazca el hijo ante el Encargado del Registro civil, pero no se hace ninguna referencia al consentimiento para la utilización de las técnicas de reproducción asistida (aunque señala la doctrina que en la práctica registral sí se requiere que la madre no gestante haya prestado su consentimiento en el centro médico donde se vaya a realizar tal práctica; así, Tomás Martínez, G. "El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil". *Actualidad Civil* (2010). 748 ss., señalando además que el consentimiento ante el Encargado del Registro civil plantea diversas cuestiones no resueltas: competencia del Juez, domicilio del Registro, valor del consentimiento ante el centro médico, consentimiento prestado con posterioridad al nacimiento, entre otras; diversamente, Gonzáles Pérez de Castro, M. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, cit., 301, estima que tal consentimiento carece de importancia puesto que al no existir la preceptiva declaración ante el Encargado del RC no se determina la filiación; por el contrario, en caso de matrimonio heterosexual se exige sólo el consentimiento para la utilización de dichas técnicas, ningún otro requisito formal.

Es evidente que existe una mayor exigencia formal para las parejas formadas por dos mujeres que para las parejas heterosexuales.

Entiende la doctrina que el motivo de tal diferencia reside en que el consentimiento que presta el marido cumple la función de evitar la aplicación de las presunciones de paternidad, impidiendo que pueda impugnar *a posteriori* dicha paternidad [Callejo Rodríguez, C. "La llamada doble maternidad por 'naturaleza': la prevalencia de la voluntad de ser progenitora". *Diario La Ley* (2014). 8240, 3; Díaz Martínez, A. "La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción asistida", cit., 81, quien estima que actualmente quizá haya de revisarse el alcance de la presunción de paternidad del art. 116 CC; Tomás Martínez, G. "El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil", cit., 753].

Sin embargo, no parece que este motivo pueda fundamentar esta diferencia que conlleva consecuencias importantes a la hora de determinar la filiación, pues en el ámbito de la reproducción asistida, en donde el otro cónyuge puede no ser el progenitor; como sucede en el caso de la fecundación heteróloga (en parejas heterosexuales y en parejas de dos mujeres), el consentimiento cumple la función de reconocer una filiación que no responde a la realidad biológica. Y que, por tanto, se funda en la voluntad de los cónyuges no progenitores (tanto del varón como de la mujer no gestante) de querer la paternidad o la maternidad no biológica,

de manera similar a lo que sucede en la filiación adoptiva (Tomás Martínez, G. “El consentimiento”, cit., 753). Por lo que parece que, en virtud de la igualdad en los efectos derivados del matrimonio igualitario, el legislador debería haber impuesto los mismos requisitos para ambos matrimonios.

Esta opción es la que se recoge en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, en la que se requieren para atribuir la filiación de los hijos habidos por fecundación asistida, el consentimiento expreso del cónyuge, en parejas matrimoniales, o del hombre o de la mujer, en parejas no matrimoniales, formalizado ante un centro autorizado o en documento público, sin que se haga referencia al momento en que se debe realizar tal consentimiento (arts. 235, apartados 8 y 13 respectivamente). Por lo que en Cataluña se han equiparado los requisitos para atribuir la filiación tanto en parejas matrimoniales como no matrimoniales del mismo o distinto sexo.

En la sentencia que se comenta se trata de una pareja de dos mujeres, una de las cuales da su consentimiento en el centro médico para que se apliquen a su pareja las técnicas de reproducción asistida, antes de contraer matrimonio, y que contraen matrimonio antes de que se produzca el nacimiento de las hijas, sin que luego la mujer no gestante dé su consentimiento ante el Encargado del Registro civil antes de dicho nacimiento. Por lo que, por aplicación del art. 7.3 de la LTRHA, no se le puede atribuir la filiación de las mismas. Resolución que hubiera sido distinta si se hubiera dado valor al consentimiento dado para la aplicación de las TRHA en el centro médico, como así sucede en la aplicación de dichas técnicas en el caso de matrimonios heterosexuales.

III. LA RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL DERIVADA DE LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL MATRIMONIO DE DOS MUJERES.

Para la atribución de la filiación de los hijos habidos por fecundación *in vitro* en el caso de matrimonio de dos mujeres sólo cabe, como se ha visto, que, según el citado art. 7.3 LTRHA, la manifestación ante el Encargado del Registro civil del domicilio conyugal de que la cónyuge no gestante consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido. De tal manera que si falta ese requisito no se podrá realizar tal atribución.

