

Reclamación de maternidad y la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida

Comentario a la STS de 27 de enero de 2022

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

El comentario se centra en el recurso de casación por infracción de ley, por denuncia de «ilógica, errónea y patente valoración de la prueba», pues se cuestiona la prueba de la posesión de estado de hijo extramatrimonial por falta de la debida continuidad. El supuesto estudia la demanda interpuesta por una mujer contra su pareja –también mujer– para que se le reconozca la posesión de estado respecto del hijo de la demandada, con la consecuencia registral de la inscripción de la filiación a su nombre. Al invocarse los motivos de casación, se consideran vulnerados los principios del interés del menor y el de igualdad. El interés, porque se ve afectada la paz social y la seguridad jurídica; el otro, porque

pese a no existir una contribución continuada y presencia en los actos decisivos del menor, se estima la acción de filiación por posesión de estado, cuando en las recientes sentencias del TS, pero referentes a acción de filiación de padres biológicos, no se estima la acción si no se dan dichos requisitos, habiéndose limitado la acción de la aleación sin posesión de estado, según art. 133 del CC, al plazo del año. Por ello se invoca el trato desigual «según sean ejercidas las acciones de filiación por madres o padres». Un asunto de interés, pues se invoca la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de reclamación de filiaciones de esta naturaleza. Además, el principio del interés del menor se va a fundar en la inexistencia de relaciones personales o patrimoniales constantes y duraderas en el tiempo, conviniéndose que no siempre ese interés conlleva reconocer la filiación que se desea cuando falta el *tractatus* a lo largo del tiempo –luego se explicará este concepto cuando se analice la posesión de estado–.

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <<http://civil-mercantil.com>> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de marzo de 2022).

Téngase en cuenta, además, que cabe recurso de casación por infracción de ley en los casos de posesión de estado, al poder determinarse por la valoración fáctica de unos hechos, pudiendo entenderse que se han valorado mal e inaplicado correctamente la norma que los regula (art. 133 CC: «La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponderá al hijo durante toda su vida. Igualmente podrán ejercitar la presente acción de filiación los progenitores en el plazo de un año contado desde que hubieran tenido conocimiento de los hechos en que hayan de basar su reclamación»).

Tanto el juzgado de primera instancia, como después la audiencia, estimaron la demanda de reclamación extramatrimonial, y es ahora el Tribunal Supremo quien debe decidir sobre la confirmación de los argumentos favorables, o sobre los contrarios. Pero, antes, vamos a aclarar qué debe entenderse por posesión de estado y por filiación extramatrimonial a estos efectos. Porque se ha adelantado que la casación tiene mucho que ver con la incorrecta valoración fáctica de los elementos de referencia de la posesión.

Sin duda, seguimos a la jurisprudencia uniforme sobre esta materia: es posesión de estado, o son criterios para apreciarla, «una *quaestio iuris*», o valorar si los hechos alegados acreditan dicha posesión durante el tiempo. La amplia legitimación para reclamar una filiación de esta naturaleza por constante posesión de estado requiere «la presencia de hechos concretos que integren los diversos elementos de la posesión de estado», como, por ejemplo, los dos característicos, el *nomen* y el *tractatus*, o la fama, que confirman la apariencia de estado de filiación durante el tiempo, quizás por el ejercicio de los derechos y obligaciones propios de la condición de padre o madre. Que se te conozca, que se te identifique, que recibas el trato de hijo... por quien luego te reclama como tal. La reiteración pública de los actos y la manifestación externa de su ejercicio encadenado transmiten apariencia de filiación o conocimiento social de la misma. Es el tiempo, unido al acto, lo que identifica la posesión de estado. Aun cuando no se use el apellido del progenitor (*nomen*), se puede gozar de la posesión de estado no matrimonial por el ejercicio, por el *tractatus*. Por consiguiente, no es precisa la concurrencia de los dos requisitos, que se pueden dar en la práctica, sino la valoración de los mismos por el tiempo, el conocimiento y el uso reiterado, tanto familiar como social.

