

Situación actual del Derecho de Filiación en España

RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO

Catedrática de Derecho civil
Universidad de La Rioja

RESUMEN

Este trabajo aborda el análisis de las cuestiones más pujantes del Derecho de filiación español en la actualidad, atendiendo a las últimas contribuciones doctrinales, la más reciente jurisprudencia y la reforma legislativa llevada a cabo por la reciente Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans. Para ello, da cuenta breve de los antecedentes legislativos y sobre todo jurisprudenciales que explican la situación actual, ilustrativa del cambio vivido en las concepciones sociales. Para terminar, ofrece propuestas para la futura e inaplazable reforma legislativa del Derecho de filiación.

PALABRAS CLAVE

Filiación, Posesión de estado, Interés del menor, Gestación subrogada, Voluntad procreativa, Ley Trans.

Current situation of Filiation Law in Spain

ABSTRACT

This paper deals with the analysis of the most powerful issues of Spanish filiation law at present, taking into account the latest doctrinal contributions, the most recent jurisprudence and the legislative reform carried out by the recent Law 4/2023, February 28th, for real and effective equality of trans people. To do this, it gives a brief account of the legislative and, above all, jurisprudential background that explain the current situation, illustrative of the

change experienced in social conceptions. Finally, it offers proposals for the future and urgent legislative reform of filiation Law.

KEY WORDS

Filiation, Status possession, best child's interest, Surrogacy, Procreative will, Trans Law.

SUMARIO: I. Planteamiento.–II. Los títulos de determinación de la filiación, a debate.–III. El creciente papel protagonista de la posesión de estado. 1. Previo.–2. La falta de posesión de estado como límite a la reclamación del progenitor.–3. La posesión de estado como errado título de determinación de la filiación.–4. La posesión de estado como medio fallido de determinar la filiación de los españoles nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero.–IV. La voluntad como título de determinación de la filiación.–V. Los efectos de la Ley Trans sobre el sistema de filiación: 1. Marco general.–2. Determinación de la doble maternidad no matrimonial.–3. Determinación de la doble maternidad matrimonial.–4. Incidencia general sobre la problemática de la doble maternidad.–5. ¿Superación de la maternidad y de la paternidad?–6. La participación en la generación como criterio decisor en la jurisprudencia europea.–VI. Consideraciones finales.–Bibliografía.–Jurisprudencia citada.

I. PLANTEAMIENTO

El Derecho de filiación está de moda. Provocado por casos mediáticos omnipresentes en la prensa de todo signo, asistimos a un vivo y deseable debate social sobre un problema de alcance global como es el de la gestación subrogada, vertiente de momento más extrema de las técnicas de reproducción humana asistida. Éstas han supuesto para la institución de la filiación una verdadera revolución, que ha alterado sus presupuestos para introducir importantes consecuencias sociales y jurídicas. La voluntad de ser padre o madre pugna con la relación biológica como fundamento de la filiación jurídica, habiéndose recibido legalmente figuras como la doble maternidad por naturaleza.

Vista con perspectiva, esta revolución ha ocasionado un nuevo renacimiento del formalismo, contra el que se rebeló el principio de verdad biológica triunfante en las reformas de los Códigos civiles realizadas en la segunda mitad del siglo xx, dirigidas a la recepción de los derechos fundamentales en el sistema de filiación. Que la voluntad sea el nuevo fundamento de esta vuelta al formalismo no

excluye en modo alguno la certeza de la afirmación¹, ratificada y acrecentada por las posibles consecuencias de la reciente Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (en adelante: Ley Trans o LT)², que cuestiona y relativiza las concepciones tradicionales sobre la maternidad y la paternidad.

Al mismo tiempo, el principio de verdad biológica no ha terminado de ejercer toda su fuerza motriz sobre el sistema de filiación. Antes bien, proyecta nuevas posibilidades e implicaciones, que demandan la atención constante de jurisprudencia y doctrina. En este sentido puede mencionarse el anonimato del donante en las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante: TRHA), que ha pasado de constituir uno de los pilares de las primeras legislaciones al respecto, a ser puesto en cuestión y derogado en algunos ordenamientos, al amparo del derecho del hijo al conocimiento de su origen como dato relevante para la construcción de su identidad³. Y, más allá de las TRHA, el descubrimiento de una verdad biológica contraria a una relación de filiación (especialmente de paternidad) ya legalmente determinada, opera como detonante para plantear nuevas figuras jurídicas que ponderen adecuadamente los intereses en conflicto, y que oscilan entre la fijación de límites a la legitimación del progenitor y el reconocimiento de formas variadas de multiparentalidad⁴.

Otra importante cuestión abierta es la posible prevalencia del principio de verdad biológica sobre el de cosa juzgada, en determinadas circunstancias y con el fundamento de la protección del hijo, que ha conocido declaraciones en tal sentido en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la que presentan

¹ Véanse al respecto las acertadas observaciones de RIVERO HERNÁNDEZ, que terminan con la siguiente frase: «el consentimiento como título de determinación de la filiación ha desplazado en nuestro sistema jurídico al de la procreación y al subyacente principio de veracidad, que ha dejado de ser general y jurídicamente preferente», 2021, p. 794.

² Publicada en el «BOE» de 1 de marzo de 2023 y en vigor desde el día siguiente, conforme a lo previsto en su DF 20.^a

³ Al respecto, es de imprescindible cita el Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de TRHA al conocimiento de sus orígenes, de 15 de enero de 2020: disponible en: <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/index.php>. El Comité, tras la cita de la Recomendación de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa de 2019, califica la supresión del anonimato del donante de «tendencia consolidada» en los países de nuestro entorno, ya recogida de modos diversos en las legislaciones de Suecia, Reino Unido, Austria, Finlandia, Países Bajos, Noruega, Suiza y Alemania. En Portugal, la STC 24 abril 2018 ha considerado inconstitucional el anonimato del donante, por vulnerar el derecho del hijo a su identidad. Y, recientemente, Francia se ha sumado a esta tendencia, con la aprobación de la Ley núm. 2021-1017, de 2 de agosto, sobre Bioética.

⁴ A este respecto, *vid.* QUESADA GONZÁLEZ, 2022, donde además de dar cuenta de las innovaciones introducidas por el Derecho alemán, que acoge pretensiones diferentes en cuya virtud cabe hablar de diferentes grados de paternidad en función de las circunstancias, aporta interesantes reflexiones sobre su aplicación al Derecho español.

destellos las recientes STS de 7 de septiembre de 2020 (RJ 3227, ponente Salas Carceller) y STS de 17 de noviembre de 2022 (RJ 5485, ponente Seoane Spiegelberg)⁵. Por otra parte, también tiene interés destacar cómo en el difícil abordaje de la atribución de la filiación a las personas nacidas por gestación subrogada, el origen del material genético constituye en la jurisprudencia del TEDH un criterio determinante para la elección del procedimiento adecuado⁶.

A esta proliferación de nuevos casos y problemas, con la correspondiente manifestación jurisprudencial, ha respondido puntual y rigurosamente una abundante producción doctrinal, que presenta importantes coincidencias en cuestiones esenciales, lo cual merece destacarse por aportar una luz necesaria sobre las reformas a emprender de modo ineludible.

Acuciado por estas observaciones, este trabajo pretende ser la crónica de las cuestiones más pujantes en el actual Derecho de filiación español, atendiendo a las últimas contribuciones doctrinales, la más reciente jurisprudencia y la reforma legislativa llevada a cabo por la Ley Trans. Indudablemente, explicar la situación actual requerirá tomar perspectiva, señalando de forma breve los antecedentes legislativos y sobre todo jurisprudenciales. Como es bien sabido, no es posible explicar el Derecho de filiación sin la continua referencia a la copiosa jurisprudencia que lo ha aplicado, y cuya lectura ofrece una luminosa prueba de los rápidos cambios acaecidos en las concepciones sociales. Para terminar, plantearé mis propuestas para el futuro.

II. LOS TÍTULOS DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN, A DEBATE

En una aproximación algo simplista, puede afirmarse que el Derecho de filiación ha visto sucederse en las últimas décadas diversos temas polémicos que han señalado los hitos de su profunda evolución. En un primer momento, el sistema original de los Códigos civiles decimonónicos debió adecuarse a la recepción de los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones del siglo XX, lo cual implicó la construcción de un nuevo régimen basado en el principio de igualdad y no discriminación, concretado

⁵ Me he ocupado de su respectivo comentario en BARBER CÁRCAMO, 2021, pp. 165-180, y en BARBER CÁRCAMO, CCJC, 2023 pp. 143-164..

⁶ *Vid.*, en este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2022, y FARNÓS AMORÓS, *Revista de Bioética y Derecho*, 2022, pp. 29-54, quien ofrece interesantes observaciones críticas que cuestionan la coherencia de dicho criterio con el origen voluntario de dicha filiación.

en primer lugar en la igualdad de efectos entre la filiación matrimonial y no matrimonial, y luego entre éstas y la adoptiva, a partir de la caracterización de esta forma de protección de menores como una clase de filiación.

Posteriormente, la polémica se centró en las acciones de filiación, donde desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva se cuestionaron las normas sobre legitimación y plazo establecidas en el Código civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Como es bien sabido, en España esta cuestión llevó a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 136 y 133 CC, verdaderas claves de todo el sistema de determinación judicial de la filiación, por las SSTC 138/2005, de 26 de mayo (ponente Rodríguez-Zapata Pérez), y 156/2005, de 9 de junio (ponente García-Calvo y Montiel), y las SSTC 273/2005, de 27 de octubre (ponente Pérez Vera), y 52/2006, de 16 de febrero (Gay Montalvo), respectivamente. Esta crisis no se cerró satisfactoriamente hasta la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que reformó el Código civil para su adecuación a la jurisprudencia constitucional.

Actualmente, el debate está centrado sobre los títulos de determinación de la filiación. Doctrinalmente, se aborda tanto desde una perspectiva *lege lata* como *lege ferenda*. Jurisprudencialmente, ciertas novedades legislativas y sobre todo sus lagunas (reales y ficticias), han propiciado algunas resoluciones que han supuesto la reinterpretación de los títulos legales, cuando no su clara contradicción. Además, la necesidad de proteger a los niños nacidos de contratos de gestación subrogada celebrados fuera de las fronteras de los Estados que consideran esta práctica ilícita, está ocasionando en muchos países europeos, y señaladamente en el nuestro, una jurisprudencia variopinta, en la que se mezclan clases y títulos de filiación de forma peligrosa para el sistema. Si, como es afirmación conocida, los casos difíciles hacen mal Derecho, máxime cuando la dificultad viene dada por los delicados intereses en juego en materia de filiación, ligados a la identidad, personalidad y vinculación familiar.

Obviamente, es en la elección de los títulos para la determinación de la filiación donde todo ordenamiento jurídico valora el equilibrio entre las diversas fuerzas encontradas que confluyen en el Derecho de filiación. La tensión entre formalismo, verdad biológica, voluntad, estabilidad y seguridad jurídica (por señalar los criterios implicados más importantes) se encuentra presente desde siempre en cualquier regulación de la filiación, pero lo propio de nuestros días es la radicalidad con que estas fuerzas se manifiestan,

como consecuencia del desarrollo científico y tecnológico, los profundos cambios sociales y un concepto del estado civil en el que los derechos fundamentales y el libre desarrollo de la personalidad han acentuado la inspiración personalista sobre la social. Esta virulencia se explica porque nunca hasta ahora la verdad biológica era constatable de forma prácticamente indudable, ni se había admitido la determinación de la filiación con una base exclusivamente voluntaria. Porque si, por una parte, las pruebas de ADN permiten establecer con certeza la relación biológica de filiación, por otra, el recurso a las TRHA posibilita el establecimiento de una filiación legal sin referencia alguna al dato biológico. Indudablemente, estos datos amplían el ámbito de elección legislativa, pero también complican el diseño coherente del régimen de la filiación.

En otro orden de cosas, el fortalecimiento legislativo del principio del interés del menor, expresivo de la cada vez mayor sensibilización social sobre la necesaria protección a la infancia y la adolescencia, ha propiciado su aplicación en este ámbito, convirtiéndose en algunas resoluciones judiciales y en una buena parte de la literatura jurídica en un título paralelo o alternativo de determinación de la filiación.

Estas tensiones exacerbadas no se focalizan sólo en la filiación nacida mediante TRHA. Interesa recordar que la opción legislativa seguida en el Derecho común español no articula un sistema independiente para la determinación de la filiación en estos casos, sino que se limita a establecer unas reglas puntuales, más bien excepcionales, y remitirse en general al régimen de la filiación por naturaleza, en un claro deseo del legislador de no erigir este medio de nacimiento en un tipo distinto de filiación. Con ello, hemos asistido, y sobre todo desde 2007, a un trasvase de normas bidireccional (o sea, no sólo de la filiación por naturaleza a la asistida, sino también al contrario), con alguna incidencia sobre la adopción. Todo ello, en la búsqueda de soluciones a los cada vez más complejos supuestos planteados en la práctica. Lo cual ha generado en muchas ocasiones una confusión en cuanto a la naturaleza y finalidad de los títulos de determinación de la filiación, que ha comportado quiebras no leves para el sistema.

En esta situación, la doctrina civilista muestra una evidente preocupación por adecuar los títulos de determinación de la filiación a las nuevas realidades sociales y a los nuevos modelos familiares. Respecto de la filiación natural, ello viene concretándose en la constatación de la problemática planteada por las cada vez más numerosas familias reconstituidas, que demandan la tutela jurídica de las situaciones que la literatura jurídica anglosajona denomina

como *former y step parents*⁷. En esta misma sede, surgen opciones legislativas como la recientemente aprobada en Alemania, dirigida a establecer graduaciones en la paternidad, para satisfacer y coherenar de forma adecuada los intereses enfrentados entre determinar la relación biológica y tutelar la paternidad social o *de facto*⁸. De forma simplista, podría decirse que por esta vía se plantea cómo compatibilizar del modo más respetuoso con los derechos fundamentales de las partes implicadas, la verdad biológica y la realidad fáctica. Lo cual no es nuevo: simplemente, supone la aparición de nuevos supuestos a atender desde el mismo presupuesto. Lo novedoso radica en la aparición de propuestas favorables a la multilateralidad en las relaciones de filiación.

