

El necesario consentimiento de la mujer casada en las técnicas de reproducción asistida como título de atribución de la maternidad y la importancia del interés del menor*

The married woman's consent required for assisted reproductive techniques, title attributing motherhood and the importance of the child's interests

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular
Derecho Civil. UCM*

RESUMEN: El consentimiento voluntario para la realización de las técnicas de reproducción asistida y la voluntad de concebir un hijo por parte de la mujer casada con la madre biológica posibilita el ejercicio de la acción de reclamación de filiación por posesión de estado y sirve como título de atribución de la maternidad. Posesión de estado que surge del matrimonio y en donde debe primar el interés de los hijos y la estabilidad familiar.

ABSTRACT: *The voluntary consent to the carrying out of assisted reproduction techniques and wish to conceive a child on the part of the married woman with the biological mother, makes the exercise of claiming for affiliation of state possession and acts as title of attribution of motherhood. Ownership status arises from the marriage and must prioritize the interests of the children and the stability of the family.*

PALABRAS CLAVE: Matrimonio homosexual femenino. Atribución de la maternidad.

KEY WORDS: *Female sex marriage. Attribution of motherhood.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. FILIACIÓN POR POSESIÓN DE ESTADO.—III. EL INTERÉS DEL MENOR, LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LAS FAMILIAS HOMOPARENTALES FEMENINAS: A) INTRODUCCIÓN: EL INTERÉS DEL MENOR. B) INTERÉS DEL MENOR Y ANONIMATO DEL DONANTE DE GAMETOS Y MATRIMONIOS HOMOPARENTALES FEMENINOS. C) DERECHO A LA IDENTIDAD, CONOCIMIENTO GENÉTICO Y FILIACIÓN. D) LA INFORMACIÓN SOBRE EL DONANTE EN LAS TRA Y EN LA ADOPCIÓN EN RELACIÓN CON LAS PAREJAS HOMOSEXUALES FEMENINAS EN DERECHO COMÚN. E) LA FORMA DEL CONSENTIMIENTO Y LAS TRA EN RELACIÓN CON LAS PAREJAS HOMOSEXUALES FEMENINAS EN CATALUÑA Y EN DERECHO COMÚN. F) LAS RELACIO-

* Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JURI, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, titulado «Negocios jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema», dirigido por la profesora doctora doña Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, y en el marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formo parte.

NES PERSONALES ENTRE UN MENOR Y LA ANTIGUA COMPAÑERA DE SU MADRE BIOLÓGICA. EL INTERÉS DEL MENOR.—IV. REGISTRO CIVIL.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TC, TS, AP) CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La Sala Primera del TS se ha pronunciado sobre un tema importante que nos trae a colación los cambios habidos en la consideración actual de la familia no solo por la modificación posibilitada por la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo (el caso que resuelve concretamente se refiere a dos mujeres)¹, sino también por las modificaciones introducidas gracias a las técnicas reproductivas. Como siempre el tema va a analizarse desde el punto de vista fundamentalmente jurisprudencial por estar encuadrado este pequeño estudio dentro de dicha sección.

Algunas de estas novedades introducidas por los cambios del modelo familiar ya habían sido tenidas en cuenta por la propia Sala Primera, como puede verse en la sentencia de 12 de mayo de 2011, la cual afirma que «el sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyan un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales»².

Evidentemente la polémica de la determinación de la filiación del hijo tenido por una mujer casada con otra mujer, tras someterse aquella a técnicas de reproducción asistida (de ahora en adelante TRA) surge de que la maternidad por naturaleza solo puede ser una, y corresponde a la mujer que ha dado a luz³.

Anteriormente a la actual Ley de reproducción asistida, la DGRN determinaba que la relación jurídica de filiación respecto de su cónyuge sería posible y debería establecerse únicamente por adopción (ejemplo de esta línea lo son las RRDGRN de 30 de septiembre de 2004⁴ y 5 de junio de 2006⁵).

La evolución legal se plasmó en el artículo 7.3 LTRHA⁶, que determinó una filiación jurídica, de carácter legal, ya que posibilitó la filiación en los supuestos de matrimonio de dos personas del sexo femenino, y sobre todo su acceso al Registro Civil. Cambio que se recogió en las RRDGRN de 17 de abril de 2008⁷, 17 de mayo de 2008⁸ y de 22 de mayo de 2008⁹.

La DGRN señaló que «esta determinación de la filiación a favor de otra mujer no altera el principio de unidad de la maternidad que consagra el ordenamiento, ya esté determinada por naturaleza —por el hecho del nacimiento— o por adopción» (RDGRN de 14 de octubre de 2008)¹⁰.

La novedad de esta disposición es que en realidad el artículo 7 LTRA, *crea un nuevo título de determinación de la maternidad que no está contemplado por el Código*. Ya que no es posible hablar de determinación de la filiación por naturaleza del cónyuge de quien se somete a técnicas de reproducción asistida, como ocurre en el supuesto en el que el marido consiente en que su mujer se someta a estas técnicas, sino que estamos ante la determinación de la filiación por naturaleza de la mujer casada con otra mujer, que es la gestante. El marido podría ser el padre por naturaleza del hijo de su mujer, pero obviamente no se tienen dos madres por naturaleza.