En palabras de la STS –que seguimos–:

Es decir, actos del progenitor (a los que pueden sumarse los de su familia) que den credibilidad a la situación posesoria, actos de atención y asistencia al hijo, actos que comporten el cumplimiento de la función propia de un progenitor. E, igualmente, es necesario que concurra la fama, entendida como notoriedad y reflejo de la naturaleza del fenómeno posesorio. Con independencia de que pueda ser valorada flexiblemente, si, en atención a las circunstancias concretas, incluidos los condicionantes sociales, se aprecia que no se ha querido hacer ostensible la relación de paternidad, es preciso que concurra una exteriorización constante de la relación de estado.

Así, concebida la posesión de estado, ahora procede concretar la acción para la reclamación de la filiación extramatrimonial, dado el caso de una pareja (ambas mujeres) que nos plantea la filiación extramatrimonial del hijo biológico de una de ellas por la otra. Una de las mujeres se sometió a un procedimiento de inseminación artificial sin gametos de la otra, con semen de un tercero. Queda embarazada y da a luz un hijo el día 12 de junio de 2015. En octubre de 2015 la mujer que da a luz abandona el domicilio y se va con su hijo. El 15 de junio de 2016 se divorcian, y en la sentencia se dice que no hay descendencia común. Al interponer demanda de reclamación de filiación, aun cuando no consta la descendencia común, la madre reclamante alega «que el niño nació fruto del afecto de la relación que existió entre las partes y desde que nació las dos habían sido las madres y así habían sido consideradas en el entorno social, si bien la filiación solo se determinó respecto de la gestante porque cuando nació no estaban casadas». Los contraargumentos de la madre biológica para oponerse están en la sentencia –a su lectura nos remitimos–. Pues bien, centrada así la cuestión, no hay duda de que la relación es extramatrimonial. No están casadas. Pero la filiación del hijo así pretendida, sin matrimonio, requiere concretar que

el art. 131 CC extiende la legitimación para reclamar una filiación manifestada por constante posesión de estado a cualquier persona con interés legítimo.

La amplitud con la que se admite la legitimación activa para el ejercicio de esta acción, al permitir su ejercicio a personas diferentes de los protagonistas directos de la relación, se justifica en el tenor literal de la norma, no solo por la presencia de un interés legítimo en quien litiga (que puede reconocerse sin dificultad cuando la relación de filiación repercute en su propio estado civil familiar) sino, también, en la existencia de una constante posesión de estado (Tribunal Supremo [Civil], Sec. 1.ª, S 09-05-2018, n.º 267/2018, rec. 2762/2001).

Como resumen de los criterios favorables al reconocimiento de la filiación extramatrimonial, diremos: La audiencia ubica en situación de igualdad la relación paterna y materna, porque en ambos casos se aplican igualmente los beneficios de la patria potestad (art. 154 y siguientes del Código Civil); recordando que se dan de la misma manera, aunque no se ostente (art. 110 del Código Civil). Afirma que la decisión de la instancia inferior tutela el interés del menor, y recuerda la singular posición que ocupa el Ministerio Fiscal en estos procedimientos cuando existen menores, al ser garantes de sus derechos y protectores de los mismos, desde su posición de imparcialidad (arts. 124.2 CE y 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Como se puede comprobar, aquí la audiencia da respuesta a los criterios impugnatorios de indebida aplicación de las normas, alegados por la parte que recurre en casación, pues se vulnera, a juicio de ella, la igualdad y el interés del menor. Si bien, en cuanto al concepto de igualdad, con unas connotaciones diferentes –como luego veremos–.

Entrando directamente en el análisis de los motivos de casación, nos centramos primero en la invocación por la recurrente de la dejadez de la otra parte con relación al niño, su falta de ejercicio o mantenimiento, o la ausencia de invocación alguna de relación con el

menor en el divorcio. Observaciones no intrascendentes, porque la prueba de la filiación por posesión, como ya se ha visto, viene tanto del *nomen* como del *tractatus*, siendo una cuestión fáctica y jurídica de apreciación por el tribunal, que permite invocarlas como motivos de casación; o como más gráficamente nos sugiere la sentencia cuando recuerda que «la posesión de estado tiene un componente fáctico, los hechos probados a partir de los cuales el tribunal valora jurídicamente si existe o no la posesión de estado». Precisamente por ese componente fáctico se puede impugnar la valoración realizada por la audiencia mediante los recursos de infracción y el de casación. El primero por error en la valoración de la prueba del *nomen* de *tractatus*, fama; el segundo cuando el error recae en la valoración jurídica de esos hechos, es decir, si los hechos probados son o no constitutivos del concepto jurídico de posesión de estado (STS 267/2018, de 19 de mayo).