Por su parte, el art. 7.1 (que trata de la filiación de los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida) establece que “La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”. Concretamente, el art. 8, se refiere a la prohibición de la impugnación de la filiación matrimonial de los nacidos como consecuencia de la fecundación, al documento de consentimiento de

la fecundación y a la revelación de la identidad del donante, y el art. 9, al supuesto de fecundación en caso premoriencia del marido.

Esta remisión del art. 7 a la legislación civil implica que se deben aplicar las normas de determinación de la filiación matrimonial o extramatrimonial, según los casos (arts. 115 ss. y 120 ss. CC respectivamente). En el caso de filiación matrimonial, el art. 115 CC establece que “La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente: 1º) Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres. 2º) Por sentencia firme”. Sin embargo, en el supuesto presente las menores nacidas son inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre biológica en el mismo orden que ésta los ostenta, por lo que ella misma inicia ante el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de las menores practicadas, a efectos de que se rectifique dicho error pues el estado civil de la madre biológica no es de soltera, sino de casada, y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos de las dos menores. Solicitud que le es denegada parcialmente en cuanto a la filiación de las hijas tanto en la resolución del Expediente como en el recurso de apelación ante la DGRN por Auto de 26 noviembre de 2008, porque, según se desprende de la resolución desestimatoria del recurso formulado, la Dirección General estima que no ha habido error sino que la inscripción se produjo de acuerdo con la manifestación de la declarante. Lo que se recoge en la SAP de Santa Cruz de Tenerife, que señala, además, que para paliar estos errores cabría haber acudido a la vía judicial ordinaria (FD 5). En el caso que se comenta, pues, la determinación de la filiación por la primera vía del art. 115 no es posible, dado que falta el requisito exigido en el art. 7.3 LTRHA. Tampoco cabía en este caso aplicar el art. 119 CC que señala que “La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme a lo dispuesto en la sección siguiente”, puesto que ni la LTRHA ni el CC contemplan la atribución de la filiación de los hijos habidos por fecundación asistida en parejas de hecho de dos mujeres. Por lo que a la madre no gestante sólo le quedaba un recurso: el ejercicio de una demanda de reclamación de maternidad matrimonial.

Esto es lo que hizo en base al art. 131 CC, que establece: “Cualquier persona con interés legítimo 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”. En este caso no existía filiación legalmente determinada que contradecir; tan sólo la filiación determinada legalmente respecto de la madre biológica.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la AP, y posteriormente el TS, admitieron dicha demanda y reconocieron la filiación demandada.

Y para apreciar la existencia de posesión de estado fue fundamental el consentimiento dado por la cónyuge no gestante.

El TS señala que la determinación de la filiación en supuestos de fecundación *in vitro* de mujer casada con otra exige su consentimiento antes de que nazca el hijo, “con lo que se garantiza la igualdad entre matrimonios heterosexuales y homosexuales para cuya efectividad se exige que la manifestación se haga antes de que nazca el hijo, no en el momento de la inseminación, pues nada se dice ni se infiere del precepto, y es, además, la interpretación más acorde no solo con el hecho de que la inseminación no determina necesariamente el posterior embarazo y nacimiento del hijo de uno de los cónyuges, sino con el artículo 39 CE, que reconoce la protección integral de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación”. Aunque el TS considere que con esta fórmula se establezca la igualdad entre matrimonios heterosexuales y homosexuales, ya se ha señalado que el establecimiento de requisitos diferentes para la atribución de la filiación de hijos nacidos por aplicación de técnicas de reproducción asistida en parejas del mismo y distinto sexo introduce una desigualdad entre ellas, que vulnera la efectiva igualdad perseguida por la Ley 13/2005.

A continuación, sin embargo, el TS afirma que la determinación de la filiación derivada de la fecundación asistida en el caso de matrimonio de mujeres “no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro Civil y no ante la clínica, en el que se prestó, 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” (FD 3.2). Señala que el art. 7 LTRHA posibilita el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación, al amparo del art. 131 CC sobre la base de la posesión de estado “que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque ‘constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras’, hasta el punto, dice la sentencia recurrida, que ‘dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditado como de ordinario se exige’ (...)” (FD 3.5). Refiriéndose, además, al art. 8.2 LTRHA, relativo a la determinación de la filiación no matrimonial en caso de fecundación heteróloga en una pareja de hecho heterosexual, que dispone que “se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el art. 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”, que reforzaría la voluntad de ser madre de

la cónyuge no gestante, que da su consentimiento en el centro médico antes de contraer matrimonio (FD 3.5).