Otra cuestión, como vamos a ver en la jurisprudencia que citamos, es que este precepto no es aplicable a supuestos producidos antes de la entrada en vigor de la Ley, ya que la misma ley no había establecido la retroactividad.

Aunque la DGRN en la Resolución de 14 de octubre de 2008 citada, había sostenido que si el nacimiento del hijo de una de las cónyuges, mediante técnicas de reproducción asistida, se ha producido antes de esa fecha, estando ya casada con la mujer que solicita ahora que conste su maternidad sobre el nacido, «debe accederse a la solicitud porque así resulta de la aplicación analógica de la Disposición Transitoria primera del Código Civil en su redacción originaria, ya que siendo así que el derecho al reconocimiento de la filiación materna de la casada con la madre gestante se introduce *ex novo* en nuestro Ordenamiento Jurídico, con norma de rango legal, por la Ley 3/2007, por referencia a la situación legislativa inmediatamente anterior».

Por otro lado, como vamos a ver, la existencia del *consentimiento* de la madre no gestante (y de la gestante) y su plasmación documental, es un requisito muy importante a la hora de determinar la filiación en estos casos (RDGRN de 26 de noviembre de 2008)¹¹.

No obstante, volviendo a la STS objeto de comentario, de 5 de diciembre de 2013, la cuestión que se resuelve es más complicada, pues se reconoce la maternidad de la exesposa de la madre biológica de las niñas. Es importante saber que ambas mujeres contrajeron matrimonio en agosto de 2007, aunque previamente habían firmado en marzo un *consentimiento informado para la fecundación in vitro* naciendo en diciembre las menores Carolina y Ana, pero que solo fueron inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre, Sandra, en el mismo orden que esta los ostenta.

Posteriormente, el supuesto de hecho se complica, pues Sandra inicia ante el Registro Civil expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de las menores practicadas, para concretar que el estado civil de la madre biológica no es de soltera, sino de casada, y se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos de las dos menores.

En junio de 2009, se produce el divorcio. Herminia reclama la filiación de las niñas por posesión de estado que fue estimada en la 1.ª Instancia, pero que recurrida en apelación fue desestimado el recurso. De manera que la cuestión se solventa por el TS, quien declara no haber lugar al recurso de casación formulado por la demandada, madre biológica de las niñas, reconociendo a Herminia su maternidad por posesión de estado que surge del matrimonio y en donde debe primar el interés de los hijos y de la estabilidad familiar.

II. FILIACIÓN POR POSESIÓN DE ESTADO

La posesión de estado es la relación fáctica que se establece entre dos personas en concepto de padre o madre e hijo. Concepto que ha experimentado un cambio por la evolución de la familia y del Derecho de Familia, y que afecta a nuestro supuesto por el hecho de la existencia de dos madres, una gestante gracias a las TRA y otra no gestante pero casada con la anterior.

Tradicionalmente se ha considerado que para que esta relación de hecho exista deben darse tres circunstancias:

- 1.º que el hijo lleve el apellido del progenitor (*nomen*),

- 2.º que el trato entre ambas personas sea el correspondiente a la relación paterno-filial (*tractatus*) y
- 3.º que esta relación sea pública, esto es, conocida en el círculo social donde se mueven padre o madre e hijo (*fama*).

El TS ha analizado la posesión de estado últimamente, concretamente en la sentencia de 25 de junio de 2004, y como criterios globales afirma que la posesión de estado puede formarse por actos directos del propio padre o de su familia, que puede venir manifestada por actos reiterados de forma ininterrumpida, continuada y pública, aunque no se requiere necesariamente que estos actos que la expresan sean practicados con plena publicidad, ni que sean muy numerosos. También concurre constante posesión de estado si se dio en un pasado próximo, aunque no exista en el momento de ser invocada debido al cese de la convivencia entre los progenitores¹².

La posesión de estado cumple tres funciones en nuestro sistema de filiación:

- condiciona la legitimación activa, y a su vez el plazo de caducidad, para reclamar o impugnar la filiación;
- puede utilizarse en un proceso judicial como prueba de la filiación reclamada (art. 767.3 LEC);
- es título de legitimación subsidiario para actuar en el tráfico jurídico, como hijo o como padre, quien aparentemente son hijo y padre (art. 113 CC).

En nuestro caso evidentemente se utiliza como *prueba de la filiación* reclamada. La cuestión se centra en el error existente en el Registro Civil que pudiera hacer pensar que la posesión de estado de Herminia contradice otra legalmente determinada, la de Sandra únicamente al llevar las niñas los dos apellidos de la madre¹³.