El recurso de casación por error jurídico en la subsunción de los hechos en la norma invoca que el hijo, desde la separación, solo ha vivido con su madre; también que no ha existido ninguna relación personal o patrimonial. «No se ha implicado económica ni personalmente con el niño y los actos esporádicos no constituyen posesión de estado», pues se «requiere actos continuados y constantes de asistencia económica y personal, lo que es exigido por la jurisprudencia y además conecta con el interés del menor y lo expuesto en el motivo anterior (sentencias 267/2018, de 9 de mayo, y 522/2019, de 8 de octubre)». Finalmente, se invoca la infracción del principio de igualdad, considerando que, en este supuesto, debería aplicarse la doctrina de un año para el ejercicio de la acción de filiación (art. 133 CC).

Esta es la parte nuclear de la sentencia. Procedemos, por tanto, a comentar la decisión de la sala, anticipando que se estima el recurso de casación por infracción de ley.

La regulación actual sobre la determinación de la filiación, tanto en la extrajudicial como en las acciones de reclamación e impugnación, cuando de filiaciones producidas por técnicas de reproducción asistida se refiere, requiere de una modificación legal. La sentencia recuerda que la Ley 14/2006 permite la doble maternidad:

«Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido». La nueva Ley 20/2021, de 21 de julio, que modifica el artículo 44 de la LRC y permite esa doble filiación con los mismos requisitos.

Al margen de las menciones de la sentencia a las distintas reformas legales, importa aquí resaltar que la revisión en casación es factible en tanto se cuestione la valoración jurídica de la posesión en los hechos probados realizada por la audiencia y de la valoración del interés del menor. Al final, el amplio margen viene determinado por el error en la valoración de la prueba referido a esos dos elementos, y no olvidando que, independientemente de las afirmaciones o razonamientos de la casación, siempre se parte del criterio uniforme de enten-

der como más objetiva e imparcial la realizada por el tribunal. Pues se sabe que uno de los motivos recurrentes de los letrados es el reiterado error en la valoración de la prueba, que encubre, en realidad, una visión distinta de la deducida por el juzgador y que no responde necesariamente al arbitrario juicio de valor realizado por el juzgador en la instancia inferior. Partiendo de los hechos probados, no discutiendo los hechos controvertidos, la impugnación de la sentencia debe centrarse en una indebida aplicación de la norma al hecho o un juicio claramente desviado de la sana crítica.

Pues bien, muchas veces se dice que es el interés del menor un concepto jurídico indeterminado, que guía la ponderación, el juicio y la decisión; pero no siempre ese interés conlleva otorgar una filiación como esta, porque hay que ver si subyace un proyecto reproductivo común de las dos mujeres, si hay posesión e interés. Es decir, el Tribunal Supremo se acoge al criterio de apreciación conjunta de estos tres elementos para decidir sobre la filiación materna de la otra mujer, e invoca diferentes sentencias que contemplan casos parecidos. La posesión de estado, que es el título legitimador para demandar, debe quedar unida al proyecto conjunto, no solo reproductivo, sino familiar.