A esta formulación del TS se ha realizado una doble crítica. Por un lado se ha estimado que se trata de una interpretación cuestionable, pues el TS atribuye al consentimiento prestado en el centro médico una trascendencia de la que carece en el ámbito de la regulación de la LTRHA, situándose en la línea de la regulación sobre la doble maternidad “por naturaleza” del CC de Cataluña. Por otro lado, se ha señalado que el TS realiza una interpretación amplia de la normativa y entiende que la existencia de consentimiento de la pareja no casada para llevar a cabo la fecundación artificial de una de las mujeres permite otorgar la filiación jurídica del caso enjuiciado, en que se ha ejercitado una acción de reclamación de la maternidad por posesión de estado, atribuyendo mayor valor al consentimiento en cuanto expresión de la voluntad de madre y de su pareja de querer asumir los papeles de progenitoras, que a la propia posesión de estado, como fundamento de la acción de reclamación de la filiación matrimonial, una interpretación tan amplia que supera la previsión legal del citado art. 7.3, y que, por tanto, el carácter absolutamente excepcional que tiene la llamada doble maternidad “por naturaleza” regulada en el art. 7.3 LTRHA debería haber llevado a nuestros tribunales a realizar una interpretación restrictiva del supuesto en él contemplado, de manera que sólo fuese admitido cuando se diesen los requisitos tasados que él establece (Callejo Rodríguez, C. “La llamada doble maternidad por ‘naturaleza’: la prevalencia de la voluntad de ser progenitora”, cit., 4-5 y 9).

En cuanto al valor del consentimiento ante el centro médico que otorga la cónyuge no gestante, estimo que el TS no tiene la intención de sustituir dicho consentimiento por la manifestación que debe realizar dicha cónyuge ante el Encargado del Registro Civil que exige el art. 7.3. Sin embargo, el TS considera dicho consentimiento como una prueba más, pero especialmente cualificada, en la atribución de la filiación por reclamación de la misma por posesión de estado, que valora junto a las demás pruebas aportadas. En este sentido señala dicho tribunal que “la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad” (FD 3.5).

El TS entiende que en este caso concurren los presupuestos para ejercitar la acción del art. 131, tal como afirmó la AP, y considera que existen pruebas suficientes de la posesión de estado, que se ejerce “de manera ininterrumpida, continuada y pública y por el tiempo suficiente”, tales como la acreditada relación de hecho y de derecho, pruebas testificales, documentales, incluso gráficas, aportadas y admitidas en el procedimiento. Entre dichas pruebas incluye la adopción de una hija nacida por fecundación *in vitro* con carácter previo al matrimonio, el matrimonio de la madre gestante y de su pareja no gestante, en el seno del cual nacieron las

dos hijas concebidas también por fecundación *in vitro*, aunque concluyera con el posterior divorcio. A ello añade los actos propios de la madre gestante relativos a la interposición del expediente de rectificación del Registro Civil para que se incluyera a su cónyuge como tal y como madre de las dos niñas nacidas, las pruebas testificales de que las dos mujeres se comportaban como madres y las actividades judiciales llevadas a cabo por la mujer no gestante con la finalidad de mantener contacto con las menores. De entre todas ellas, el mismo TS señala que hay una que incluso exime del juego de la presunción judicial, y por tanto, a la que concede mayor valor, que es el consentimiento para la práctica de la técnica de reproducción asistida “de particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de 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” (FD 3.5). Por otra parte, el TS considera que la posesión de estado “(...) constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida”. Y los actos probados son claros, evidentes y reiterados y sirven como “manifestación complementaria de esta posesión de estado a partir de una acreditada relación de hecho y de derecho entre las partes” (FD 3.6). El TS otorga, pues, una significación muy especial a la voluntad de las dos mujeres de ser madres, en particular, a la voluntad de la mujer no gestante, hasta el punto de que dicha voluntad es determinante de la legitimación del ejercicio de la acción de reclamación de la filiación. Sin embargo, un sector de la doctrina estima que hay que tener en cuenta que ese valor que se da al principio de autonomía de la persona en el ámbito de la reproducción asistida puede dar lugar a abundantes contradicciones y deja sin resolver los complejos problemas que suscita el desarrollo tecnológico en genética humana, cuya regulación y aplicación debe desarrollarse con pleno respeto a la dignidad e identidad humana y a los derechos inherentes a la persona [así, Vidal Martínez, J. “Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y Otros contra Austria. TEDH 2010/56 de 1 de abril, en materia de reproducción asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo”. *Revista de Derecho y Genoma Humano* (2011). 34, 188-195].

Esa voluntad de ser madres conjuntamente la une el TS al interés de las menores y el de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas (FD 3.6).