En segundo lugar, dicha preocupación viene suscitada por la creciente aplicación (en número y en diversidad) de las TRHA. En este punto, las fuentes de conflictividad son las gestaciones subrogadas llevadas a cabo en el extranjero, con las consiguientes pretensiones de reconocimiento de tales filiaciones en España, y la conflictiva aplicación de la doble maternidad introducida por el artículo 7.3 LTRHA, no aquietada tampoco tras su reforma por Ley 15/2015. Al hilo de esta doble problemática, y constatando el ámbito cada vez mayor reconocido a la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia, la doctrina lleva tiempo apuntando a la necesidad de reconocer a la voluntad procreativa el carácter de título para determinar la filiación.

Aparentemente, a ello se ha aplicado la reciente reforma operada en el sistema de determinación de la filiación por la Ley Trans, cuya exposición de motivos justifica la reforma del artículo 120.1 CC con las siguientes palabras: «... supone la posibilidad, para las parejas de mujeres, y parejas de hombres cuando uno de los miembros sea un hombre trans con capacidad de gestar, de proceder a la filiación no matrimonial por declaración conforme en los mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales, en coherencia con las modificaciones operadas sobre la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil por la disposición final undécima». Y la del artículo 44 LRC, con éstas: se dirige a «permitir la filiación no matrimonial en parejas de mujeres lesbianas, puesto que, hasta ahora, solo se preveía la matrimonial». Desde luego, estas declaraciones son ciertas, pero resultan manifiestamente escasas para describir la trascendencia de los cambios legales operados, y por ende de sus efectos. Esa ampliación del margen de la voluntad como

⁷ Al respecto, *vid.* FERRER RIBA, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2018, pp. 163-177, y PÉREZ GALLARDO y HERAS HERNÁNDEZ (*dir.*), 2022.

⁸ Al respecto, *vid.* QUESADA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 74-89.

título de determinación de la filiación proyecta, *per se*, consecuencias plurales y profundas sobre el sistema. Previas e independientes de las ocasionadas por los nuevos términos de «progenitor gestante y no gestante», acompañadas de la desaparición (sólo en algunas sedes) de las tradicionales «filiación paterna y materna».

Pues bien, una vez constatado que al Derecho de filiación actual se le acumulan los problemas en una de sus vertientes más significativas, como es la de los títulos de determinación, pasemos a su análisis detenido.

III. EL CRECIENTE PAPEL PROTAGONISTA DE LA POSESIÓN DE ESTADO

1. PREVIO

Tanto en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo como en la de las Audiencias Provinciales, la posesión de estado vive un momento de esplendor, por la frecuencia de su alegación y aplicación, y por el papel central que desempeña en la resolución de las pretensiones planteadas. Esta preponderancia sobrevenida es fruto de varios factores, como veremos seguidamente, y tiene interés destacar que no ha venido acompañada de una renovación doctrinal de su estudio⁹. En acertadísimas palabras de Quesada González, «la posesión de estado debe su denominación a dos de las instituciones que más quebraderos de cabeza han causado a los juristas: la posesión y el estado civil», lo cual explica que no resulte sencillo perfilarla ni dar su concepto¹⁰.

La reforma del Código civil por Ley 11/1981 reforzó sus funciones en materia de filiación, como medio de acoger en la regulación el elemento sociológico o de hecho. Y así, hay acuerdo doctrinal en afirmar que es un medio subsidiario y residual de *acreditar* una filiación ya previamente determinada, como manifiesta el artículo 113.1 CC¹¹; un medio de *prueba* para su determinación judicial, a lo que se refiere el artículo 767.3 LEC (y antes, el

⁹ Aunque, obviamente, todos los trabajos sobre filiación han de referirse a la posesión de estado, su atención monográfica se encuentra en un libro anterior a la reforma de 1981, de cita obligada: LÓPEZ Y LÓPEZ, 1971. Recientemente, del mismo autor: 2021, pp. 803-823.

¹⁰ QUESADA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 53, núm. 75.

¹¹ La doctrina ha criticado, sin embargo, esta subsidiaria función legitimadora o acreditativa de la filiación en el tráfico, recogida en el artículo 131 CC, y la práctica ha demostrado que los tribunales no le reconocen eficacia acreditativa de la filiación, sino carácter de medio de prueba presuntivo o indirecto de la relación biológica: me remito a lo que ya expuse en BARBER CÁRCAMO, *Derecho Privado y Constitución*, 2014, pp. 126 ss.

art. 135 CC), y un *presupuesto* para ostentar legitimación activa en algunas acciones de filiación, de manera que en presencia de posesión de estado se facilita la reclamación y restringe la impugnación, y en su ausencia, al revés: se limita la reclamación y se favorece la impugnación.

También hay acuerdo doctrinal en la obvia constatación de que la posesión de estado no es un título de determinación de la filiación, de manera que la mera acreditación de su presencia no puede establecer tal relación jurídica. Y ello, ni con la legislación vigente ni con la redacción originaria del Código civil. Los artículos 115 y 120 CC no la enuncian entre los medios que sirven para establecer, respectivamente, la filiación matrimonial y la no matrimonial.

Este acuerdo doctrinal se ha mantenido incluso tras la perniciosa aproximación a la cuestión llevada a cabo por las muy comentadas (y mayoritariamente criticadas) SSTs de 5 de diciembre de 2013 (RJ 7640, ponente Seijas Quintana) y de 15 de enero de 2014 (RJ 1265, ponente Orduña Moreno), que afirmaron lo contrario. En otro lugar achacué a la primera ser «confusa y contradictoria», y a la segunda, «escasez y oscuridad en su argumentación», y a ambas: eludir un afrontamiento técnico de la cuestión¹². Lamentablemente, su interpretación de la acción de determinación de la filiación con posesión de estado recogida en el artículo 131 CC, de la misma posesión de estado y del papel del interés del menor en la determinación de la filiación ha sido el germen de una jurisprudencia de las Audiencias Provinciales tan creativa como alejada de los datos legales, que ha dado carta de naturaleza a pretensiones más que dudosas desde una aproximación legal. Ciertamente, ha de advertirse que, cuando ha tenido ocasión, el Tribunal Supremo ha casado estas sentencias que pueden calificarse de *outsiders* respecto del sistema de filiación presente en el Código. Y también que, aun no habiéndose rectificado la doctrina jurisprudencial expuesta en las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo de 2013 y 2014, éste no ha pronunciado una ulterior resolución con el mismo sentido y fundamentación: como se expondrá seguidamente, las más recientes desestiman la pretensión reconocida en aquéllas.

El protagonismo desempeñado por la posesión de estado en las últimas sentencias del Tribunal Supremo puede clasificarse en tres tipos de casos, centrados respectivamente en: a) el enjuiciamiento de su concurrencia, para eludir el breve plazo de caducidad de un año fijado a la acción de reclamación del progenitor en el artículo 133.2 CC tras su reforma por Ley 26/2015; b) su carácter de título de determinación de una doble maternidad, y c) su relevancia

¹² BARBER CÁRCAMO, *Derecho Privado y Constitución*, 2014, pp. 100 s.

a efectos de legitimar la filiación surgida a partir de una gestación subrogada llevada a cabo en el extranjero. Atendámoslos por separado.

2. LA FALTA DE POSESIÓN DE ESTADO COMO LÍMITE A LA RECLAMACIÓN DEL PROGENITOR

Como ya he mencionado, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, fue el instrumento normativo empleado para adecuar, diez años después de su dictado, el régimen de acciones de filiación a la doctrina constitucional recogida en las SSTC 138/2005, de 26 de mayo; 156/2005, de 9 de junio; 273/2005, de 27 de octubre, y 52/2006, de 16 de febrero. Como es bien sabido, estas sentencias declararon inconstitucionales, respectivamente, el artículo 136 CC, las dos primeras, y el artículo 133 CC, las dos segundas. Si respecto de la acción impugnatoria del marido esta declaración de inconstitucionalidad supuso la superación de la inseguridad jurídica en que la contradictoria jurisprudencia previa del Tribunal Supremo la había sumido¹³, para la de reclamación comportó la legitimación del progenitor sin posesión de estado y sin sumisión a límite alguno. Por consiguiente, sólo la reforma de 2015 terminó con un largo lapso de tiempo en que las acciones de reclamación de los progenitores sin posesión de estado resultaron estimadas sin límite temporal, en una interpretación jurisprudencial discutible que la doctrina criticó por contraria a la estabilidad familiar¹⁴. Siguiendo las sugerencias del Tribunal Constitucional, el legislador optó en 2015 por limitar el ejercicio de ambas acciones a un breve plazo de caducidad de un año, que en el caso del progenitor sin posesión de estado inicia su *dies a quo* «desde que hubiera tenido conocimiento de los hechos en que haya de basar su reclamación» (art. 133.2 CC). Breve plazo que contrasta con la imprescriptibilidad de la acción, *ex* artículo 131 CC, cuando concurra la posesión de estado de la filiación reclamada.

Ante esta nueva situación creada por la reforma, no tardaron en llegar ante el Tribunal Supremo pretensiones de reclamación centradas en la existencia o no de posesión de estado. Así, en la STS de 9 de mayo de 2018 (RJ 1854, ponente Parra Lucán), su falta de concurrencia determina el fracaso de la acción de reclamación interpuesta por quienes se afirmaban como nietos frente a su

¹³ Me he referido a ello en BARBER CÁRCAMO, 2013, p. 286.

¹⁴ Remito al lector interesado a lo que expuse en BARBER CÁRCAMO, 2017, pp. 463-535. *Vid.* también QUICIOS MOLINA, *Derecho Privado y Constitución*, 2015, pp. 263-303.

supuesto abuelo, tras el fallecimiento del padre. El Tribunal niega la existencia de posesión de estado entre el progenitor de los demandantes y el demandado, al no acreditarse atención continua, contribución a su educación, ni presencia en los actos decisivos de su vida, sino únicamente una asistencia al velatorio en el momento en que aquél falleció. Se afirma que la posesión de estado requiere la existencia de «hechos públicos, repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación». Que no se entiende demostrada ni por la donación por el supuesto padre al hijo de una cuantiosa cantidad de dinero, ni por las fotos en que éste aparece con su madre y los hijos del demandado, a los que aquella cuidaba.

Igualmente desestimatoria, confirmando el criterio de las dos instancias, es la STS de 8 de octubre de 2019 (RJ 4060, ponente Parra Lucán), que niega la acción del progenitor por falta de posesión de estado. Del relato de la sentencia resulta palmario el conocimiento por el progenitor demandante de su propia paternidad. Pero, lógicamente, el debate no se centra ahí, sino en el comportamiento mantenido por él y por su familia en relación con la supuesta hija. Y es éste el que no denota públicamente la existencia de la relación de filiación¹⁵. Por ello, concluye: «No existe, en definitiva, una relación de filiación *vivida*, un comportamiento congruente con los deberes de padre manifestado mediante actos continuados y reiterados, lo que tal y como recuerda la sentencia 267/2018, de 9 de mayo, es exigido por la jurisprudencia para poder valorar el goce público de una relación de filiación acreditativa de la posesión de estado».

Tiene interés destacar que esta jurisprudencia contempla la posesión de estado como el reflejo acreditativo de una relación de filiación biológica a la que manifiesta, y que por tanto la justifica y explica, por ser previa. Lo cual, lógicamente, enlaza con la visión

¹⁵ Así, la STS de 8 de octubre de 2019 (RJ 4060) declara: «Ha quedado acreditado por expreso reconocimiento del actor que no estuvo presente en las revisiones ginecológicas, que no estuvo presente en el parto, que no acudió a conocer a la menor pese a que le fue comunicado el nacimiento el mismo día en que se produjo, que la primera vez que la vio fue transcurridos varios meses desde el nacimiento, estando con la menor durante un corto espacio de tiempo y que sólo la ha vuelto a ver en una segunda ocasión, que no ha acudido nunca al colegio de la menor, ni tampoco consta que haya preguntado por el centro al que acude ni se haya interesado por los gastos que el centro conlleva, no la ha acompañado al médico, y ninguno de estos actos han sido realizados por sus familiares directos (en especial los abuelos) que además tampoco conocen a la menor y nunca han sido vistos en su compañía. Es decir, desde que nació Ana María, no se ha realizado ni un sólo acto, con publicidad o sin ella, que permitiera reconocer de forma notoria a D. Victorio como padre de la menor; el hecho de que él fuera consciente de su paternidad o que lo fueran en aquel momento un reducido grupo de amigos o familiares, no permite hablar de posesión de estado dado que no ha existido comportamiento material y afectivo propio de la relación de filiación que fuera dispensado por el progenitor paterno o su familia».

tradicional sobre la posesión de estado, y contrasta con lo que expondremos más adelante.

Por otra parte, ha de subrayarse también que esta última sentencia reitera la doctrina declarada en la precedente STS de 18 de julio de 2018 (RJ 2949, ponente Parra Lucán), en cuya virtud, ante la ausencia de norma alguna de Derecho transitorio en la mencionada Ley 26/2015, su reforma es aplicable de forma inmediata, y también respecto de personas nacidas antes de su entrada en vigor¹⁶. Esta acertada aplicación temporal de la norma ha encontrado ratificación del Tribunal Constitucional en la STC 82/2022, de 27 de junio (ponente Xiol Ríos), que además de declarar que el plazo de un año del artículo 133.2 CC no representa «una restricción excesiva al acceso a la jurisdicción», considera que dicha interpretación sobre la aplicación de la reforma no sólo «no vulneró el principio *pro actione*, sino que el órgano judicial interpretó la norma a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la materia y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la legalidad vigente». Además, el Tribunal Constitucional reitera que no existe discriminación por presentar el Código civil un régimen diferente para la acción de reclamación según la filiación sea matrimonial o no matrimonial, insistiendo así en lo ya pronunciado en la STC 273/2005, de 27 de octubre.