Si nos dice esta sentencia que en estos casos de filiaciones extramatrimoniales de dos madres –una de ellas la biológica, otra que alega la posesión de estado– el nombre no es determinante, también afirma que no conocer al hijo por los apellidos de la madre no gestante no es un impedimento para la posesión de estado. Pero sí considera que el *tractatus* es imprescindible, pues son «actos de atención y asistencia al hijo que comportan el cumplimiento de la función propia de madre, e igualmente es necesario que concurra la fama, una exteriorización constante de la relación de estado, de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes». Cuando el artículo 131 del CC especifica como exigencia que la posesión de estado sea «constante», se está refiriendo a lo anterior, al *tractatus*. Por eso, aun cuando se valora el proyecto en común –antes dicho– y el consentimiento dado antes del parto para el reconocimiento de la filiación del hijo de la otra mujer gestante, cuando se ejercita una reclamación de filiación por posesión de estado es imprescindible el *tractatus*. Esa carencia de goce continuado que crea una apariencia de filiación por el ejercicio constante de una patria potestad sobre el nacido a lo largo del tiempo es imprescindible y aquí no se da. El tiempo de convivencia entra las mujeres desde el nacimiento del hijo hasta la separación es considerado por el Tribunal Supremo como breve, insuficiente. La audiencia provincial no ha valorado el tipo de relación de la demandante con el hijo después de la separación, que ha sido inconstante y esporádico. Es más, no pedir medidas en el procedimiento de divorcio es más que significativo. La ruptura, sin previsión de relaciones paterno-filiales es un dato probatorio del interés o de la escasa relación para con el hijo. Y ese desinterés afecta al *tractatus*, elemento o dato esencial para reclamar la posesión de estado, a falta del *nomen*. Por consiguiente, en la apreciación conjunta de los tres elementos indicados decae significativamente la ausencia del peso de la posesión de estado.

La regulación actual es deficitaria –lo ha dicho el Supremo– y la sentencia nos recuerda que el interés del menor no va asociado necesariamente al reconocimiento de la filiación ex-

tramatrimonial, sino a otros datos. La permisividad de estar legitimado para demandar por esa posesión de estado no está desconectada de la idea de que privar a un progenitor de la facultad de reclamar la filiación no matrimonial es incompatible con el mandato constitucional de investigación de la paternidad y con el derecho a la tutela judicial efectiva. Porque, se ostente o no la paternidad o la maternidad reconocidas, al hijo hay que tenerlo por hijo de sus progenitores o de sus padres como derecho constitucional. Nos lo recuerda la STS de 3 de diciembre de 2014 (Civil), Sec. 1.ª, 707/2014, rec. núm. 1946/2013 de la siguiente manera:

De esta forma, el Código Civil establece una amplia legitimación («cualquier persona con interés legítimo») para reclamar la filiación manifestada por una constante posesión de estado (artículo 131), esto es, cuando existe una situación en la que, pese a no contar con una paternidad o maternidad no matrimonial reconocida formalmente, se tiene el concepto público de hijo con respecto al padre o la madre, formado por actos directos de estos o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo (SSTS de 10 de marzo y 30 de junio de 1988), situación que también se ha identificado doctrinalmente a través de la concurrencia de alguno de los requisitos de *nomen, tractatus* y fama o *reputatio*...

Este comentario viene a colación de lo anterior; es decir, investigar la paternidad y tener derecho a ella, a la filiación, no es incompatible con que no responda al interés del menor denegar esa filiación extramatrimonial por falta de la posesión de estado.

No conviene, por tanto, confundir los derechos en juego, los intereses en conflicto, con la tutela judicial efectiva; ni procede acceder a la petición de la demandante por el mero hecho de que haya consentimiento previo y un proyecto en común. Cuando al hijo se le concede la facultad de reclamar la filiación, a falta de posesión de estado, durante toda su vida, y bajo determinadas condiciones –a diferencia del padre–, es porque se prima su interés y se le dota de instrumentos para la búsqueda de la verdad biológica. Es el hijo, no tanto sus padres, quien se ve beneficiado por una legislación más beneficiosa. Por eso, la sentencia en la que se ampara este último comentario, dice:

Así pues, resulta claro que, en la ponderación de los intereses en presencia, el legislador ha optado por otorgar prevalencia al del hijo, teniendo especialmente en cuenta el valor constitucional relevante de la protección integral de los hijos (artículo 39.2 CE), sin perder de vista, al mismo tiempo, la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE en el estado civil de las personas).

La presente sentencia del Tribunal Supremo, al estimar el recurso de casación, no se aleja de este postulado esencial: el interés del hijo por encima del de la madre no gestante.