La importancia de la doctrina de esta sentencia es que el TS afirma con rotundidad que la *posesión de estado* constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y *refuerza el consentimiento como título de atribución de la maternidad*.

El TS no entra en los requisitos referidos a la posesión de estado, pues es la Audiencia quien hace un exhaustivo examen al respecto concretando su existencia¹⁴. El TS va más allá, concreta que es *el consentimiento firmado para la utilización de la fecundación in vitro la base del título de atribución de la maternidad de Herminia*.

Previamente es la propia Audiencia la que establece que «la prestación del consentimiento para la práctica de la técnica de reproducción asistida (es) de particular significación porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras mediante consentimiento expreso, hasta el punto de que en casos como este, dicho consentimiento debe ser apreciado, aunque la posesión de estado hubiera sido escasa o no suficientemente acreditada como de ordinario se exige».

Finaliza estableciendo que «la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma (art. 7.3 LTRHA) a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad».

Diferente es el supuesto que se recoge en la SAP de Toledo, Sección 2.ª, de 17 de enero de 2012¹⁵, la cual no reconoce la filiación materna extramatrimonial por posesión de estado a la excompañera de la madre biológica del menor¹⁶.

En esta sentencia se desestima la acción de reclamación por posesión de estado ejercitada por la excompañera de la madre biológica por inaplicación del artículo 7.3 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida, ya que no opera retroactivamente dicha ley, como hemos puesto de manifiesto en el inicio de este estudio. Además el supuesto de hecho del artículo 7.3 es el de un *matrimonio* contraído entre dos mujeres, cuando en el caso objeto de examen se está ante una pareja homosexual femenina sin la estabilidad para la que está pensado el precepto, pues se rompió a los tres años de nacer el niño¹⁷. Es importante tener en cuenta que el artículo 7.3 atribuye al nacido una filiación matrimonial y en el presente caso la demandante reclama una filiación materna extramatrimonial.

Además se determina la *ausencia de acreditación de la posesión de estado, pues no concurren sus elementos tradicionales de nomen y fama*. Y todo ello porque el segundo nombre del menor, que da cuenta de la relación que en su momento tuvieron las litigantes, no constituye indicio de tal posesión de estado, pues el nombre normalmente usado en sociedad es el primero. Tampoco se aprecia la fama atendiendo al poco tiempo que la pareja gozó de estabilidad desde el nacimiento del menor (tres años)¹⁸.

III. EL INTERÉS DEL MENOR, LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LAS FAMILIAS HOMOPARENTALES FEMENINAS

A) INTRODUCCIÓN: EL INTERÉS DEL MENOR

El libre desarrollo de la personalidad y su conexión con la procreación se encuentra consagrado en el artículo 10.1 CE, entendido como principio constitucional centrado en la autonomía de la persona para elegir, libre y responsablemente, la concepción y el nacimiento de un hijo (decisión personalísima del sujeto)¹⁹.

Evidentemente el *interés del menor* debe ser la cuestión primordial en todas las controversias que aparecen en torno a las técnicas de reproducción asistida.

El interés del menor, cuya base es su *bienestar*, se complica en estos supuestos donde existen relaciones personales, relaciones sentimentales, y además aparecen las nuevas tecnologías a las que se *acude voluntariamente con la intención y el propósito firme de procreación*, hecho que a su vez origina las relaciones paterno-filiales.

En toda esta situación resulta interesante detenerse en el interés del menor como cuestión previa para con posterioridad profundizar en la incidencia que puede tener en materia de filiación como ocurre en el caso específico que estamos analizando. Y derivamos hacia el estudio del tema del interés del menor y las circunstancias que surgen en estos casos por que en la sentencia objeto de comentario, el ponente, SEIJAS QUINTANA argumenta y finaliza su exposición haciendo referencia a una cuestión muy importante como es el del *interés real de las niñas cuya filiación por posesión de estado de una de las madres se solicita*, en conexión directa con el interés de «la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas que preserve las vinculaciones conseguidas entre todas, y la discrepancia entre las litigantes debe reconducirse a su ámbito natural y jurídico, que no es otro que el de la ruptura de las relaciones personales, mediante el divorcio, que ya instaron».

Asimismo reconoce la evolución legal y judicial que se ha producido en los últimos años en el Derecho de Familia en beneficio siempre del interés del menor. Textualmente señala que «carece de sentido y fundamento, cuando no está en

juego el interés siempre preferente de las menores, es el empeinado esfuerzo de la madre biológica en impedir que progrese, se consolide y tenga efectos una situación como la enjuiciada en la que se está avanzando legal y jurídicamente en beneficio e interés de estas parejas...».

B) INTERÉS DEL MENOR Y ANONIMATO DEL DONANTE DE GÁMETOS Y MATRIMONIOS HOMOPARENTALES FEMENINOS

Una de las cuestiones más interesante en relación con el interés del menor se centra en la garantía del anonimato del donante (recogido en el art. 5.5 de la LTRHA), que choca frontalmente con el derecho del nacido a conocer sus orígenes.