Lógicamente, en la jurisprudencia menor pueden citarse muchos ejemplos de sentencias en el mismo sentido, que manifiestan cómo, tras la reforma de 2015 y frente a la indeseable situación anterior, muchas pretensiones de determinación de la filiación contraria a la posesión de estado se desestiman por caducidad. Por citar las más recientes, pueden consultarse en tal sentido la SAP Orense de 14 de febrero de 2020 (JUR 142270), SAP Albacete de 6 de octubre de 2020 (JUR 329305), SAP Cáceres de 25 de noviembre de 2020 (AC 2021\184), SAP Burgos de 10 de febrero de 2021 (JUR 133208), SAP Madrid de 30 de diciembre de 2021 (JUR 2022\116794),

¹⁶ STS de 18 de julio de 2018 (RJ 2949): «La aplicación del plazo de un año previsto en el artículo 133.2 CC a las demandas interpuestas después de su entrada en vigor no comporta la retroactividad de una ley. La imprescriptibilidad de la acción no estaba declarada en norma alguna y fue resultado de una interpretación jurisprudencial. Esta jurisprudencia, como tal, puede ser modificada cuando exista un motivo que lo justifique y, sin duda, es suficiente justificación la introducción en la ley de un límite temporal al reconocimiento de la legitimación del progenitor para reclamar la filiación no matrimonial cuando no existe posesión de estado, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional. (...) Por lo dicho, habida cuenta de la finalidad de las reformas que hace la Ley 26/2015 en el régimen de la filiación y, en particular, en el artículo 133.2 CC, el silencio de las transitorias de la ley sobre cualquier otro aspecto diferente al Derecho procesal, solo puede ser interpretado como reflejo de la voluntad del legislador de la aplicación inmediata del nuevo régimen legal».

SAP Asturias de 22 de julio de 2022 (JUR 310288) y SAP Valencia de 25 de octubre de 2022 (JUR 374871).

Y, como la otra cara de la misma moneda, la existencia de posesión de estado justifica que la acción de reclamación del padre no prescriba en la SAP Málaga de 22 de enero de 2020 (AC 2021\109), y de que la abuela ostente legitimación para reclamar en la SAP A Coruña de 1 de febrero de 2021 (JUR 117973).

3. LA POSESIÓN DE ESTADO COMO ERRADO TÍTULO DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

Como ya he mencionado, con ocasión de la reclamación judicial de la doble maternidad prevista en el artículo 7.3 LTRHA, la sombra de las citadas SSTs de 5 de diciembre de 2013 y de 15 de enero de 2014 se cierne sobre sentencias recientes del Tribunal Supremo, que, aun negando la pretensión ejercitada, siguen sin rectificar la doctrina en aquéllas recogida.

Así, hemos de referirnos en primer lugar a la STS de 27 de enero de 2022 (RJ 61446, ponente Parra Lucán), que aborda una demanda de reclamación de maternidad extramatrimonial por posesión de estado interpuesta, cuatro años después del nacimiento del hijo, por quien fuera primero pareja y luego esposa de la madre. El hijo es fruto de una reproducción asistida con semen de donante anónimo que tanto la usuaria como la luego demandante habían consentido en el correspondiente documento médico firmado en la clínica. Ambas mujeres habían contraído matrimonio después de dicha fecundación, pero la convivencia sólo duró cuatro meses: en la sentencia de divorcio, recaída un año después de contraer, consta la inexistencia de descendencia en común.

La demanda resulta estimada en ambas instancias, con fundamento en la concurrencia de posesión de estado y en el interés del menor en tener doblemente determinada la filiación. Para la demostración de la primera, en ambas resoluciones se atribuye gran peso a la acreditación del deseo común de ambas mujeres de ser madres, expresado en la firma conjunta del consentimiento en la clínica, que la Audiencia considera indicio del deseo de fundar una familia. El recurso de casación interpuesto por la madre impugna la concurrencia de los dos fundamentos mencionados, y además alega vulneración del derecho a la igualdad, porque con cita de la jurisprudencia que acabamos de exponer, advierte la existencia de recientes sentencias del Tribunal Supremo que deniegan la acción del padre sin posesión de estado, por caducidad.

El recurso de casación se estima porque:

a) El interés del menor no es título de determinación de la filiación, en abstracto. «Sin embargo, partiendo de lo anterior, en casos de filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, esta sala ha valorado que el interés del menor a que se referían los litigios que se juzgaban quedaba mejor protegido por la determinación legal de una doble maternidad, convirtiendo en legal una filiación vivida manifestada por constante posesión de estado». Frase a la que sigue una resumida referencia a las circunstancias fácticas de las SSTs de 5 de diciembre de 2013 y de 15 de enero de 2014. Además, la sentencia señala que no cabe dar por supuesto el interés del menor en tener doblemente determinada su filiación por lograrse así un doble centro de imputación de la patria potestad, ya que eso conduciría a la estimación de la acción en todos los casos.

b) No existe en el caso enjuiciado posesión de estado, por falta de *tractatus* o actos propios de la relación materna, así como de *fama* o exteriorización de la misma, con continuidad y actualidad, de los que resulte «el goce público de una relación de filiación».

Con fundamentos y resultado semejantes se pronuncia la STS de 11 de julio de 2022 (RJ 3820, ponente Parra Lucán), ante la demanda, también en ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial *por* posesión de estado, interpuesta en este caso por quien fue compañera de la madre un tiempo, aun sin disolver su matrimonio con un hombre, y mantuvo relación con el hijo, quien alcanzando en el proceso la edad de catorce años, manifestó no desear contacto alguno con la demandante¹⁷. La acción se desestima en primera instancia, pero la SAP Castellón de 20 de mayo de 2021 (JUR 328195) determina la «maternidad no biológica» del menor, atribuyendo el ejercicio único de la patria potestad a la madre biológica, dado el rechazo del hijo a la demandante, con fundamento en su interés superior. El Tribunal Supremo estima el recurso de la madre con idénticos fundamentos a los de la sentencia anterior: falta de posesión de estado y no responder al interés del menor concreto, por no verse «el beneficio que reportaría para la estabilidad personal y familiar del niño la creación por sentencia de una relación jurídica que no se basa en un vínculo biológico y que no preserva una continuada y vivida relación materno filial de la demandante con el ya adolescente».

¹⁷ La demanda se presenta cuando el hijo tiene diez años, si bien sólo meses después de negar la madre todo contacto con él a la demandante: este trato se había prolongado a lo largo de seis años tras la ruptura definitiva de las mujeres, acaecida cuando el niño tenía tres años.

Pues bien, aunque considero correctas estas decisiones, bien fundamentadas y muy cuidadosas en el tratamiento de las difíciles cuestiones técnicas y personales implicadas, me gustaría señalar como puntos negros, que debería haber rectificado el Tribunal Supremo, los siguientes:

a) La asunción de esa acción de determinación de la filiación por posesión de estado, supuestamente alojada en el artículo 131.1 CC y cuya denominación ha encontrado carta de la naturaleza en la práctica jurisprudencial, pero no en la doctrina, que es unánime al calificar dicha acción como de reclamación *stricto sensu*.

Efectivamente, el artículo 131 CC reconoce acción a cualquier persona con interés legítimo «para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado». Pero esta acción con legitimación activa tan amplia no es meramente declarativa de la existencia de un título de determinación de la filiación, porque la posesión de estado no lo es en nuestro sistema legal. Por ello, no se dirige a convertir en relación jurídica de filiación la constatación de la existencia de posesión de estado. El artículo 131 CC contempla una acción de reclamación *stricto sensu*, dirigida a poner de manifiesto la verdad biológica. Aunque en algunas sentencias muy anteriores a las de 2013 y 2014 el Tribunal Supremo haya empleado una terminología equívoca, calificando esta acción de «homologación o aprobación judicial del reconocimiento presunto a partir de la demostración de la existencia de posesión de estado» (en este sentido, *vid.* SSTs de 2 de marzo de 1994 –RJ 2387, ponente Bacigalupo Zapater– y de 16 de febrero de 1989 –RJ 969, ponente Latour Brotons–). Esta denominación, a mi modo de ver, es un arrastre de la redacción original del Código civil, donde la posesión de estado de hijo natural (arts. 135 y 136 CC) confería a éste el derecho a exigir el reconocimiento de los progenitores, constituyendo así un presupuesto de la que vino a denominarse, impropia pero gráficamente, «acción de reconocimiento forzoso». Pero adviértase que la redacción originaria del Código civil no admitió la investigación de la paternidad, negándose por ende a los hijos el derecho de exigir judicialmente su filiación. De ahí que tal acción se contemplara como la constatación judicial de un reconocimiento tácito, demostrado por actos reiterados del padre o de su familia, de haber el hijo como propio. Luego, en el sistema de filiación instaurado en 1981, la posesión de estado no es el fundamento de la pretensión articulada en esta acción, sino el presupuesto para la legitimación activa. De manera que si en el curso del proceso se demuestra que no responde a la verdad, la filiación no podrá establecerse en favor de quien la ostenta.

b) La posibilidad misma de una acción de reclamación de la «doble maternidad extrajudicial» *por* posesión de estado, que presupone una interpretación ya no flexible del artículo 7.3 LTRHA, sino que lo erige en principio inspirador del sistema, y del que puede por tanto inferirse una acción encaminada a exigir la declaración que el precepto contempla como voluntaria.

c) Mantener el equívoco sobre el carácter de título de determinación de la filiación de la posesión de estado: en realidad, en estas sentencias de 2022 el Tribunal Supremo reconoce que las SSTs de 2013 y 2014 preservan «una continuada y vivida relación materno filial de la demandante con el niño», si bien modulada por el interés de éste.

d) Más sutilmente: la admisión de la posibilidad misma de existencia de posesión de estado de doble maternidad implica un cambio sustancial en su concepto, que dejaría de basarse en la realidad, en el dato biológico, para quedar fundada en la voluntad. Lo cual podría defenderse si la voluntad de ser madre se hubiera previsto legalmente como fuente de la filiación, pero no es así¹⁸. Y ni siquiera cabe decir tal cosa tras las últimas reformas introducidas por la Ley Trans, según se abordará más adelante.

Dicha asunción choca con la conceptualización doctrinal y jurisprudencial sobre la posesión de estado, que como acaba de exponerse hace referencia al mantenimiento de actos públicos, continuados y expresivos de los que puede *inferirse* (no crearse) una relación de filiación *cierta*, sostenidos por quien se tiene por progenitor o por su familia: como ya he advertido, es la concepción presente en las resoluciones más recientes sobre el concepto de dicha posesión de estado.

Que la posesión de estado es un modo de inferir la relación biológica, que presupone la convicción de quien se comporta como padre, de serlo, resulta del artículo 767.3 LEC, lo cual implica que sólo sea predicable de una relación heterosexual¹⁹. Cuestión diferente es que se haya admitido legalmente la existencia de una doble maternidad, o socialmente incluso la de doble paternidad o maternidad, aunque sólo uno o ninguno sea progenitor. Ello dará lugar a

¹⁸ Es la argumentación que emplea DÍAZ MARTÍNEZ cuando atribuye posesión de estado a quien ha manifestado su consentimiento al proyecto de maternidad común con la gestante, más allá del cumplimiento de los requisitos formales del artículo 7.3 LTRHA. La autora incide en que no es la posesión de estado el título atributivo de la filiación, sino la voluntad procreativa de ambas mujeres, y ahí ubica la doctrina de la STS de 15 de enero de 2014: *vid.* 2021, pp. 174 ss. y núm. 69.

¹⁹ En este sentido, con cita de otros autores, QUESADA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pp. 53-55. LÓPEZ Y LÓPEZ se refiere a las «altísimas probabilidades de coincidir con la realidad de la *causa iuris* del *status filii*» como justificación del alto valor reconocido por el ordenamiento a la posesión de estado; 2021, pp. 811 ss. La idea está presente también en las pp. 806 ss.

una realidad familiar vivida que no puede confundirse con la posesión de estado, y si ésta no es título para la determinación de la filiación, mucho menos aquélla, cuyo ámbito de protección jurídica se encontrará en la tutela de las relaciones familiares y de allegados, pero no a través de la determinación de la filiación.

No me resisto a una reflexión en este punto sobre el Derecho francés. Es un lugar común afirmar que en Francia la posesión de estado sí es título de determinación de la filiación, lo cual es cierto, pero ha de matizarse²⁰. Efectivamente, es un título independiente de determinación de la filiación, previa su constatación por acta de notoriedad notarial (art. 310-1 *Code*) o por sentencia (art. 330 *Code*). En ambos casos han de quedar probados sus elementos, que como dice el artículo 311.1 *Code* «revelan el vínculo de filiación y de parentesco entre una persona y la familia a la que dice pertenecer». Así constatada, presume legalmente la filiación, pero ésta puede atacarse demostrando su falta de veracidad, a través de la acción de impugnación recogida en el artículo 335 *Code*, dirigida a poner de manifiesto la verdad biológica²¹. De manera que el vínculo entre la posesión de estado y la realidad biológica es indudable: la primera no surge sin la segunda, sino que la refleja, permitiendo determinar la filiación a través de su mera prueba, pero de manera provisional y a reserva de su adecuación con la verdad biológica.

Esta configuración de la posesión de estado es coherente con la negativa de nuestro sistema a admitir la mera voluntad para determinar relaciones de filiación. Y concuerda con ella la doctrina del Tribunal Supremo sobre la impugnabilidad del reconocimiento de complacencia, recogida en la STS de 15 de julio de 2016 (RJ 3196, ponente Pantaleón Prieto): dado que la voluntad no se corresponde con la realidad, y el ordenamiento no recoge expresamente su nulidad, se prefiere admitir su impugnación incluso por quien lo ha realizado, que dejarlo al albur de una declaración sin soporte biológico.

Pese a estas omisiones, es de esperar que estas dos sentencias de 2022 sirvan para poner coto a la mencionada e injustificada creatividad de algunas sentencias de Audiencias Provinciales, que yendo mucho más allá de la doctrina recogida en las SSTS de 2013 y 2014, muestran una lamentable confusión de conceptos técnicos, una indiscriminada apelación a la analogía entre supuestos radical-

²⁰ Para un completo e ilustrativo estudio del Derecho de filiación en Francia, *vid.* LÓPEZ AZCONA, *RGLJ*, 2021.1, pp. 21-68.

²¹ De forma gráfica, MASSIP señala que la posibilidad de atacar la no veracidad de la posesión de estado y por ende impugnar la filiación es una posibilidad similar a la que, en materia de posesión de las cosas, permite probar que el poseedor no es el verdadero dueño, lo cual califica de doctrina unánime: *vid.* 2006, p. 35.

mente distintos y un peligroso recurso al interés del menor, que confunde la filiación con la protección de menores, mezclando visitas y relaciones personales con patria potestad y posesión de estado²².

