

AMBAS MUJERES CONVIVIERON COMO PAREJA:

No existiendo matrimonio, la hija tiene solo una madre

Visitación y Esmeralda mantenían una relación afectiva habiendo dado a luz esta última en el año 2003 a una hija por medio de técnicas de reproducción asistida.

A pesar de haber iniciado un expediente matrimonial, **no llegó a contraerse el matrimonio produciéndose la separación definitiva en diciembre 2006.**

Visitación demandó a Esmeralda "en solicitud de determinación judicial de maternidad y de adopción de medidas materno-filiales y económicas" con respecto a la niña Tatiana. Pidió en la demanda: a) el reconocimiento judicial de la filiación no matrimonial;

b) que el juzgado acordara una serie de medidas en relación a la patria potestad, la guarda y custodia y el derecho de visitas y los gastos por alimentos.

Esmeralda se opuso a la demanda entendiendo que la actora no estaba legitimada para ejercer una acción de filiación, de acuerdo con **lo dispuesto en el Código civil, al no ser madre biológica de la menor, ni haberse iniciado el procedimiento de adopción.**

El Ministerio Fiscal se adhirió a esta alegación y presentó la excepción de falta de legitimación activa de la demandante.

El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Massamagrell dictó sentencia el 12 diciembre 2008 desestimando la demanda con la siguiente argumentación:

a) no hay que determinar si ha existido o no discriminación, atendida la orientación sexual de las litigantes, porque lo que debía determinarse era la legitimación de la demandante para el ejercicio de una acción de filiación respecto de la niña concebida mediante técnicas de reproducción asistida;

b) de acuerdo con lo dispuesto en el art. 108 CC, la demandante no se encuentra en ninguno de los supuestos de determinación de la filiación, "porque biológicamente es imposible su determinación por naturaleza y porque no se ha llevado a cabo ningún expediente de adopción respecto de la menor.

A la vista de dicho artículo, no existe otro modo distinto de determinación de la filiación";

c) la aplicación del art. 7.1 y 3 LTRA exige que ambas integrantes de la pareja estén casadas entre sí y demandante y demandada nunca contrajeron matrimonio, de modo que "[...] al no estar presente el primero de los requisitos, esto es el matrimonio de la pareja, es imposible la aplicación de las consecuencias previstas, por ello, no nos encontramos en el supuesto de hecho previsto en la ley para la determinación de la filiación de un hijo nacido mediante técnicas de reproducción asistida, entre parejas del mismo sexo, pues exige con carácter previo el matrimonio de las mismas, sin que sea posible su aplicación analógica a parejas o uniones estables, puesto que la ley es clara al hablar de mujer casada, y sin que ello suponga discriminación alguna o desigualdad de trato".

Tras interponer Visitación un recurso de apelación, **la AP de Valencia, Sec. 10.ª**, dictó Sentencia el 27 enero 2010 desestimándolo.

Respecto a la prohibición de **discriminación por razón de sexo** alegada por la recurrente y después de recoger la jurisprudencia constitucional, señala la Sentencia:

a) que "no se entiende fácilmente la alegación sostenida en el recurso acerca de esa pretendida discriminación, cuando la recurrente sabe bien que no se trata de una cuestión de discriminación, sino de legalidad; cuestión esta muy distinta y que la juzgadora de instancia resuelve conforme a la legalidad";

b) la falta de legitimación de la recurrente proviene del hecho de que cuando era pareja con la hoy demandada y nació la niña no había posibilidad legal de que las personas del mismo sexo contrajeran matrimonio, ni adoptar los hijos del progenitor del mismo sexo; esa es la única causa por la que la actora, hoy recurrente, no pudo figurar como progenitora en su día ni en la actualidad, y ello no supuso, ni supone discriminación alguna y sí solo aplicación de la legislación vigente en nuestro ordenamiento".

Visitación interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, pero fueron desestimados por **el Tribunal Supremo** que acogió la objeción a su admisión formulada por el Ministerio Fiscal, pues según éste, la recurrente había ejercitado una acción de filiación, mientras que el recurso se fundamenta en el nº 1º del art. 477.2 LEC, es decir, que lo articula como si el proceso se hubiera seguido en reclamación de la tutela judicial de un derecho fundamental distinto de los reconocidos en el art. 24 CE.