La situación es diferente en los países de nuestro entorno, pues en Suecia, Austria, Alemania, Holanda, Noruega, Reino Unido, Nueva Zelanda..., son partidarios de utilizar registros obligatorios de donante de esperma a los que tiene acceso el concebido a partir de los dieciocho años. En algunos estados de USA, se deja a voluntad del potencial donante la posibilidad de ser incluso contactado por la descendencia²⁰.

¿Por qué ponemos énfasis en esta cuestión que parece estar fuera de contexto en este comentario? Por el hecho de que en una pareja heterosexual el recurso a estas técnicas puede pasar inadvertido incluso para el menor que puede no conocer sus orígenes reales. Pero en un matrimonio homosexual femenino la necesidad de un procreador masculino es evidente y esta cuestión no va a pasar inadvertida para el hijo, a quien sí le puede afectar el desconocimiento de sus orígenes por el anonimato del donante.

La cuestión a analizar se centra en si en este caso concreto el desconocimiento de sus orígenes afecta a su bienestar; o si se va más allá, si se le produce un daño al menor por no conocer su identidad.

Démonos cuenta que si en este caso no se acude a estas técnicas la persona no existiría. Y esto nos conecta con la *intención* de ambas madres, y su voluntad firme de acudir a este tipo de centros para la consecución de un *resultado concreto* que genera unas relaciones paterno-filiales desde el mismo momento de la fecundación para la persona que ha quedado fertilizada...²¹ Pues bien, los hijos concebidos por mujeres solas nacerán, *por ley*, huérfanos de padre, ya que no podrán conocer la identidad de sus padres biológicos.

La STC número 116/1999, de 17 de junio, se ha pronunciado a favor del referido principio del anonimato del donante, declarando que «la Constitución ordena al legislador que “posibilite” la investigación de la paternidad, lo que no significa la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso, y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, de la identidad de su progenitor»²².

C) DERECHO A LA IDENTIDAD, CONOCIMIENTO GENÉTICO Y FILIACIÓN

El *derecho a la identidad* no tiene por qué estar unido a la posibilidad de un vínculo con el progenitor. No olvidemos que dicho derecho está reconocido desde 1950 por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre (CEDH)²³. Y según el Convenio Internacional relativo a los Derechos del Niño, de 20 de noviembre

de 1989, desde el momento de su nacimiento, tiene derecho, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres²⁴.

En base a ello el derecho a conocer los orígenes por el nacido se ha consolidado en los países de nuestro entorno sociocultural, primero en los supuestos de adopción y posteriormente en los supuestos del recurso a las TRA (en estos supuestos se posibilita en Suecia, Austria, Suiza, Noruega, Holanda, Reino Unido, Finlandia...).

Como señalamos anteriormente, el conocimiento genético no tiene porqué afectar a la filiación. Lo que sí es cierto es que el conocimiento genético y la identidad de los padres forma parte de la *identidad personal*, y así lo ha indicado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos expresamente en su STEDH, Sección 4.^a, de 6 de julio de 2010, Backlund v. Finlandia²⁵.

En otro orden de ideas, la profesora FARNOS se pregunta si existiendo ya un control sobre la información del donante de gametos por el Estado, si este puede impedir el acceso a la identidad o si debería ponerse al alcance de los interesados el ejercicio de la opción a conocer sus orígenes²⁶.

Evidentemente el caso de parejas o matrimonios homosexuales femeninos pueden utilizar la utilización de estas técnicas o la reproducción sexual con un tercero. En este caso, obviamente se conoce el progenitor, aunque puede haber o no ocultación al mismo (ocultación de paternidad biológica).

Evidentemente en ambos casos se acude a estos recursos con la *voluntad de procrear* pero en el segundo caso —reproducción sexual— la intención reside en la madre y su pareja aunque no en el padre o productor de gametos. En ambos supuestos la concepción resulta de un acto planificado.

La profesora FARNOS²⁷ hace referencia a las nuevas corrientes que analizan *el peso de las emociones en momentos concretos de actuaciones jurídicas* y que proponen otorgar relevancia a los cambios de opinión de las partes en relación con lo que acordaron inicialmente. Las decisiones *ex ante* pueden variar sobre todo en el ámbito de la familia y en el ámbito de las decisiones procreativas. Lo que ocasiona consecuencias jurídicas dispares.

La STEDH, de 7 de julio de 1989, Caso Gaskin v. Reino Unido (la Ley 2212/1989)²⁸. Fue el primer caso en que la Gran Sala reconoció este derecho a conocer sus orígenes, al considerar que la prohibición de las autoridades británicas que asumieron la guarda de un menor de acceder a su expediente podía violar la vida privada reconocida por el artículo 8 CEDH, en tanto que contenía información sobre aspectos personales de su infancia que constitúan la principal fuente de información sobre su pasado y sus años de formación. Según el criterio de la Comisión, «el respeto de la vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad de ser humano y que, en principio, las autoridades no le impiden procurarse estos datos fundamentales, salvo justificación precisa». Los datos recogidos y conservados por la autoridad local afectaban a la identidad fundamental del recurrente y suministraban la única traza coherente de su primera infancia y de sus años de formación. Por consiguiente la negativa a dejarle consultar el expediente entrañaría un atentado a su derecho al respeto de vida privada, que debe examinarse a la luz del apartado 2 del artículo 8.