Efectivamente, además de las del Tribunal Supremo (respectivamente SAP Málaga de 24 de junio de 2020 –JUR 2021\55965– y SAP Castellón de 20 de mayo de 2021 –JUR 328195–), pueden encontrarse sentencias en la jurisprudencia menor donde la doctrina presente en las SSTs de 2013 y 2014 se amplía de forma aún más discutible, ante el ejercicio de la ya aceptada acción de reclamación de la maternidad extramatrimonial *por* posesión de estado. Es el caso de la SAP Madrid de 30 de noviembre de 2018 (JUR 2019\15949), donde sin constancia de la voluntad común a la procreación y aun reconociendo la existencia de posesión de estado, se deniega la determinación de la filiación en atención al interés del hijo menor, integrado en la nueva familia de la madre con su esposa. Por su parte, la SAP Asturias de 12 de noviembre de 2019 (JUR 2020\32695) declara la maternidad pese a la oposición inicial de la demandante al tratamiento reproductivo de su pareja, entendiéndose que: «Lo que es relevante, pese a la contradicción existente entre las versiones de las partes, es que la actora recibió información y fue tratada como la pareja estable de quien se sometió a dichas técnicas; (...) la parte actora, pese a su inicial oposición, no dio la espalda en ningún momento a la gestante». Por el comportamiento sostenido hacia ésta y por la relación sostenida con la hija, se aprecia la existencia de posesión de estado²³. La SAP Baleares de 9 de junio de 2022 (RJ 290025), que incluye un completo resumen de la situación²⁴, atribuye a la creación jurisprudencial la determinación

²² En este sentido, calificando la STS 27 enero 2022 de «atinada y necesaria», *vid.* QUICIOS MOLINA, *CCJC*, 2022, pp. 141-168.

²³ DÍAZ MARTÍNEZ califica este caso de «más controvertido todavía» que el enjuiciado en la STS de 15 de enero de 2014, «por las circunstancias de las que se ha deducido un más que discutible consentimiento procreacional», y porque «la filiación no se puede declarar con base únicamente en la posesión de estado», 2021, pp. 182 y 183.

²⁴ Que reproduzco textualmente por ilustrar con suma claridad el *status questionis*. SAP Baleares de 9 de junio de 2022 (RJ 290025): «La atribución judicial de la filiación extramatrimonial a una mujer homosexual, tras la ruptura de una relación de pareja con otra mujer, de un niño nacido por reproducción asistida de un óvulo de esta última fecundado con semen de un donante anónimo, resulta factible y jurisprudencialmente se admite con fundamento en la existencia de una voluntad procreacional conjunta, libre y voluntaria de tener un hijo en común, unida a la posesión de estado, esto es, a la situación de hecho en virtud de la cual la madre no biológica se comporta y es tenida por la familia y terceros, durante un cierto tiempo de modo ostensible, como madre con actos exteriorizadores que lo patentice y evidencien, si bien es de significar que la existencia de esa voluntad de maternidad compartida atenúa la intensidad de dicha posesión de estado».

Esta posibilidad de atribución de la maternidad entre parejas femeninas del mismo sexo, que se asienta en precedentes de la Sala primera del TS (STS 608/14 y 740/13) que interpretan el artículo 131 del CC, en relación con el artículo 7.3 de la Ley de reproducción asistida, tiene por objeto evitar la discriminación que se produce respecto de las parejas

judicial de la doble maternidad con fundamento en una voluntad procreacional conjunta (no recogida en el caso en documento alguno) unida a la posesión de estado, con el objetivo de evitar la discriminación entre parejas femeninas casadas y no casadas y bajo el presupuesto de que la posesión de estado no es sólo aplicable a la filiación biológica, «sino también cabe en el ámbito de la reproducción asistida cuando dicha posesión viene precedida de una voluntad procreativa conjunta y voluntaria».

Frente a estos excesos, es importante terminar este epígrafe dando noticia de la última sentencia dictada por el Tribunal Supremo en materia de filiación, STS de 16 de mayo de 2023 (JUR 214585, ponente Parra Lucán) en un supuesto que ejemplifica perfectamente la tendencia al voluntarismo presente en el actual Derecho de filiación. Medios de comunicación de todo tipo se han hecho eco del caso, dado que las partes son personajes públicos. De nuevo, la acción ejercitada es la de reclamación de la paternidad no matrimonial *por* posesión de estado basada en el artículo 131 CC, en este caso, doble: para determinar la paternidad del demandado respecto de los hijos del demandante, y la del demandante respecto de los hijos del demandado, sendos gemelos nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada. No se aborda en el caso la determinación ni el reconocimiento de esta filiación, ya inscrita en el Registro Civil español a favor, respectivamente, del comitente que aportó los gametos masculinos. La pretensión del demandante se basa en la voluntad de ambas partes de constituir una familia con los cuatro niños, que vivirían así como hermanos, así como en la posesión de estado, y el interés de los menores. Pues bien, tanto en primera instancia como en apelación se incide en que la posesión de estado, cuya existencia no se discute, no es título suficiente para determinar la filiación, ni tampoco el interés del menor, cuyo derecho a tener una identidad única se encuentra ya tutelado, así como su integración en la familia de sus respectivos padres. De manera que se establece un amplio y flexible régimen de relación y estancia entre los cuatro menores, el demandante y el demandado, con cita de las SSTS de 12 de mayo de 2011 (RJ 3280, ponente Roca Trías) y de 1 de marzo de 2019 (RJ 643,

femeninas del mismo sexo que estando casadas y no separadas pueden acudir a la posibilidad que concede el artículo antes citado, que permite la inscripción del nacimiento del hijo de la madre biológica por la declaración del nacimiento por su mujer ante el encargado del registro civil y se asienta sobre la base de considerar que la posesión de estado es aplicable no solo a la filiación biológica, sino también que cabe en el ámbito de la reproducción asistida cuando dicha posesión viene precedida de una voluntad procreativa conjunta y voluntaria.

ponente Baena Ruiz)²⁵. Luego, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, reiterando la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTs de 27 de enero de 2022 y de 11 de julio de 2022, y confirma la sentencia de la Audiencia, concluyendo que: «Los dos motivos del recurso de casación van a ser desestimados porque la sentencia recurrida, al concluir que la situación fáctica no permite determinar las filiaciones reclamadas con apoyo en la posesión de estado y en el principio del interés de los menores, no infringe ningún precepto legal, da respuesta adecuada al interés de los menores y no es contraria a la doctrina de la sala».

Me parece destacable el parecer unánime de todas las instancias judiciales en la resolución del caso, como decía, paradigma de la tendencia al voluntarismo presente en el actual Derecho de filiación²⁶. Y ha de advertirse también cómo de nuevo la sentencia supone la restricción de anteriores y problemáticas resoluciones del propio Tribunal Supremo.

4. LA POSESIÓN DE ESTADO COMO MEDIO FALLIDO DE DETERMINAR LA FILIACIÓN DE LOS ESPAÑOLES NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL EXTRANJERO

Es imprescindible referirse en este epígrafe a la reciente STS (Pleno) de 31 de marzo de 2022 (RJ 1190, ponente Saraza Jimena), sobre gestación subrogada, que viene a ratificar el criterio fijado por la de 6 de febrero de 2014 (RJ 833, ponente Sarazá Jimena), ahora en una sentencia unánime, frente a la estrecha mayoría de seis a cuatro de la anterior. Si en el supuesto abordado en la STS de 2014 la pretensión se dirigía al reconocimiento de la filiación determinada en California tras una gestación por sustitución, instando su inscripción en España, en la última se enjuicia la misma acción de reclamación de la maternidad *por* posesión de estado fundada en el artículo 131 CC a que venimos refiriéndonos, que se ha convertido en pretensión y lugar común en la práctica forense.

En este caso ya famoso, la comitente había emprendido en soledad un proceso de gestación subrogada en México, con gametos

²⁵ Estas sentencias distinguen nítidamente entre la tutela de las relaciones personales de los menores con parientes y allegados, y la determinación de la filiación.

²⁶ Como observa la STS de 16 de mayo de 2023 (RJ 211435): «Dentro del respeto que merecen los diferentes modelos de familia, el modelo convivencial libre y voluntariamente establecido por las partes pudo mantenerse como tal mientras quisieron, pero no permite su imposición, y menos a través de una determinación judicial de la filiación que no tiene amparo legal».

masculino y femenino procedentes de donantes anónimos. La acción de reclamación de la maternidad la ejercita el padre de la comitente contra ésta y el Ministerio Fiscal, y resulta desestimada por la SJPI núm. 77 de Madrid de 19 de febrero de 2021, que señala a la demandada la posibilidad de tramitar un expediente administrativo de solicitud de guarda o acogimiento previo a la adopción del menor. El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación presentado por demandante y demandada, que sin embargo fue acogido por la SAP Madrid de 1 de diciembre 2020 (JUR 2021\55934). En esta larga y trabajada sentencia, que recoge un extenso resumen de la *questio iuris* en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia (con especial referencia a la emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante TEDH), se estima el recurso y declara la filiación reclamada desde dos presupuestos básicos: la necesidad de dotar al menor de un respaldo jurídico adecuado, y la no contrariedad del reconocimiento de la filiación surgida tras un contrato de gestación subrogada con el orden público español. De manera que, tras desechar la posibilidad de la vía de la adopción, y también como en las acciones mencionadas en el epígrafe anterior, declara la maternidad con fundamento en la existencia de posesión de estado y en el interés superior del menor en no mudar su modelo familiar.

El Tribunal Supremo, a mi entender con acierto, dedica una buena parte de la sentencia a transcribir el contrato de gestación entre la comitente (futura madre en el mismo) y la «gestante sustituta», para dejar clara la vulneración que supone para sus derechos fundamentales y los del bebé, quien se convierte en objeto de un contrato, argumento que titula y encuentra desarrolla en el FD tercero de la sentencia. A partir de la radical contrariedad de dicha práctica con el orden público español, el FD cuarto expone que el interés del menor debe reconducirse a proteger las relaciones familiares fácticas existentes, lo cual reconduce, respecto del padre biológico, a la acción de reclamación de la paternidad conforme al artículo 10.3 LTRHA, y respecto de la madre comitente, a la adopción, cuya constitución requiere la valoración judicial en concreto de dicho interés, así como de la idoneidad de la adoptante²⁷. Solución que insiste el Tribunal Supremo en advertir que es conforme con la jurisprudencia emanada del TEDH, en alusión a la libertad de configuración que cabe a los Estados para reconocer, si respon-

²⁷ STS de 31 de marzo de 2022 (RJ 1190): «En nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de esa relación puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, conforme prevé el artículo 10.3 LTRHA. Cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la adopción».

de al interés del menor, esa familia de hecho con respeto a su derecho a tener una identidad única, integrado en el derecho a la vida privada, en un plazo razonable y sin dilaciones excesivas.

Dado que no es objeto de este trabajo ni analizar el difícil fenómeno de la gestación subrogada, a la que la doctrina viene dedicando un esfuerzo tan amplio y riguroso como merece²⁸, ni comentar una sentencia que ha recibido una atención proporcional a su importancia, resaltaré aquí sólo la cuestión que enlaza con el objeto de este trabajo. Aunque aplaudo y comparto la argumentación de esta sentencia, quisiera subrayar que el Tribunal Supremo también en ella ha eludido la aclaración de que el artículo 131 CC no contempla una acción de declaración de la filiación a partir de la posesión de estado, porque ésta no es título de determinación. Ciertamente, no se ha declarado la filiación con semejante sustento, y del contraste entre lo dicho en esta sentencia y anteriores declaraciones del Tribunal Supremo²⁹, cabe apreciar cierto golpe de timón tendente a rectificar el peligroso rumbo provocado por las SSTS de 2013 y 2014, y así ha sido puesto de manifiesto por la doctrina³⁰.

Indudablemente, la STS de 31 de marzo de 2022 ha de reconducir la cuestión en la jurisprudencia menor, ya que la sentencia que casa no es la única donde se ha determinado la filiación tras un contrato de gestación subrogada con fundamento en la posesión de estado y el interés del menor, tras mencionar que no cabe la vía de la adopción. Así puede verse en la SAP Barcelona de 6 de abril

²⁸ Por citar sólo los trabajos más recientes, remito al lector interesado a: NANCLARES VALLE, *Revista General de Derecho Constitucional*, 2020, pp. 1-48; FARNÓS AMORÓS, *ADC*, 2022, III, pp. 1281-1314; MÚRTULA LAFUENTE, 2021, pp. 319-372, y *Derecho Privado y Constitución*, 2023, pp. 87-137; NAVARRO MICHEL, *Revista de Bioética y Derecho*, 2022, pp. 5-28; SÁNCHEZ JORDÁN, *InDret*, 4, 2020, pp. 116-146.

²⁹ En el ATS de 2 de febrero de 2015 (RJ 141), que desestima la petición de nulidad de actuaciones de la STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 833) con fundamento en la jurisprudencia del TEDH recaída ulteriormente, se dice: «En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor».

³⁰ Con juicios dispares: ALVAREZ GÓNZALEZ considera que no puede aplaudirse lo que considera una restricción novedosa respecto de lo dicho en 2015, que estima «más ajustado a nuestro ordenamiento jurídico que la actual sentencia», *Diario La Ley*, núm. 10069, de 16 de mayo de 2022, La Ley 5054/2022, p. 8. Por el contrario, FARNÓS AMORÓS considera el mayor mérito de la sentencia de 2022 impedir el recurso a la posesión de estado como título de determinación de la filiación, frente a la doctrina presente en las SSTS de 2013 y 2014, a las que critica con cita de las palabras del voto particular a la segunda: «Más allá de las circunstancias concretas de cada caso, ambos pronunciamientos desnaturalizan la categoría de la posesión de estado, en cuanto prescinden de que ésta «no acredita por sí la filiación, sino que constituye una mera situación fáctica que permite presumir quienes pueden ser los progenitores»; «La gestación por sustitución...», *ADC*, 2022, p. 1300.

de 2021 (JUR 192738)³¹, y en la SAP Islas Baleares de 27 de abril de 2021 (JUR 163294). Mención aparte merece la SAP Granada de 3 de mayo de 2019 (JUR 2020\20463), que declara la filiación paterna con fundamento en el artículo 10.3 LTRHA, dando a entender que el contrato de gestación subrogada celebrado en México ante notario atribuía los gametos masculinos al varón de la pareja heterosexual demandante. La Audiencia señala que no puede dudarse sobre su paternidad, porque media posesión de estado. Ahora bien, ha de advertirse que la jurisprudencia de las Audiencias no arroja una postura unánime: también puede encontrarse sentencias que niegan la determinación de la filiación con tales fundamentos. Es el caso del AAP Orense de 21 de octubre de 2020 (JUR 2021\25912), desde el acertado argumento de que la posesión de estado es «un medio de justificar la filiación natural», y de la SJPI núm. 4 de Pamplona de 8 de junio de 2021 (TOL 8.624.379), que aun calificando tal posesión de título de determinación de la filiación, desestima la pretensión por mediar fraude de ley, dado que la inscripción en el Registro Civil de California se había logrado tras la falsa afirmación de ser propios del demandado los gametos empleados en el proceso de gestación por sustitución³². La SAP Navarra de 7 de junio de 2022 (JUR 264041) confirma esta sentencia, y señala que la STS de 31 de marzo de 2022: «viene a descartar que tal protección mediante la determinación de la filiación respecto a los padres comitentes (en el caso concreto resuelto por el TS, respecto a la madre comitente) pueda obtenerse mediante el expediente de declaración de la filiación manifestada por la constante posesión de estado (art. 131 CC)»³³.