Según el **Tribunal Supremo, el art. 477.2, 1º LEC** establece que serán recurribles en casación las sentencias dictadas en 2ª instancia por las Audiencias Provinciales:

"1º cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 de la Constitución ", cuya vulneración debe ser denunciada a través del recurso extraordinario por infracción procesal, según establece el art. 469, 1.4º LEC.

El art. 249.1, 2ª LEC establece que se decidirán en juicio ordinario:

"las demandas que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, [...]".

En la demanda que ha dado lugar a los presentes recursos se ejercitó una acción de reconocimiento de filiación, con base en el art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de reproducción asistida, modificado por la ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

En esta demanda se alegó que la demandante ahora recurrente no había podido contraer matrimonio cuando nació la niña, en 2003, y ahora se permite la filiación conjunta sin necesidad de adopción, por lo que "permitir esta posibilidad a los hijos de filiación matrimonial y no permitir la para los hijos de relaciones de hecho, no matrimoniales, supondría una discriminación proscrita en nuestro ordenamiento jurídico".

Es cierto que se utilizaron en la argumentación referencias al derecho a no ser discriminado; pero la demanda no se fundó en la lesión de ningún derecho fundamental de la demandante, sino que ejercitó expresamente una acción de reconocimiento de la filiación, que no fue estimada en la sentencia que se recurre.

Este es el criterio sostenido en el auto de la Sala de 6 octubre 2009 donde, citando otros autos, se dice que esta Sala tiene el criterio reiterado "[...] que es el objeto del proceso el que determina este cauce específico de acceso al recurso de casación, por lo que es únicamente aplicable a los juicios relativos a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 de la Constitución y que hayan sido vulnerados en la realidad extraprocesal (por ello se excluye el art. 24 de CE), de ahí que la previsión normativa contemple en este caso la recurribilidad en casación de las sentencias recaídas en procesos referidos a la tutela civil del honor, intimidad, imagen u otro derecho fundamental, mas no en aquellos atinentes a derechos reales, contratos o cualesquiera otra cuestión civil o mercantil, en los que no cabe utilizar el referido ordinal 1º del art. 477.2 por el simple medio de citar como infringido un precepto constitucional, aunque tenga relación con la materia debatida en el pleito (criterio sostenido en los AATS de 1/6/2004, recurso 367/2004; de 6/7/2004, recursos 563/2004, 393/2004; de 27/7/2004, recursos 697/2004, 513/2004, 439/2004, 701/2004; y de 13/10/2004, recurso 727/2004)" (asimismo, ATC 2/1991, de 14 enero).

Aunque no sea de aplicación, porque el recurso se formuló al amparo de la LEC/2000, el Tribunal Supremo hizo alusión al Acuerdo de la Sala sobre criterios de admisión de los recursos de casación y recursos extraordinarios por infracción procesal, formulado en relación a la ley 37/2011, de 10 octubre, sobre Medidas de Agilización Procesal, que incluye como causas de inadmisión del recurso de casación "no haberse tramitado para la tutela civil de los derechos fundamentales el proceso en que se dictó la sentencia recurrida (art. 477.2,1º LEC)".

La causa estaba ya en vigor cuando se formuló el recurso de casación de D.^a Visitación, que no debería haber sido admitido, a pesar de la novedad e interés del problema que se plantea en el mismo y que *hubiera sido perfectamente posible plantearlo alegando el interés casacional, por fundarse en una norma, el art. 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de reproducción asistida, modificado por la ley 3/2007 de 15 de marzo, que no llevaba más de 5 años en vigor (art. 477.3 LEC/2000) en el momento de presentarse el recurso.*

Esta argumentación implica también la inadmisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal, conforme a la DF 16, 5ª, párrafo segundo LEC cuyos fundamentos, además de no estar fundados en ningún artículo de la Ley procesal, plantean los mismos problemas a que se refiere el anterior razonamiento.

En definitiva, la vía adecuada para que este litigio hubiera podido acceder a la casación no era en virtud del Art. 477.2.2 LEC, sino la del ordinal 3º, en relación con el apartado 3 del mismo Art. 477, por eso, no siendo admisible el recurso de casación, tampoco lo es el extraordinario por infracción procesal y la causa de inadmisión apreciada en este acto, se convierte en razón para desestimar los recursos.