El origen biológico de la persona es una cuestión personal y familiar, cuyo conocimiento ha de ser garantizado por los poderes públicos. Así lo ha indicado la jurisprudencia del TEDH²⁹.

En las sentencias expuestas el TEDH reconoce, siguiendo al artículo 8 del Convenio, la protección del derecho a la identidad y al desarrollo personal, pues dicho derecho establece los detalles de la identidad de la persona como ser humano y

el interés vital en obtener informaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad sobre su identidad. No olvidemos que el Convenio Internacional contiene la obligación positiva impuesta a los Estados de posibilitar el conocimiento de los orígenes biológicos de la persona.

D) LA INFORMACIÓN SOBRE EL DONANTE EN LAS TRA Y EN LA ADOPCIÓN EN RELACIÓN CON LAS PAREJAS HOMOSEXUALES FEMENINAS EN DERECHO COMÚN

Pero volviendo a nuestro país, la LTRHA, en su artículo 5.5 determina que la información del nacido sobre el donante es *excepcional*, y además, el artículo 7.2 establece que en la inscripción de nacimiento no se reflejarán datos de los que se pueda inferir el carácter de la donación.

Serán las madres (en nuestro caso) y de su voluntad que los nacidos sepan sus orígenes, ya que si hubiera registros obligatorios, que no se han creado pese a la regulación establecida en el artículo 21 de la LTRHA, se podría acudir a ellos³⁰.

El criterio a seguir es totalmente diferente en los supuestos de adopción, pues el artículo 180.5 del Código Civil, tras su introducción por la ley de 2007 sí posibilita el conocimiento de sus orígenes. Evidentemente esto hace de peor condición a los nacidos mediante las TRA. Como dice la profesora FARNÓS³¹, no hay base constitucional para admitir la distinción, no se justifica tal diferenciación que incluso va en contra del criterio marcado por la jurisprudencia del TEDH, ni se ajusta a los ordenamientos de nuestro entorno sociocultural.

La diferenciación de tratamiento jurídico entre adopción y técnicas reproductivas estriba en que en España *se vincula jurídicamente el conocimiento de la identidad del progenitor y el vínculo de la filiación legal*.

Pero la cuestión resulta más paradójica en el caso de parejas homosexuales femeninas que utilizan las TRA por la necesidad de procreación, como un medio, no como un fin, pues desde luego su voluntad última es establecer una filiación con el donante masculino.

Ni siquiera en la reproducción con un tercero pueden pactarse acuerdos privados entre las partes por los que el donante no asumirá responsabilidad sobre el nacido (ni filiación ni económica)³², aunque también puede pactarse según la voluntad de las partes un derecho de visita³³.

E) LA FORMA DEL CONSENTIMIENTO Y LAS TRA EN RELACIÓN CON LAS PAREJAS HOMOSEXUALES FEMENINAS EN CATALUÑA Y EN DERECHO COMÚN

La situación en Cataluña es diferente. En relación con las TRA y siguiendo su regulación específica recogida en el Libro Segundo del Código Civil catalán, relativo a la persona y la familia, en el artículo 235-13 se establece que: «Los hijos nacidos de reproducción asistida de la madre son hijos del hombre o la mujer que la ha consentido expresamente en documento extendido ante un centro de reproducción asistida o en documento público».

La ley catalana, a diferencia del artículo 7.3 LTRHA, no contiene la necesidad de contraer matrimonio, no obstante a fin de evitar problemas ante la inexistencia de matrimonio, sería recomendable que constase por escrito el consentimiento de ambas con la firma de ambas en el centro médico, pues la Ley imperativamente establece la necesidad de documento público donde conste el consentimiento o en un documento del propio centro de reproducción asistida.

Consiguientemente las parejas homosexuales femeninas en Cataluña tienen la ventaja de no necesitar estar casadas ni estar formalizada su relación en un registro de parejas de hecho solo se pone el énfasis en la formalidad del consentimiento a fin de atribuir la maternidad y la filiación.

Este asunto fue objeto de estudio en la sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 27 de septiembre de 2007³⁴. La doctrina de esta sentencia resulta interesante porque determina que *la validez del consentimiento prestado por el sujeto en documento privado*, el cual no fue elevado a público, tal y como exige la ley catalana, para la fecundación mediante técnicas de reproducción asistida de la demandada.