Y estima que los intereses de la pareja deben deslindarse de los intereses de las menores (FD 3.6).

El TS ha realizado una interpretación de las normas interrelacionadas en este caso acorde con el principio de igualdad entre hombres y mujeres, recogido en la LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuyo

art. 3 se establece que “El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil”, lo que expresamente recoge en su sentencia, aplicando dicho principio al supuesto de filiación por aplicación de la fecundación *in vitro*, en el matrimonio de mujeres, sin vulnerar el requisito formal exigido por la LTRHA, pues el valor que se da al consentimiento en el centro médico se aplica en sede de reclamación judicial de filiación matrimonial por posesión de estado, conjuntamente con la valoración de otras pruebas, aunque haciendo especial hincapié en el mismo puesto que supone una manifestación expresa de la voluntad de asumir dicha filiación.

Por otra parte, el TS tiene en cuenta al reconocer esa filiación matrimonial el interés de las menores. Como es sabido, los hijos tienen el derecho a recibir atención de sus padres en sentido amplio (que según el art. 154 CC, son velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, y representarlos y administrar sus bienes), el derecho a alimentos (arts. 142 CC ss.) y derechos sucesorios (arts. 108.2, 806 ss. y 930 ss. CC). La existencia de familias homoparentales es una realidad en España desde hace tiempo, y al no tener reconocimiento jurídico, existían derechos que no les eran reconocidos a los hijos de las mujeres no gestantes respecto de las mismas en cuanto no tenían atribuida dicha filiación, y sólo por la vía de pactos privados cabía subsanar esta situación. Aún cuando hoy dichas familias tienen cobertura jurídica se les plantean algunas necesidades todavía no cubiertas y ciertas dificultades jurídicas no superadas [vid. Agustín Ruiz, S. *Familias homoparentales en España: integración social, necesidades y derechos*. Madrid (2013): Universidad Autónoma de Madrid]. Esta ha sido, por otra parte, la posición de la jurisprudencia de nuestros Tribunales, reseñada en particular en la STS 12 mayo 2011 (RJ 2011, 3280), que cita otras sentencias anteriores [SSTS 31 julio 2009 (RJ 2009, 4581) y 11 febrero 2011 (RJ 2011, 2311)], y que en el caso de una pareja de hecho de dos mujeres, reconoció el derecho de la mujer no gestante a relacionarse con el hijo nacido por aplicación de las TRHA, cuando se produjo la ruptura de la pareja, aún cuando faltaba la relación biológica y la relación jurídica, considerando que no se trataba de un derecho de la mujer, sino de un derecho del menor a relacionarse con las personas con las que mantiene una relación afectiva. Postura que también mantiene el TEDH (*ad exemplum* S. 28 septiembre 2007, caso Wagner y J. M.W. L. vs Luxemburgo, citada por la STS 2011) [vid. Paniza Fullana, A. “Doble maternidad de hecho y su problemática. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011”. *Aranzadi Civil-Mercantil* (2011). 7/2011, BIB 2011, 1597].

EITS no refuta la resolución de la DGRN en cuanto considera que tal resolución se ha dictado conforme a ley. Sin embargo, indirectamente cuestiona la validez del

requisito formal exigido por el art. 7.3 en relación a la fecundación *in vitro* en parejas casadas de dos mujeres en tanto en cuanto introduce una desigualdad de requisitos en relación al matrimonio heterosexual, que ya se había puesto de relieve por parte de la doctrina científica, dotando de mayor valor al consentimiento de la mujer no gestante a la aplicación de las TRHA en cuanto supone una declaración voluntaria y expresa de asumir la filiación derivada de las mismas.

Para concluir, a la vista de todos los datos anteriores, y como ya se ha manifestado por algunos autores, cabe señalar que el régimen de determinación de la filiación de los hijos nacidos por la aplicación de las técnicas de reproducción asistida es muy parco, dejando muchas situaciones sin regular. A ello debe añadirse que en la actualidad el régimen jurídico en materia de determinación de dicha filiación respecto al matrimonio de dos mujeres es fragmentario, insuficiente e incluso, en algunos casos, contradictorio. Por lo que, como ya preconizaban algunos autores [así, Díaz Martínez. A. "La doble maternidad legal", cit., 99-106; Barber Cárcamo, R. "Nuevos retos ante el derecho español de filiación". *Revista de Derecho privado* (2009). 3-47], la legislación sobre la materia debería revisarse contemplando los muy diversos supuestos que se producen en la realidad social y que se han planteado ante nuestros tribunales.