³¹ Comparto absolutamente las críticas a esta sentencia vertida por FARNÓS AMORÓS, que califica de sorprendente la mencionada imposibilidad a la adopción y considera aún más grave e inapropiado el recurso a la posesión de estado en Cataluña, «donde históricamente ha prevalecido la verdad biológica», *vid.* «La gestación por sustitución...», *ADC*, 2022, p. 1297 y notas 54 y 55.

³² SJPI núm. 4 de Pamplona de 8 de junio de 2021 (TOL 8.624.379): «En el caso de autos, sin embargo, no cabe el reconocimiento de tal posesión de estado pese al hecho acreditado de que el Sr. Onésimo ha venido comportándose, desde su nacimiento, como el padre de los menores. Y ello porque subyace un fraude de Ley que no puede quedar amparado por nuestro ordenamiento jurídico. Tanto como demandante como demandado, que por su edad no tienen posibilidad de adoptar en nuestro País, iniciaron de forma consciente y querida un proceso para obtener dos niños menores que no es legal en España, mediante La suscripción de un contrato de gestación subrogada que está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico. Es más, el Sr. Onésimo consiguió ser reconocido como progenitor de los menores en el Estado de California e inscribirlos en su Registro Civil como su padre, mediante la falsa afirmación de haber aportado material biológico para la fecundación lo que, como él mismo reconoce, no es real».

³³ En el caso, la acción de reclamación de paternidad por posesión de estado la ejercitaba la comitente y «guardadora de hecho» contra su pareja heterosexual, en un caso de gestación subrogada con donación anónima de gametos.

En suma, también por esta vía se aprecia cierta restricción a la injustificada omnipresencia de la posesión de estado erigida en título de determinación de la filiación.

IV. LA VOLUNTAD COMO TÍTULO DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, que reguló por primera vez las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro Derecho, adoptó una decisión muy consciente sobre el papel que la voluntad de someterse a ellas desempeñaría en la determinación de la filiación. En su virtud, no la erigió en título para ello, solución que se estimó coherente con la de no introducir en nuestro ordenamiento una clase de filiación identificada por el origen del nacimiento, ligado a tales técnicas. De manera que, como es bien sabido, la Ley 35/1988 sólo recogió algunos matices o reglas especiales, para modular las reglas generales de determinación de la filiación para estos casos. Cuya inspiración, ciertamente, es establecer un paralelismo entre la verdad biológica y la voluntad de someterse a dichas técnicas. Bien para hacerla coherente con los títulos de determinación recogidos en el Código civil, bien para excluir la impugnación de la paternidad por desacuerdo con la verdad biológica. De manera que dicha Ley articuló más bien límites a la voluntad, para no interferir en la coherencia del sistema, pero sin convertirla en eje de la determinación de los hijos nacidos con intervención de estas técnicas.

Este planteamiento se mantuvo invariado en la vigente Ley 14/2006, de 22 de mayo, de TRHA, hasta que por Ley 3/2007, de 15 de marzo, de rectificación registral de la mención relativa al sexo, se añadió el artículo 7.3 en la primera, para posibilitar la doble maternidad biológica matrimonial por declaración conforme de la esposa de la madre casada y no separada, proferida ante el Encargado del Registro Civil antes del nacimiento del hijo. Como la doctrina ha puesto unánimemente de manifiesto³⁴, este nuevo artículo introdujo un título totalmente nuevo, en cuanto dependiente sólo de la voluntad de la esposa de la madre y sin vínculo alguno con la verdad biológica, en diferencia esencial con el reconocimiento de filiación. Voluntad consistente en la de haber el hijo de la esposa como propio, no en la de consentir la práctica

³⁴ Por todos, *vid.* BARBER CÁRCAMO, *Derecho Privado y Constitución*, 2014, pp. 111-114; FARNÓS AMORÓS, *ADC*, 2015, p. 12, y QUICIOS MOLINA, 2018, pp. 187 ss.

de la fecundación asistida, a diferencia de lo contemplado en otros preceptos de la misma Ley.

Posteriormente, la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, modificó dicho artículo 7.3 LTRHA, flexibilizando sus requisitos formales y temporales, probablemente en busca de una pacificación de la figura de la doble maternidad, tras recaer las tan citadas SSTs de 5 de diciembre de 2013 y de 15 de enero de 2014, que la práctica ha revelado fallida. La misma Ley dio nueva redacción al artículo 44 LRC, introduciendo en él un apartado 5 que, siendo la versión registral del artículo 7.3 LTRHA, y debiendo por tanto interpretarse a partir de aquél, ha recibido desde la RDGR de 8 de febrero de 2017 (RJ 2018/4768) la consideración de norma sustantiva independiente, posibilitando la inscripción de la doble maternidad sin necesidad de constancia de haberse empleado técnicas de reproducción asistida³⁵. Sin embargo, tampoco esta clara ampliación del ámbito del artículo 7.3 LTRHA ha sosegado su tortuosa aplicación, debida como dije hace un tiempo a que es una cuña de diferente madera, de muy difícil encaje con el resto del sistema, y demostrativa de la vacilación y falta de criterio del legislador.

En consecuencia, sólo desde una interpretación extensiva y analógica, que atribuya al artículo 7.3 LTRHA el papel de clave en la determinación de la filiación nacida mediante técnicas de reproducción asistida, puede considerarse la voluntad procreativa como título, junto a la posesión de estado modulada por el interés del menor³⁶. Lo cual, a mi entender, es una opción muy defendible como criterio *lege ferenda*, en esa inaplazable reforma del Derecho de filiación que cada vez es más urgente, pero no se sostiene con los actuales términos legales.

Por todo ello, la mayoría de la doctrina defiende la necesidad de establecer legalmente, como título de determinación de la filiación nacida mediante técnicas de reproducción humana asistida, la voluntad procreativa común, manifestada por la pareja de la mujer antes del sometimiento a dichas técnicas, y con independencia de su sexo y de la existencia o no de matrimonio. Al modo en que lo hace el Código civil catalán, y con el sumo cuidado que requiere la introducción de este título, dada su desvinculación de la realidad, que lo separa del reconocimiento de filiación. Ello, y su incidencia sobre una materia de interés público como es la filiación, aconseja-

³⁵ Sobre esta cuestión, remito al lector interesado a la detenida exposición recogida por QUICIOS MOLINA, 2021, pp. 277-315.

³⁶ Es la tesis que desarrolla a lo largo de su trabajo DÍAZ MARTÍNEZ, 2021, p. 178, entre otras.

rían la exigencia de forma pública como vehículo de expresión de dicha voluntad³⁷. La asunción legal de este título posibilitaría sin duda el ejercicio de acciones de reclamación cuya pretensión se basara en la demostración de la misma, y no en la verdad biológica, como sucede actualmente. Y, sin lugar a dudas, debería proibirse el ejercicio de cualquier acción impugnatoria que comportara una revocación de la misma³⁸.

En este sentido ha discurrido la modificación llevada a cabo en el Código civil francés tras su reforma por Ley núm. 2021-1017, de 2 de agosto, sobre bioética, que ha alterado la determinación de la filiación médicamente asistida. Ahora, el artículo 342-10 *Code* admite la doble maternidad con contribución de donante, previo consentimiento conjunto a la fecundación prestado por ambas mujeres ante notario, en cuya virtud se entiende prestado el reconocimiento conjunto del hijo que determina la filiación (así se expresa el *Code*) de la mujer que no da a luz (art. 342-11 *Code*). Dicho consentimiento impide toda acción de reclamación o de impugnación posterior en contra (art. 342-10. II *Code*). En caso de no remitirse al Registro Civil dicho reconocimiento conjunto de las dos mujeres, puede comunicarse por el Ministerio Fiscal, previa petición del hijo mayor, de su representante legal durante su minoría de edad, o de cualquier persona con interés en emprender acciones legales (art. 342-13. IV *Code*). Solución que es diferente a la prevista para el padre que accedió a la intervención de donante: contra él se contempla una remisión a la acción de reclamación prevista en el artículo 328 (art. 342-13. I y II *Code*).

Considero esta regulación sumamente acertada, y creo que debería inspirar la reforma que nuestro Derecho necesita. Por una parte, porque erige la voluntad conjunta de emprender una fecundación asistida en centro de la determinación de la filiación, que impide su ulterior impugnación por mera revocación ulterior. Por otro lado, porque distingue adecuadamente entre esta voluntad y el reconocimiento de filiación: adviértase que dicho consentimiento implica o acarrea tal reconocimiento, pero ambos actos no se confunden, son diferentes. Y finalmente, el consentimiento a la fecundación conlleva la posibilidad de exigir judicialmente su constata-

³⁷ Ha de advertirse que la práctica del Derecho catalán ha demostrado que, aun admitiendo la expresión de dicha voluntad ante la clínica, además de en escritura pública, se estima la acción de reclamación si se considera probado el consentimiento de cualquier otra forma: *vid.*, STSJ Cataluña de 1 de julio de 2019 (JUR 259597, ponente Seguí Puntas). Ante dicha constatación, DÍAZ MARTÍNEZ apunta a que quizá las reformas de 2015 admitan «una exégesis que ponga ya en segundo plano la forma, para dirigir el foco hacia el que siempre constituyó el fondo, la voluntad de tener al menor legamente como hijo propio», *loc. cit.*, p. 171.

³⁸ Conforme a lo dispuesto en el artículo 235-28.2 CCCat.

ción registral, mediante una acción diferente y separada de las de reclamación *stricto sensu*. Creo que todo ello constituye una muy razonable composición de los intereses en juego, respetuosa con la naturaleza jurídica de los expedientes empleados.

En nuestro país, el análisis de la jurisprudencia menor ofrece ejemplos puntuales de acciones impugnatorias demostrativas de lo lável y cambiante que puede ser la voluntad, máxime cuando carece de base real o biológica, y en situaciones de crisis sentimental. Ciertamente, no hay demasiados casos al respecto en la jurisprudencia de las Audiencias, y la mayoría de las sentencias son acertadamente desestimatorias, pero su referencia me parece ilustrativa del estado de cosas actual.

Empezaré por un caso llamativo. Dos mujeres casadas y luego separadas de hecho quedan embarazadas, una por medios naturales, otra mediante TRHA. Se reconcilian, asumen cada una la maternidad del hijo de la otra por la vía del artículo 7.3 LTRHA, y luego se divorcian, tras el descubrimiento de la infidelidad de la primera. Entonces, cada una de ellas impugna su comaternidad respecto del hijo alumbrado por la otra, para que la filiación quede determinada sólo respecto de ésta. Los argumentos son comunes: falta de posesión de estado, interés del menor (identificado en no tener como madre a quien no desea serlo), error y aplicación analógica del artículo 8.1 LTRHA, que debería conducir a la estimación de la impugnación en virtud de la doctrina del Tribunal Supremo sobre los reconocimientos de complacencia. Ambas acciones se desestiman, respectiva y acertadamente, en las SSAP Huelva de 14 de octubre de 2020 (JUR 365793) y de 20 de octubre de 2020 (JUR 367248). En ambas se argumenta que, una vez inscrito el menor por la vía del artículo 7.3 LTRHA, ni la falta de posesión de estado en relación con el interés del menor, ni la mera revocación de la voluntad posibilitan la impugnación de la filiación, que determinada por dicho artículo es tan inimpugnable como la adoptiva, no presentando dicho título igualdad de razón con la posibilidad de impugnación del reconocimiento de complacencia de las parejas heterosexuales, por no tratarse de tal. Las dos sentencias desestiman también la alegación del error consistente en haber acaecido la generación en una de las filiaciones por medios naturales: en la primera de ellas, que responde a la demanda de quien lo sufrió, se aprecia caducidad e inexcusabilidad del mismo. En la segunda, porque no cabe aducirlo a quien lo provocó con su conducta.

Otro ejemplo significativo ofrece la SAP Madrid de 7 de julio de 2020 (JUR 333891), donde se plantea la impugnación de la doble paternidad determinada tras un proceso de gestación por sus-

titución (en adelante, GS) en California inscrito en el Registro Central español. La demanda se presenta por el padre que había aportado su espermia, contra su exmarido, obviamente para mantener la paternidad sólo en favor del demandante. En primera instancia se considera caducada la acción en aplicación del artículo 136 CC, contándose el *dies a quo* desde la inscripción. La Audiencia comparte este argumento y añade el de la contradicción de la acción impugnatoria con el principio de buena fe recogido en el artículo 7.1 CC, que impediría al demandante alegar la nulidad del contrato de GS tras haber promovido la inscripción de la filiación³⁹. Adviértase la preocupante subsunción del supuesto en el artículo 136 CC, que aborda la impugnación de la paternidad matrimonial biológica determinada por la presunción de paternidad del marido. Un nuevo ejemplo de analogías indebidas y errónea subsunción de supuestos de hecho radicalmente diferentes.

Por el contrario, la impugnación de la maternidad determinada *ex* artículo 7.3 LTRHA prospera en la SAP Córdoba de 5 de julio de 2021 (JUR 347847), que declara: «no deben establecerse criterios generales respecto de la impugnación de la filiación en supuestos como el que nos ocupa sobre la base de rígidas pautas universales. Hay que analizar cada caso, teniendo en cuenta el contexto en el que el progenitor no gestante presta su consentimiento y el interés del menor, que constituye un elemento decisivo en todas las decisiones relativas al mismo». Con dicho presupuesto, estima el recurso de ambas madres y por tanto la acción de impugnación *ex* artículo 136 (otra vez) con fundamento en: a) el artículo 8 LTRHA, del que se deduce que, prestado el consentimiento posterior al nacimiento, es impugnabile; b) el interés del menor, concretado en no tener como madre a quien no quiere serlo, y c) la discriminación en que podría incurrirse de otro modo, ya que si la demandante fuera marido, se admitiría la impugnación de su reconocimiento de complacencia, al que reconduce la declaración prevista en el artículo 7.3 LTRHA. Increíble de todo punto. Pues bien, esta asombrosa sentencia es firme, porque hallándose ambas mujeres de acuerdo en la impugnación de la filiación, el Ministerio Fiscal no ha interpuesto recurso alguno.