Pero insiste la ponente en que «el actor tuvo la voluntad procreacional por haberse constatado que era estéril y haber aceptado la donación de semen de donante anónimo, y haber consentido el uso de la técnica que se implementó a su esposa en el momento en que tuvo lugar la concepción y por tanto debe asumir las consecuencias jurídicas de tal decisión. Lo contrario supone una deslealtad hacia la entonces esposa, un perjuicio para la menor y una injustificada mutación del estado civil»³⁵.

No indica nada en cuanto al conocimiento de los orígenes del progenitor, aunque en la adopción (arts. 235-49 y 50)³⁶ se determina que los adoptantes deben hacer saber al hijo que lo adoptaron, tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como muy tarde, cuando cumpla doce años, a menos que esta información sea contraria al interés superior del menor. Lo cual no afecta, obviamente, a la filiación adoptiva.

En cuanto a la *forma* del consentimiento, no olvidemos que se requiere consentimiento escrito y en documento público, pero es el propio Código catalán el que *equipara* —a los efectos de validez del consentimiento determinativos de la futura filiación— la forma documental pública (realizada ante notario como fedatario público) a la documental privada, pero recogida en el propio centro médico. Siempre en interés del menor, como hemos apreciado en la STSJC que hemos expuesto.

La concreción de la forma en el otorgamiento del consentimiento no es cuestión baladí, aunque ya saliendo del territorio catalán y acercándonos a las Islas Baleares, recogemos la sentencia de la AP de Les Illes Balears, de 5 de diciembre de 2012³⁷, que estudia la *acción de impugnación de la filiación ejercitada por la madre biológica contra la mujer que fue su pareja, habiéndose determinado la filiación por el consentimiento prestado por la segunda en el seno del expediente de inscripción del nacimiento del hijo alumbrado por la primera*.

La Audiencia resuelve declarando que el consentimiento es ineficaz, ya que en el caso, la demandada no prestó consentimiento formal y previo para que su conviviente se sometiera a técnicas de reproducción humana asistida.

Además, al momento del nacimiento del hijo, las litigantes no se hallaban casadas entre sí y al manifestar la demandada ante el encargado del Registro Civil que consentía se determinase su filiación respecto del niño, el mismo ya había nacido.

Concluye solicitando la rectificación de la inscripción de nacimiento en cuanto a la filiación a favor de la demandada.

F) LAS RELACIONES PERSONALES ENTRE UN MENOR Y LA ANTIGUA COMPAÑERA DE SU MADRE BIOLÓGICA. EL INTERÉS DEL MENOR

Cuestión diferente es la analizada en la STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de mayo de 2011³⁸, en dicha sentencia se establece un régimen de relaciones personales entre un menor y la antigua compañera de su madre biológica, teniendo en consideración la aplicación del principio constitucional de protección del menor. Y ello porque se considera que aquella tiene la categoría jurídica de *allegado* a la que alude el artículo 160 del Código Civil, lo que le da derecho a relacionarse personalmente con el niño. La extensión del derecho del menor de relacionarse con sus allegados es una cuestión que debe ser decidida por el juez, tras estudiar los informes psicológicos y teniendo en cuenta el interés del menor y que la Sala Primera suscribe.

El TS concreta conceptualmente el derecho de visitas que debe aplicarse solamente en las relaciones entre los progenitores y sus hijos. Determinando la ponente Encarnación Roca que es más adecuado utilizar la expresión *relaciones personales*, al ser la terminología utilizada por el artículo 160.2 del Código Civil, precepto aplicable al supuesto.

La cuestión se centra en que el artículo 160 del Código Civil no concreta la extensión ni la intensidad de los periodos en los que el menor puede relacionarse con sus allegados. De ahí que sea el juez «quien deberá tener en cuenta:

- i) la situación personal del menor y de la persona con la desea relacionarse;
- ii) las conclusiones a que se haya llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido;
- iii) la intensidad de las relaciones anteriores;
- iv) la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia y,
- v) en general, todas aquellas que sean convenientes para el menor».

V. REGISTRO CIVIL

Salvo en Cataluña, el País Vasco y Navarra, en el resto del territorio es de aplicación el artículo 7.3.º de la LTRHA. De esta manera y para poder inscribir al menor directamente a nombre de las dos madres (sin tener que hacer una adopción) la ley establece la necesidad de matrimonio entre ambas. Recordemos que la prueba documental del mismo es el libro de familia donde conste el matrimonio. Aunque también deberá aportarse la documentación del centro de reproducción asistida donde las dos otorgaron su consentimiento para ejecutar el tratamiento de fertilidad (algunos Registros Civiles piden el documento de reconocimiento previo de filiación).

En cuanto al *consentimiento* respecto a la determinación de la filiación a su favor de la madre no gestante, es suficiente que la manifestación se haga *antes* de que nazca el hijo y no necesariamente ante el encargado del Registro Civil, una vez quede *acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento* para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo.

Con anterioridad a la Ley de 2007, como ya hemos anticipado en este estudio, se denegaban las inscripciones respecto de la cónyuge de la madre biológica que quedaba embarazada por inseminación artificial, ya que en base al principio de veracidad biológica y que determinaba la maternidad por el hecho del parto,

era difícil entender e inscribir que pudiera sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer.

Por eso se solucionaba el problema mediante el recurso a la adopción. La RDGRN no admitía la analogía o la interpretación extensiva de la normativa sobre reproducción asistida, que solo contempla la posibilidad de atribuir la filiación no biológica en los casos de reproducción asistida por inseminación heteróloga al varón, casado o no con la mujer usuaria de la técnica reproductora, que consiente la fecundación, y en ningún caso a otra mujer. Esta cuestión puede verse, entre otras Resoluciones en la RDGRN de 11 de enero de 2007³⁹.

Tras la reforma legal del artículo 7 de la Ley 14/2006, llevada a cabo por la Ley 3/2007, hizo posible que cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, *esta última pudiera manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido*. Declaración que puede formularse con posterioridad al nacimiento del menor. Es lo que ocurre en la RDGRN de 17 de mayo de 2008⁴⁰.

V. CONCLUSIONES

I. Al ser la maternidad por naturaleza solo una, que corresponde a la mujer que ha dado a luz, en los matrimonios homosexuales femeninos donde aquella se somete a las técnicas de reproducción asistida, se soluciona la relación jurídica de filiación con la mujer no gestante por determinación legal, siempre que ambas estén casadas (art. 7.3 LTRA).

II. Con la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de diciembre de 2013, se abre además la posibilidad de reconocer la maternidad de la exesposa de la madre biológica de las menores nacidas gracias a estas técnicas. Ambas mujeres estaban casadas cuando nacieron las menores, y ambas firmaron un consentimiento informado para la fecundación *in vitro*, aunque solo fueron inscritas con la filiación materna y los apellidos de la madre gestante.

III. El TS afirma con rotundidad que la posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, que se ve reforzada con el consentimiento firmado por ambas madres, como título de atribución de la maternidad.

IV. El interés del menor y además la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas (aunque las madres están divorciadas ya) sirven de apoyo a la resolución del otorgamiento de la atribución de la maternidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALMAGRO NOSETE, José: «Matrimonio de mujeres y reproducción asistida», en *Diario La Ley*, núm. 7853, Sección Columna, 8 de mayo de 2012, Año XXXIII, Editorial La Ley. La Ley 5012/2012.
- AYARZA SANCHO, José Alberto: «La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento», en *Diario La Ley*, núm. 6932, Sección Doctrina, 24 de abril de 2008, Año XXIX, Ref. D-127, Editorial La Ley. La Ley 16037/2008.
- COHEN, Glenn: «Las recientes controversias sobre la tecnología reproductiva en Estados Unidos», en *Derecho y tecnologías reproductivas*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2014. *En imprenta*.

- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)», en *Diario La Ley*, núm. 6161, Sección Doctrina, 4 de enero de 2005, Año XXVI, Ref. D-2, Editorial La Ley. La Ley 2708/2004.
- FARNOS AMORÓS, Esther: «La regulación de la reproducción asistida: problemas, presupuestos y retos», en *Derecho y tecnologías reproductivas*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2014. *En imprenta*.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «Autonomía de la voluntad y derecho de familia», en *Diario La Ley*, núm. 7675, Sección Tribuna, Año XXXII, Ref. D-304, Editorial La Ley. La Ley 13922/2011.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres», en *Diario La Ley*, núm. 6427, Sección Doctrina, 22 de febrero de 2006, Año XXVII, Ref. D-48, Editorial La Ley. La Ley 311/2006.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).

- STDH, Sección 4.^a, de 29 de enero de 2013, recurso: 13072/2005. La Ley 925/2013. Caso Román contra Finlandia.
- STEDH, Sección 5.^a, de 22 de marzo de 2012, recurso: 45071/2009. La Ley 27738/2012. Caso Ahrens contra Alemania.
- STEDH, Sección 5.^a, de 16 de junio de 2011, recurso: 19535/2008. La Ley 152881/201. Caso Pascaud contra Francia.
- STEDH, Sección 4.^a, de 6 de julio de 2010. Caso Backlund v. Finlandia. La Sección 4.^a (6-7-2010, TEDH 81).
- STEDH, Sección 3.^a, de 13 de julio de 2006 (*JUR* 210705). Caso Jäggi v. Suiza.
- STEDH, de 13 de febrero de 2003 (*JUR* 210705). Caso Odièvre v. Francia.
- STEDH, Sección 1.^a, de 7 de febrero de 2002 (*JUR* 78019). Caso Mikulic v. Croacia.
- STEDH, de 7 de julio de 1989. La Ley 2212/1989. Caso Gaskin v. Reino Unido.
- STC núm. 116/1999, de 17 de junio. *BOE* núm. 162, de 8 de julio de 1999.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de diciembre de 2013, recurso: 134/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Número de sentencia: 740/2013. Número de recurso: 134/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 190869/2013.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de mayo de 2011, recurso: 1334/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 320/2011. Número de recurso: 1334/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 52207/2011.
- STS de lo Civil, de 25 de junio de 2004, recurso: 4181/1998. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 584/2004. Jurisdicción: Civil. La Ley 13286/2004.
- SAP de Les Illes Balears, Sección 4.^a, de 5 de diciembre de 2012, recurso: 304/2012. Ponente: Miguel Ángel AGUILÓ MONJÓ. Número de sentencia: 546/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 201736/2012.
- SAP de Toledo, Sección 2.^a, de 17 de enero de 2012, recurso: 265/2010. Ponente: Alfonso CARRIÓN MATAMOROS. Número de sentencia: 11/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 17245/2012.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 27 de septiembre de 2007, recurso: 135/2006. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGÜÉS. Número de sentencia: 28/2007. Jurisdicción: civil. La Ley 210219/2007.