Creo que resultan patentes las injustificadas analogías entre la filiación biológica y la nacida de técnicas de reproducción asistida a que están dando lugar las lagunas supuestas y reales de la regulación actual. Que aconsejan, además de lo expuesto, la separación

³⁹ Comenta esta sentencia MÚRTULA LAFUENTE, quien considera que dicha acción impugnatoria es un claro caso de abuso del derecho: *vid. Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 3447.

de ambas filiaciones, para conseguir su tratamiento conforme a sus respectivas características.

V. LOS EFECTOS DE LA LEY TRANS SOBRE EL SISTEMA ACTUAL DE FILIACIÓN

1. MARCO GENERAL

Cabe preguntarse ahora si la reforma llevada a cabo en materia de filiación por la Ley Trans ha venido a alterar cuanto ha quedado expuesto.

Para poner esa cuestión en contexto, ha de recordarse que dicha Ley regula el cambio de la mención registral del sexo por la sola voluntad de la persona interesada, a ejercitar en un expediente del Registro Civil donde no cabe exigir ni dictamen médico, psicológico o psiquiátrico sobre la disconformidad manifestada; ni alteración previa de la morfología o función sexual por tratamientos hormonales o quirúrgicos; ni se prevé como requisito legal la acreditación de la irreversibilidad o estabilidad de dicha disconformidad. La resolución judicial con que termina el expediente registral, que en caso de referirse a menores de edad sí habrá de tener en cuenta su interés superior, producirá efectos constitutivos desde su inscripción, permitiendo en el futuro a la persona ejercitar los derechos inherentes a su nueva condición (art. 46.1 y 2 LT), además de conservar los surgidos de situaciones jurídicas nacidas al amparo del sexo registral de nacimiento (art. 46.5 LT).

En materia de filiación, dicha Ley ha modificado un buen número de artículos del Código civil y el atormentado artículo 44 LRC. Conforme a la *voluntas legislatoris* manifestada en su exposición de motivos, el contenido de tales modificaciones legales es doble: terminológico, en cuanto introduce en el ordenamiento los nuevos términos «progenitor gestante» y «progenitor no gestante», que se unen por la conjunción disyuntiva «o» a madre y padre, respectivamente; y sustantivo, al alterar la determinación de la filiación no matrimonial para permitir la extrajudicialmente entre parejas homosexuales no casadas, tanto femeninas como masculinas, lo cual hasta el momento, según ha quedado expuesto, no era posible⁴⁰.

⁴⁰ Efectivamente, la exposición de motivos de la Ley señala que la reforma del Código civil responde «a la implementación del lenguaje inclusivo», si bien, «lejos de consistir en una modificación meramente formal, la sustitución del término «padre» en el artículo 120.1.º por la expresión «padre o progenitor no gestante» supone la posibilidad, para las parejas de mujeres, y parejas de hombres cuando uno de los miembros sea un

Ciertamente, y además de otras modificaciones terminológicas a que no me referiré aquí en aras de la brevedad⁴¹, no es una novedad irrelevante para el Derecho de filiación haber introducido los novísimos términos «progenitor no gestante» y «progenitor gestante», que se presentan como alternativa en concurrencia con los de «padre» y «madre», respectivamente, en los artículos 120.1 y 5, 124.II, 137.1 y 2 y 139 CC (en este último: «progenitor *que conste como gestante*»). En cambio, el artículo 44 LRC emplea diferente terminología, para equiparar al padre con la madre no gestante (art. 44.4 y 6 LRC), y a la madre con la persona trans gestante (art. 44.6 LRC)⁴². De modo que, para esta Ley, la maternidad puede comportar gestación o no, mientras que el Código civil elude tal condición para considerar que la gestación identifica a la madre o al «progenitor gestante». Dejo esta observación terminológica meramente apuntada, me referiré más adelante a sus posibles consecuencias.

2. DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD NO MATRIMONIAL

Para posibilitar la determinación extrajudicial de la doble maternidad entre mujeres no casadas, el artículo 120.1.º CC refiere ahora la declaración conforme en el formulario oficial del Registro Civil, que ha de hacerse en el momento de la inscripción del nacimiento, al padre o progenitor no gestante. Lo cual, registralmente,

hombre trans con capacidad de gestar, de proceder a la filiación no matrimonial por declaración conforme en los mismos términos que en el caso de parejas heterosexuales, en coherencia con las modificaciones operadas sobre la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, por la disposición final undécima». Y en relación a esta última Ley, la exposición de motivos de la LT observa que la modificación de su artículo 44 se dirige a «permitir la filiación no matrimonial en parejas de mujeres lesbianas, puesto que, hasta ahora, solo se preveía la matrimonial».

⁴¹ Remito al lector interesado a lo que he expuesto en BARBER CÁRCAMO, *blog CESCO*, de 29 de marzo de 2023, disponible en https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/De_la_doble_filiacion_materna_a_la_filiacion_sin_madre.pdf.

⁴² Además, el legislador opta por introducir en esta Ley una DA 10.ª, que resuelve la diferencia con una asimilación general: «En las parejas del mismo sexo registral, las referencias hechas a la madre se entenderán hechas a la madre o progenitor gestante y las referencias hechas al padre se entenderán referidas al padre o progenitor no gestante» (DF 11.ª Siete LT). Técnica legislativa que se emplea por la Ley Trans en el nuevo artículo 958 bis CC, que extiende al «cónyuge supérstite gestante» las referencias legales a la viuda, y en otras normas. Así, en el artículo 48.4 ET (DF 14.ª LT) se introduce un nuevo párrafo que dice: «A los efectos de lo dispuesto en este apartado (suspensión del contrato de trabajo por nacimiento), el término de madre biológica incluye también a las personas trans gestantes». Y la DF 16.ª Dos LT da nueva redacción al artículo 48 e) del Estatuto del Empleado Público, para comprender como funcionarias embarazadas a las personas trans gestantes, y al artículo 49 a), para incluir en el término madre biológica a las personas trans gestantes.

encuentra concordancia con lo dispuesto en el artículo 44.4.III.b) LRC, que dispone que la filiación del padre o de la madre no gestante en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar cuando manifieste su conformidad, no contrarié presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia, especificando que «Deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia», lo cual reconduce a los controles establecidos para el reconocimiento, y especialmente a lo dispuesto en el artículo 124 CC.

Además de esta declaración en el momento de la inscripción, se admite también como título de determinación de la doble maternidad el reconocimiento ulterior, aunque el artículo 120.2 CC no haya sufrido modificación que lo exprese, porque así resulta de la nueva redacción del artículo 124. II CC, que prevé ahora la suspensión de la eficacia del reconocimiento de menor de edad hecho por el *padre o progenitor no gestante* en testamento o dentro del plazo para practicar la inscripción de nacimiento, a instancia de la madre o progenitor gestante. Y aún con mayor claridad, el artículo 44.6 LRC exige el consentimiento expreso de *la madre o persona trans gestante* para la eficacia del reconocimiento del hijo menor de edad. Por consiguiente, se aplica el régimen del reconocimiento y sus límites de eficacia a la determinación de la segunda maternidad no matrimonial, lo cual es otra importante novedad, que nunca ha regido para el título contemplado en el artículo 7.3 LTRHA, como repetidamente se ha observado a lo largo de este trabajo, por no tratarse de un reconocimiento.

3. DETERMINACIÓN DE LA DOBLE MATERNIDAD MATRIMONIAL

Si la regulación de la doble maternidad no matrimonial en sus aspectos sustantivo y registral se presenta al menos coordinada formalmente, no puede decirse lo mismo de la doble maternidad matrimonial. Porque la Ley Trans también ha modificado la *constancia registral* de la doble maternidad *matrimonial*, dado que el artículo 44.4.III.a) LRC contempla que se hará constar la «filiación de la madre no gestante» en el momento de la inscripción de nacimiento del hijo, cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre gestante y estuviera casada con otra mujer, si consta el consentimiento de ambas cónyuges, aun mediando sepa-

ración legal o de hecho⁴³. Y la interpretación de este precepto genera dudas: sustituye al derogado artículo 44.5 LRC⁴⁴, que como se ha mencionado concordaba con el artículo 7.3 LTRHA, pero es importante resaltar que éste no ha sido derogado. Puede que, erróneamente, el legislador haya considerado tal derogación producida por la de la Ley 3/2007, de rectificación registral de sexo (DD única LT). Pero no es así, de manera que el artículo 7.3 LTRHA sigue en vigor, recogiendo un título de determinación de la doble maternidad matrimonial en clara colisión con la LRC, ya que aquél nada prevé sobre el consentimiento de la madre a la declaración de maternidad de su esposa, y sigue exigiendo que no medie separación legal ni de hecho para su práctica. Sin lugar a dudas, su interpretación coordinada con el nuevo artículo 44.4.III.a) LRC será el siguiente capítulo de su atribulada historia.

Otro dato interesante a considerar radica en que el precepto registral persiste en no contener referencia alguna al empleo o no de técnicas de reproducción asistida, lo cual seguramente será empleado por la ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública para mantenerse en su desacertada doctrina ya señalada⁴⁵. Ahora bien, adviértase que es posible en un matrimonio de personas con sexo femenino registral procrear un hijo sin necesidad de recurrir a técnicas de reproducción asistida. Y también en uno entre hombres «registrales». Lo cual ofrece un nuevo e importante argumento para defender la necesidad de la constancia registral del empleo o no de tales técnicas, dadas las implicaciones ulteriores.

A mi entender, sigue siendo incuestionable la naturaleza *registral* del artículo 44 LRC, del que no cabe deducir un título de determinación de la filiación distinto o independiente de los contemplados en las normas sustantivas. Según enuncia dicho artículo en su párrafo 4, tras su redacción por la Ley 19/2015: «La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de con-

⁴³ Artículo 44.4.III.a) LRC: «La filiación del padre o de la madre no gestante en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar:

a) Cuando conste debidamente acreditado el matrimonio con la madre gestante y resulte conforme con las presunciones de paternidad del marido establecidas en la legislación civil o, aun faltando aquellas y también si la madre estuviere casada con otra mujer, en caso de que concurra el consentimiento de ambos cónyuges, aunque existiera separación legal o de hecho».

⁴⁴ El artículo 44.5 LRC derogado decía: «También constará como matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge».

⁴⁵ Me refiero a la doctrina vigente desde la RDGR de 8 de febrero de 2017 (RJ 2018/4768), que a partir de la consideración del artículo 44 LRC como norma sustantiva independiente, ha posibilitado la inscripción de la doble maternidad sin necesidad de constancia de haberse empleado técnicas de reproducción asistida.

formidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida». Lo cual conduce a la necesidad de identificar el tipo de generación de la filiación, porque resulta determinante para la procedencia del correspondiente título, así como para su régimen de impugnación⁴⁶.

4. INCIDENCIA GENERAL SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA DOBLE MATERNIDAD

Más allá de esta nueva discordancia, es el momento de plantearse la incidencia de esta reforma sobre la expuesta variada problemática de la doble maternidad: ¿son suficientes estos cambios legales para entenderla superada y resuelta?

Desde luego, no cabe ya duda sobre su posible determinación extrajudicial, tanto mediante el formulario del Registro Civil, que no deja de ser una suerte de reconocimiento, como a través del propio reconocimiento formal de filiación, sometidos ambos a los controles de eficacia que la doctrina había tachado de incoherente no exigir en este supuesto, sobre todo el consentimiento de la madre. Ahora bien, ha de advertirse que aplicar este título de determinación a la doble maternidad conduce a la alteración de su concepto: de ser el reconocimiento un título cuyo presupuesto es la veracidad, pasa a basarse (en este supuesto) exclusivamente en la voluntad de ser tenida legalmente como madre, con independencia de la relación biológica, y por tanto es una declaración de voluntad de haber el hijo como propio. Lo cual no es baladí, y afecta de forma fundamental a su régimen de impugnación. Como he sostenido en otro lugar⁴⁷, y contra la opinión mayoritariamente crítica de la doctrina⁴⁸, la legitimación que el Tribunal Supremo confiere a quien realizó un reconocimiento de complacencia para impugnarlo después mediante la acción de impugnación *stricto sensu*, basada en la verdad biológica, puede explicarse como una defensa del sistema frente a la voluntad como fuente de determinación de la filiación. Que, obviamente, no cabe en este supuesto de «reconocimiento», donde de raíz se elude toda relación con la verdad biológica.

⁴⁶ Y en este sentido se ha manifestado la doctrina, mayoritariamente crítica con la interpretación de la Dirección General de los Registros y del Notariado: *vid.* QUICIOS MOLINA, 2021, p. 296, y DÍAZ MARTÍNEZ, 2021, p. 191.

⁴⁷ *Vid.* BARBER CÁRCAMO, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2016, pp. 1870-1875.

⁴⁸ Por todos, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2018, pp. 347-361.

Por otra parte: ¿tiene entidad esta reforma para afectar al régimen de las acciones de filiación? Esto es: si la esposa o compañera de la madre no realiza ni la declaración en plazo ni el reconocimiento ulterior, o no hay voluntad concorde de ambas en cuanto a la maternidad conjunta; ¿es exigible su determinación judicial, como pretensión de una acción de reclamación? No hay rastro en precepto alguno que contemple tales declaraciones como obligatorias, ni la de la madre que asiente ni la de su compañera o esposa. Así que, como antes de esta reforma, el debate seguirá ubicado en la procedencia o no de la aplicación del régimen de acciones del Código civil, construido sobre la revelación de la verdad biológica, y su expuesta forzada interpretación.

A mi entender, sigue sin haber razones legales para defender tal aplicación. Mi respuesta sería otra si, efectivamente, la reforma hubiera contemplado la voluntad común a la procreación como título de determinación de la filiación. Entonces, si no se hubieran practicado los actos tendentes al reflejo registral de la correspondiente filiación conjunta, sí cabría la acción. Que no sería una acción de filiación *stricto sensu*, sino meramente declarativa de la existencia de un título apto para la consiguiente determinación de la filiación.

5. ¿SUPERACIÓN DE LA MATERNIDAD Y DE LA PATERNIDAD?

Como dejé apuntado al inicio de este epígrafe, las novedades terminológicas introducidas por esta reforma plantean su afeción sobre conceptos jurídicos, sociales y personales tan asentados como son el de maternidad y paternidad. Me refiero a que la expuesta equiparación entre padre o progenitor no gestante, y madre o progenitor gestante, plantea si lo determinado es, en el primer caso, una filiación paterna, y una materna en el segundo, o no, y resulta entonces que el legislador ha optado por la indeterminación. No resulta sencillo responder a esta cuestión.

Como ya he dicho, para la LRC la maternidad puede comportar gestación o no, según muestra el artículo 44.4.III LRC, ya que donde antes decía «filiación paterna», ahora dice «filiación del padre o de la madre no gestante», lo cual parece apuntar a la asunción legal de esa doble maternidad a la que doctrina y jurisprudencia ya lleva tiempo refiriéndose. Además, el artículo 44.4.II LRC sigue exigiendo la constancia necesaria, en toda inscripción de nacimiento, de la filiación *materna*, salvo en los casos del artículo 48 LRC. De manera que el parto, también del «progenitor ges-

tante» al que se refiere el artículo 120.5 CC, sigue determinando la *maternidad*. Y, por consiguiente, si la madre gestante (hombre trans) está casada con un hombre, cabe preguntarse si la filiación de este padre puede determinarse a través de la presunción de paternidad (que identifica como padre al *marido*), o ha de recurrirse al consentimiento de ambos cónyuges (art. 44.4.III.a) LRC)⁴⁹. Con sinceridad, me gustaría creer que el legislador ha pensado en las posibles consecuencias de las modificaciones emprendidas.

Es oportuno recordar aquí que, para las parejas del mismo sexo (cabría ahora especificar: «registral»), la Orden JUS/644/2006, de 6 de marzo, sobre aclaración de la Orden JUS/568/2006, de 8 de febrero, sobre modelos de asientos y certificaciones del Registro Civil y del Libro de Familia⁵⁰, dispone que en las inscripciones de nacimiento, constará la denominación «progenitor/a A y B». Supongo que habrá de adaptarse recogiendo ahora la condición de gestante o no gestante para tales progenitores. Aunque, en realidad, esta previsión registral sigue sin ser suficiente para resolver el problema de partida, que es si lo determinado es una filiación paterna o materna. Porque, limitando el análisis al régimen de la filiación, es diferente tanto su determinación (extrajudicial y judicial), como su impugnación. Por no hablar de consideraciones filosóficas, sociales, personales o asistenciales..., que las hay, y muy relevantes.

En fin, como ya he dicho en otro lugar, ni siquiera la indudable complejidad técnica del Derecho de filiación puede justificar que el legislador haya sido tan miope como para entender que sus cambios se reducen a la recepción del lenguaje inclusivo y a la ampliación de la determinación de la doble maternidad. Resulta oportuno mencionar que tanto el Consejo General del Poder Judicial⁵¹ como el Consejo de Estado señalaron en sus respectivos y acuciados dictámenes⁵² que las reformas terminológicas incidían necesariamente en el concepto, recomendando el segundo suprimir el término «progenitor gestante», por reducir la maternidad al hecho para-

⁴⁹ QUICIOS MOLINA se manifiesta favorable a la aplicación en este caso de la presunción de paternidad: 2021, p. 292.

⁵⁰ Esta Orden hubo de rectificarse (o aclararse) porque no preveía que dicha denominación se limitara a las parejas del mismo sexo, lo cual produjo un firme rechazo social.

⁵¹ Se solicitó informe al CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley el 17 de diciembre de 2021, instando su emisión urgente en el plazo improrrogable de quince días. Puede consultarse en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-para-la-igualdad-real-y-efectiva-de-las-personas-trans-y-para-la-garantia-de-los-derechos-de-las-personas-LGTBI>

⁵² Se solicitó dictamen al Consejo de Estado el 3 de junio de 2022, instando su emisión no más tarde del 24 de junio. Puede consultarse en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2022-901>.

mente biológico de la gestación, contra su naturaleza y consiguiendo protección constitucional⁵³.

Así pues, yendo mucho más allá de lo declarado en la exposición de motivos, la Ley Trans sacude aún más nuestro ya muy tensionado sistema de filiación, al poner en cuestión de la manera expuesta los conceptos de padre y madre, y, de paso, la condición de mujer. Esto último, por equiparar la complejidad y riqueza de la palabra *madre* con el reduccionismo del término *progenitor gestante*, que puede ser un hombre registral. Y por dejar en la indefinición si lo determinado es una filiación paterna o materna, lo cual siempre ha estado meridianamente claro, pero ya no. De manera que la Ley Trans deja sin resolver una cuestión muy relevante que en otros países de nuestro entorno ya se ha planteado, llegando incluso a la Corte de Estrasburgo, que se ha manifestado al respecto en dos recientes e interesantes sentencias, que dan cuenta de tales precedentes.

6. LA PARTICIPACIÓN EN LA GENERACIÓN COMO CRITERIO DECISOR EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

Efectivamente, con idéntica fecha han recaído dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han abordado por primera vez si la constancia registral de la paternidad o maternidad de la persona transexual debe adecuarse al sexo registral o al bioló-

⁵³ Por su interés, transcribo las palabras textuales del dictamen del Consejo de Estado: «Las modificaciones que esta disposición introduce en el Código Civil son terminológicas, de modo que las referencias al padre y a la madre se sustituyen por las expresiones “progenitor no gestante” y “progenitor gestante”. Sin embargo, como ha destacado el Consejo General en su informe, estas modificaciones, además de terminológicas, son conceptuales, en la medida en que pretenden acomodar el lenguaje del Código Civil a la realidad de la filiación que resulta de personas del mismo sexo. (...) La expresión “progenitor no gestante” se introduce en sustitución del término “padre” con la finalidad de abarcar los supuestos en los que los progenitores no sean solo un hombre y una mujer sino dos mujeres. Desde esta perspectiva su uso no plantea problemas, por ejemplo, en el artículo 124 (relativo a la eficacia del reconocimiento del menor), aunque puede resultar más cuestionable en artículos como el 137, que tiene por objeto la impugnación de la paternidad (por lo demás, en el apartado 2 de este artículo se mantiene la referencia a la “paternidad biológica”). En cambio, parece al Consejo de Estado que la expresión “progenitor gestante” debiera reconsiderarse cuando se aplica a la madre porque aquí su uso no se acomoda exactamente a la realidad. De un lado, como han manifestado muchas asociaciones durante el expediente, es preciso reconocer que progenitor gestante será siempre la madre, con independencia de quién sea el otro progenitor –hombre o mujer– o incluso de que este sea desconocido (cabe traer aquí a colación la máxima paulina según la cual *mater semper certa est*). De otro, aunque es cierto que la nueva terminología se inserta únicamente en regulación sobre filiación, tampoco cabe desconocer que la maternidad es un concepto que trasciende el hecho puramente biológico de la gestación. De ahí que sea protegida por la Constitución Española, cuyo artículo 39 contiene una garantía institucional al obligar a los poderes públicos a asegurar “la protección integral (...) de las madres, cualquiera que sea su estado civil”».

gico, decidiendo la Corte que no es contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante: CEDH) la segunda opción. Las dos sentencias son paralelas, responden a sendas demandas presentadas contra Alemania, y afrontan la misma pretensión: la constancia en el Registro Civil de la condición familiar correspondiente al sexo registral y no a la intervención biológica en la procreación, en un caso como madre, y en el otro como padre, de los demandantes.

Así, en la STEDH 4 abril 2023 (A.H. y otros contra Alemania, TEDH 41)⁵⁴, la demandante es una mujer trans que, tras el cambio registral de sexo y antes del nacimiento de un bebé, reconoce notarialmente que es fruto de su propio esperma, con consentimiento de la madre. Tras el nacimiento, solicita constar en la inscripción del hijo como madre y con su nombre femenino. Por su parte, en la STEDH de 4 de abril de 2023 (O.H. y G.H. contra Alemania, TEDH 40)⁵⁵, el demandante es un hombre trans que, tras haber dado a luz un niño fruto de un donante de esperma, pretende constar en la inscripción de nacimiento como padre y con su nombre masculino, dejando vacía la referencia a la madre.

En ambos casos, las sucesivas instancias judiciales deniegan, conforme a la legislación alemana (y en concreto al art. 1591 BGB, que recoge la determinación de la maternidad por el parto, y al art. 1592 BGB, que contempla el reconocimiento como un título de determinación de la paternidad), las pretensiones de los demandantes, procediendo a inscribir el hijo en el Registro Civil con la paternidad y la maternidad correspondiente a la intervención en su generación, según el sexo biológico inicial, y bajo el nombre identificativo de tal condición sexual. De manera que, en el primer caso, se hace constar a la demandante como padre y con su nombre anterior al cambio registral, y en el segundo, como madre y bajo su nombre femenino, con fundamento en que dicha condición pertenece a quien ha dado nacimiento al hijo y en que el Código civil alemán no admite el reconocimiento de la maternidad. En ambos casos la controversia llega a la Corte Federal, que se pronuncia respectivamente en sendas sentencias de 29 de noviembre de 2017 y 6 de septiembre de 2017, que declaran que la legislación alemana protege el derecho del hijo a un padre y una madre conforme a la verdad biológica, aun en contra de los cambios registrales, y que responda a la participación de cada progenitor en la concepción, lo cual no contraría los derechos fundamentales de quien cambió su sexo registral. La Corte observa que el estatuto jurídico de madre o

⁵⁴ Corresponde a la demanda núm. 7246/20.

⁵⁵ Corresponde a las demandas núm. 53568/18 y núm. 54741/18.

de padre se define biológica y respectivamente por el parto o por la fecundación, lo cual no es susceptible de modificación voluntaria. Posteriormente, y también en ambos casos, el Tribunal constitucional alemán inadmite el recurso planteado por los demandantes, quienes recurren ante la Corte de Estrasburgo alegando la vulneración del artículo 8 CEDH, en cuanto recoge el derecho a una vida privada, y del artículo 14 CEDH. Las sentencias desestiman la vulneración alegada con los siguientes fundamentos:

a) La falta de consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre el registro de la filiación de una persona transgénero posterior al cambio de sexo registral: aunque cinco de ellos admiten un reconocimiento conforme al nuevo sexo, la mayoría determina la maternidad por el nacimiento y admite la reclamación de paternidad de quien aportó su semen. Por consiguiente, considera que la parentalidad de una persona que ha cambiado de género «suscita delicados interrogantes de orden ético, y confirma que debe reconocerse a los Estados en principio un amplio margen de apreciación», que no escapa sin embargo al control del Tribunal Europeo (§§ 114 a 117).

b) La existencia de dos intereses privados contrapuestos, los de los demandantes a su vida privada, que incluye su identidad de género, y el del hijo a la estabilidad de la filiación, a su determinación coherente con la función biológica respectiva de los progenitores, y al conocimiento de sus orígenes, que comporta la referencia a su padre y a su madre, así como un interés público que radica en la coherencia del sistema legal y la exactitud y completitud de los asientos registrales (§ 122). Señala que el interés del hijo y el público coinciden en este caso (§ 125), y que el derecho del hijo a conocer sus orígenes, que los tribunales alemanes han priorizado para limitar el derecho a la identidad de género de su progenitor, también está protegido por la Convención, y «engloba señaladamente el derecho a establecer los detalles de su filiación» (§ 126).

c) La Corte de Estrasburgo valora también que los tribunales alemanes hayan enfatizado que la vinculación legal del niño a sus padres conforme a sus respectivas funciones procreativas permite su vinculación de manera estable e inmutable a una madre y un padre que no cambiarían, incluso en la hipótesis no sólo teórica de que el progenitor transgénero solicitara la nulidad de la decisión de cambio de género. Además, esta conexión se dirige también a impedir la gestación sustituta, prohibida en Alemania, prohibición que la Corte ha reconocido responder a un interés general legítimo (§ 127).

d) Dado que la constancia de la paternidad y la maternidad conforme a lo expuesto no impide que pueda obtenerse un certificado de nacimiento sin referencia alguna a los padres, de manera que sólo demostrando un interés legítimo se dará noticia en él de la condición transexual del padre o de la madre, el Tribunal de Estrasburgo considera que existe una correcta composición de los intereses privados y público en conflicto (§ 130).

e) En cuanto a la vulneración del artículo 14 CEDH, en ambos casos se considera mal fundada, pero se observa que, de cualquier manera, no cabe equiparar la situación de la persona que da a luz con quien aporta sus gametos, para reiterar que la respectiva constancia en el Registro de ambos hechos forma parte del margen de apreciación de los Estados (§ 143, en A.H. y otros contra Alemania, y § 141 en O.H. y G.H. contra Alemania).

Tiene interés destacar que ambas sentencias recogen supuestos semejantes planteados en otros países y resueltos en el mismo sentido (§§ 70 a 74), con argumentos parecidos. Así, se menciona la sentencia de 29 de abril de 2020 del Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (caso *McConnell* contra Inglaterra y Gales), que decide el supuesto de un hombre trans que da a luz tras ser inseminado con semen de donante, y desea constar como padre o, al menos, como progenitor. Considera la sentencia que la Ley de Reino Unido de Reasignación de género de 2004 no ha modificado el concepto de madre del *Common Law*, asociado al hecho de sostener un embarazo y dar a luz un hijo, de manera que aunque el género registral sea masculino, su estado parental será el de madre, sin que ello comporte violación de los artículos 8 y 14 CEDH, porque dicha decisión se dirige a mantener un registro de nacimientos coherente y claro, así como a proteger otros bienes, entre ellos el del menor a conocer quién es su madre, hecho de importante relevancia jurídica porque sólo la madre ostenta la autoridad parental sobre el hijo desde el momento del nacimiento. Asimismo, la Corte de casación francesa, en sentencia de 16 de septiembre de 2020, deniega la pretensión de la mujer trans de constar como madre, además de por los argumentos ya mencionados, por valorar el interés del hijo nacido tras el cambio de sexo de su padre, en tener la misma filiación que sus hermanos nacidos (de idénticos progenitores, dado que la madre estaba casada con aquél) antes de dicho cambio.

En suma, de esta jurisprudencia resulta que la distinción entre la maternidad y la paternidad, su régimen jurídico diferenciado conforme a la participación biológica en la generación del hijo, y su constancia registral como tal, protege el interés privado del hijo en la determinación de su filiación conforme a la realidad, lo cual pro-

tege su derecho a la identidad y al conocimiento de sus orígenes, y concuerda con el interés público en mantener Registros claros, coherentes y encaminados a la protección de la seguridad jurídica.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Es un clamor unánime en la doctrina civil, al que se suma la jurisprudencia del Tribunal Supremo más reciente, la necesidad de emprender en España una reforma global del Derecho de filiación, que atienda de forma sistemática y coherente a los retos planteados por las nuevas realidades sociales y los avances científicos y tecnológicos. Por lo expuesto, esta reforma debería responder a las siguientes premisas:

1. Contemplar una regulación separada de la filiación por naturaleza y de la nacida de TRHA, para otorgar a ésta tratamiento específico y unitario. El papel que en la filiación por naturaleza cumple la realidad biológica debe asignarse a la voluntad de procrear (conjunta o individual), o de someterse a dichas técnicas, expresada antes del nacimiento del hijo. En cuanto filiación formal o desvinculada de la realidad, y por razones de seguridad jurídica, es razonable exigir forma pública para la relevancia civil de tal declaración, y desde luego no presumirla, que sería lo resultante de la introducción de una nueva presunción de maternidad. No veo motivo alguno para presumir una voluntad procreativa que necesariamente es personal y diferente a cualquier otro hecho o acto (la convivencia, el matrimonio, las relaciones sexuales entre la pareja). Esta regulación paralela de ambas filiaciones evitará la aplicación analógica entre sistemas distintos que ahora sufrimos, y que desdibuja a ambas.

2. Mantener los conceptos jurídicos clásicos con su significado y fundamentación, en aras de la coherencia y la previsibilidad del sistema. Es la manera de que conserven su utilidad y su sentido expedientes técnicos tan relevantes como la presunción de paternidad, la posesión de estado o el reconocimiento. Para ello, es imprescindible delimitar muy bien el ámbito de aplicación de la voluntad, para no desnaturalizar todo el sistema. La presunción de paternidad anuda a un hecho, el matrimonio entre dos personas de diferente sexo, una consecuencia también fáctica, que es la paternidad del marido, basada en la habitualidad, que puede destruirse demostrada su incerteza. No hay ámbito dejado a la voluntad, que encuentra manifestación por otros derroteros. En cuanto a la posesión de estado, representa un espejo de la realidad biológica, a la

que por tanto manifiesta: no es un medio de convertir en realidad la voluntad a partir de su reiteración. Y el reconocimiento, no origina *per se* y sin vínculo alguno con la verdad biológica la filiación, porque en cuanto la presupone, está sometido a control a través de las acciones de impugnación *stricto sensu*. Si se estima necesario y conveniente alterar estos conceptos técnicos, depurados a lo largo de los siglos y plenos de significación y efectos, debe partirse de una nueva concepción legal articulada de forma coordinada, y que no haga tambalearse todo el edificio por una generalizada asunción de la voluntad como pieza maestra del sistema.

3. Mantener la diferenciación jurídica entre paternidad y maternidad, y sus respectivos distintos medios de determinación e impugnación, por responder a una visión de la filiación acorde con la realidad, como no puede ser de otro modo en una institución cuyo sustrato le viene dado al Derecho⁵⁶. Por tanto, ha de reivindicarse la conservación legal de los términos padre y madre, no sólo por razones estadísticas, sino también antropológicas, sociales y jurídicas. El necesario reconocimiento de derechos a colectivos minoritarios no debe implicar desdibujamiento de realidades plenas de significado y aceptación social. De ahí que me parezcan más adecuadas, legislativamente, normas que prevean en general la aplicación del término *madre* a la *persona gestante* con independencia de su sexo registral.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022», *Diario La Ley*, núm. 10069, 16 mayo 2022, La Ley 5054/2022.
- BARBA, Vicenzo: «Las técnicas de procreación humana asistida, la responsabilidad de los padres y el interés del menor entre ley y jurisprudencia italiana», *Actualidad Civil*, núm. 1, enero 2022 (La Ley 315/2022).
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: *La filiación en España: una visión crítica*, Cizur Menor, 2013.
- «Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales», *Derecho Privado y Constitución*, 2014, pp. 93-136.
- «El ajuste de las acciones de filiación: planteamiento y resultados», en *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor, 2017, pp. 463-535.

⁵⁶ En palabras inmejorables de RIVERO HERNÁNDEZ, las instituciones ligadas a la vida humana «deben ir muy ceñidas en su régimen jurídico a la realidad subyacente (atemporal, trascendente) que pretenden regular, realidad y dato prejurídico que el legislador no puede ignorar sin deformarla». Y así, frente al formalismo que preside la regulación de las instituciones creación del Derecho, «el realismo jurídico (coincidencia de la realidad extrajurídica y su expresión jurídica) debe informar las instituciones jurídicas del segundo tipo por mor de la vida real que las trasciende», 2021, pp. 798 ss.

- «La impugnación de la filiación determinada por un reconocimiento de complacencia», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 35, noviembre 2016, pp. 1870-1875. Versión online: http://www.registradores.org/wp-content/uploads/BoletinPDF/BOLETIN_35.pdf.
 - «Derecho transitorio de la Ley 11/1981, excepción al principio de cosa juzgada y plazo para la impugnación de la filiación no matrimonial (Comentario de la STS de 7 de septiembre de 2020 (461/2020))», en *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* (dir. Yzquierdo Tolsada, Mariano), vol. 12, 2020, Madrid, 2021, pp. 165-180 (disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2020-10)
 - «De la doble maternidad a la filiación sin madre: los progenitores de la Ley Trans», *blog CESCO*, 29 de marzo de 2023, disponible en https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/De_la_doble_filiacion_materna_a_la_filiacion_sin_madre.pdf
 - «Prevalencia del derecho a la tutela judicial efectiva sobre la eficacia de la cosa juzgada en los procesos de filiación. Comentario a la STS de 17 de noviembre de 2022 (JUR 2022, 374941)», *CCJC*, núm. 112, 2023, pp. 143-164.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida: reflexiones críticas a raíz de la jurisprudencia recaída sobre la materia», *Diario La Ley*, núm. 10182, 2 diciembre 2022 (La Ley 10933/2022).
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana: «Reproducción asistida y acciones judiciales de filiación: una controvertida relación. Especial consideración de la doble maternidad, con o sin intervención de centros sanitarios autorizados», en BUSTOS MORENO, Yolanda, y MÚRTULA LAFUENTE, Virginia (coord.), *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2021, pp. 157- 195.
- FARNÓS AMORÓS, Esther: «La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología», *ADC*, 2015.1, pp. 5-61.
- «La gestación por sustitución de nuevo ante el TS: la STS 31 marzo 2022 como ejemplo de la encrucijada actual», *ADC*, 2022, III, pp. 1281-1314.
 - «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza», *Revista de Bioética y Derecho*, 2022, pp. 29-54.
- FERRER RIBA, Josep: «Familias y pluriparentalidad en Derecho español», *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2018, pp. 163-177.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Las repercusiones de las propuestas normativas sobre el género preferido en el ámbito de las relaciones familiares», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 30, 2021 (La Ley 7814/2021).
- LÓPEZ AZCONA, Aurora: «La determinación de la filiación en Derecho francés: ¿un sistema más flexible que el español?», *RGLJ*, 2021.1, pp. 21-68.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel: *La posesión de estado familiar*, Sevilla, 1971.
- «La posesión de estado familiar (Una fugaz revisita, cincuenta años después: “el ladrón en la casa vacía”», en *Familia y Derecho en la España del siglo XXI. Libro Homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez*, Madrid, 2021, pp. 803-823.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: «Reconocimiento de complacencia. Comentario de la STS 15 de julio de 2016 (494/2016)», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina*, vol. 8.º (2016), Madrid, 2018, pp. 347-361.

- «Maternidad subrogada internacional: ¿un “cuento de la criada” global?», *Internacionalización del Derecho*, 2022.
- MASSIP, Jaques: *Le Nouveau Droit de la filiation*, Paris, 2006.
- MÚRTULA LAFUENTE, Virginia: «El difícil equilibrio en el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución: una propuesta de regulación desde los derechos de la mujer gestante», en BUSTOS MORENO, Yolanda, y MÚRTULA LAFUENTE, Virginia (coord.), *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2021, pp. 319-372.
- «La determinación de la filiación *contra legem* del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, pp. 3424-4567.
- «A vueltas con la gestación por sustitución y la filiación de los menores nacidos por este procedimiento. Algunas reflexiones tras la STS 1.^a (Pleno), de 31 de marzo de 2022», *Derecho Privado y Constitución*, 2023, pp. 87-137.
- NANCLARES VALLE, Javier: «El interés superior del menor en la gestación por sustitución», *Revista General de Derecho Constitucional*, 2020, pp. 1-48.
- NAVARRO MICHEL, Mónica: «La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales», *Revista de Bioética y Derecho*, 2022, pp. 5-28.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., y HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar (dir.): *Propuestas para un nuevo Derecho de filiación: la multiparentalidad*, Santiago de Chile, 2022.
- QUESADA GONZÁLEZ, María Corona: *Problemas jurídicos actuales de la paternidad*, Barcelona, 2022.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «Casos recientes que plantean el difícil equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil de filiación», *Derecho Privado y Constitución*, 2015, pp. 263-303.
- «Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: estado de la cuestión», en BARBER CÁRCAMO, QUICIOS MOLINA y VERDERA SERVER (coord.), *Retos actuales de la filiación*, Madrid, 2018, pp. 185-228.
- «Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación: parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado... e interés superior del menor», en BUSTOS MORENO y MÚRTULA LAFUENTE, (coord.), *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, Madrid, 2021, pp. 277-315.
- «Doble maternidad y acciones de filiación: conceptos de voluntad de ser madre, posesión de estado e interés del menor. Comentario a la STS de 27 de enero 2022», *CCJC*, 2022, pp. 141-168.
- «Las relaciones de filiación de personas LGTBI tras la Ley 4/2023», *Cuadernos de Derecho Privado*, 2023, pp. 2-7.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Una revolución jurídica silenciosa. ¿Filiación? ¿Qué es eso?», en *Familia y Derecho en la España del siglo XXI. Libro Homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez*, Madrid, 2021, pp. 781-802.
- ROCA TRÍAS, Encarna: «Dura lex sed lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2179, junio 2015, pp. 301-338.
- SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: «La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución», *InDret*, 4. 2020, pp. 116-146.

JURISPRUDENCIA CITADA

1. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH de 4 de abril de 2023 (A.H. y otros contra Alemania) (TEDH 41).

STEDH de 4 de abril de 2023 (O.H. y G.H. contra Alemania) (TEDH 40).

2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 138/2005, de 26 de mayo (RTC 138, ponente Rodríguez-Zapata Pérez).

STC 156/2005, de 9 de junio (RTC 156, ponente García-Calvo y Montiel).

STC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 273, ponente Pérez Vera).

STC 52/2006, de 16 de febrero (RTC 52 ponente Gay Montalvo).

STC 82/2022, de 27 de junio (RTC 82, ponente Xiol Ríos).

3. TRIBUNAL SUPREMO

SSTS de 2 de marzo de 1994 (RJ 2387, ponente Bacigalupo Zapater).

STS de 16 de febrero de 1989 (RJ 969, ponente Latour Brotons).

SSTS de 12 de mayo de 2011 (RJ 3280, ponente Roca Trías) y SSTS de 5 de diciembre de 2013 (RJ 7640, ponente Seijas Quintana).

STS de 15 de enero de 2014 (RJ 1265, ponente Orduña Moreno).

STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 833, ponente Sarazá Jimena).

STS de 15 de julio de 2016 (RJ 3196, ponente Pantaleón Prieto).

STS de 9 de mayo de 2018 (RJ 1854, ponente Parra Lucán).

STS de 18 de julio de 2018 (RJ 2949, ponente Parra Lucán).

STS de 1 de marzo de 2019 (RJ 643, ponente Baena Ruiz).

STS de 8 de octubre de 2019 (RJ 4060, ponente Parra Lucán).

STS de 7 de septiembre de 2020 (RJ 3227, ponente Salas Carceller).

STS de 27 de enero de 2022 (RJ 576, ponente Parra Lucán).

STS de 31 de marzo de 2022 (RJ 1190, ponente Sarazá Jimena).

STS de 11 de julio de 2022 (RJ 3820, ponente Parra Lucán).

STS de 17 de noviembre de 2022 (RJ 5485, ponente Seoane Spiegelberg).

STS de 16 de mayo de 2023 (JUR 214585, ponente Parra Lucán).

4. AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Madrid de 30 de noviembre de 2018 (JUR 2019\15949).
SAP Granada de 3 de mayo de 2019 (JUR 2020\20463).
SAP Asturias de 12 de noviembre de 2019 (JUR 2020\32695).
SAP Málaga de 22 de enero de 2020 (AC 2021\109).
SAP Orense de 14 de febrero de 2020 (JUR 142270).
SAP Málaga de 24 de junio de 2020 (JUR 2021\55965).
SAP Madrid de 7 de julio de 2020 (JUR 333891).
SAP Albacete de 6 de octubre de 2020 (JUR 329305).
SAP Huelva de 14 de octubre de 2020 (JUR 365793).
SAP Huelva de 20 de octubre de 2020 (JUR 367248).
AAP Orense de 21 de octubre de 2020 (JUR 2021\25912).
SAP Cáceres de 25 de noviembre de 2020 (AC 2021\184).
SAP Madrid de 1 de diciembre de 2020 (JUR 2021\55934).
SAP A Coruña de 1 de febrero de 2021 (JUR 117973).
SAP Burgos de 10 de febrero de 2021 (JUR 133208).
SAP Barcelona de 6 de abril de 2021 (JUR 192738).
SAP Islas Baleares de 27 de abril de 2021 (JUR 163294).
SAP Castellón de 20 de mayo de 2021 (JUR 328195).
SAP Córdoba de 5 de julio de 2021 (JUR 347847).
SAP Madrid de 30 de diciembre de 2021 (JUR 2022\116794).
SAP Navarra de 7 de junio de 2022 (JUR 264041).
SAP Baleares de 9 de junio de 2022 (RJ 290025).
SAP Asturias de 22 de julio de 2022 (JUR 310288).
SAP Valencia de 25 de octubre de 2022 (JUR 374871).