- RDGRN de 26 de noviembre de 2008. La Ley 332045/2008.
- RDGRN de 14 de octubre de 2008. La Ley 330588/2008.
- RDGRN de 22 de mayo de 2008. La Ley 330747/2008.
- RDGRN de 17 de mayo de 2008. La Ley 330883/2008.
- RDGRN de 17 de abril de 2008. La Ley 330380/2008.
- RDGRN de 11 de enero de 2007. La Ley 357013/2007.
- RDGRN de 5 de junio de 2006. La Ley 84038/2006.
- RDGRN de 30 de septiembre de 2004. La Ley 10425/2005.

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre 1950 (CEDH) (art. 8).
- Convenio Internacional relativo a los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.
- Código Civil (art. 131).
- Código Civil catalán (art. 235-49, Derecho a la información sobre el propio origen; art. 235-50, Obligación de informar al hijo adoptado sobre la adopción).
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (arts. 7.3, 8.1 y 8.2).
- Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. La Disposición Adicional primera añade el apartado 3 al artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido».
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (arts. 3 y 4).

NOTAS

¹ TS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de diciembre de 2013, recurso: 134/2012. Ponente: José Antonio SEJAS QUINTANA. Número de sentencia: 740/2013. Número de recurso: 134/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 190869/2013.

² STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de mayo de 2011, recurso: 1334/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Número de sentencia: 320/2011. Número de recurso: 1334/2008. Jurisdicción: Civil. La Ley 52207/2011. En este supuesto estamos ante una unión no matrimonial y el objeto de la cuestión se centraba en el establecimiento de un régimen de relaciones personales entre un menor y la antigua compañera de su madre biológica.

³ Como dice AYARZA SANCHO, José Alberto («La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento», en *Diario La Ley*, núm. 6932, Sección Doctrina, 24 de abril de 2008, Año XXIX, Ref. D-127, Editorial La Ley. La Ley 16037/2008), «Aunque paradójico, e intrínsecamente antitético, lo cierto es que la autonomía de la voluntad juega un destacado papel en la determinación de la filiación, con quiebra del principio fundamental de prevalencia de la verdad material entendida como verdad biológica».

⁴ RDGRN de 30 de septiembre de 2004 (La Ley 10425/2005). Imposibilidad de inscribir como madre, junto a la madre biológica, a la pareja de hecho de esta. La maternidad es única y viene determinada por el hecho del parto, sin que pueda sobrevenir otro recono-

cimiento de maternidad por otra mujer. Este vínculo solo puede obtenerse *por adopción* y está limitado a las *parejas heterosexuales*.

⁵ RDGRN de 5 de junio de 2006 (La Ley 84038/2006). Denegación de la inscripción de la filiación materna no matrimonial a la pareja de hecho de la madre biológica que consintió su inseminación artificial. La maternidad es única y viene determinada por el hecho del nacimiento, sin que pueda sobrevenir otro reconocimiento de maternidad por otra mujer. *El vínculo intentado solo puede obtenerse a través de la adopción*. Inaplicación analógica del precepto conforme al cual los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la madre se considerarán hijos del hombre que la ha consentido previamente en documento público.

⁶ Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. La Disposición Adicional primera añade el apartado 3 al artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido».

⁷ RDGRN de 17 de abril de 2008 (La Ley 330380/2008). Inscripción de maternidad en la inscripción de nacimiento fuera de plazo de la hija biológica de una de las promotoras, unidas estas en matrimonio. Después de la reforma del artículo 7 de la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, hecha por la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, puede figurar también como madre del inscrito *la mujer casada con la progenitora, sin que sea necesario acudir a la adopción*.

⁸ RDGRN de 17 de mayo de 2008. La Ley 330883/2008. Idéntico sentido que la resolución anterior.

⁹ RDGRN de 22 de mayo de 2008 (La Ley 330747/2008). Se otorga el reconocimiento de la filiación materna no matrimonial a favor de la cónyuge del hijo biológico de la otra cónyuge, en base al artículo 7.3.º de la Ley 14/2006, que hace posible que cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido. *Que la declaración haya sido formulada por las interesadas no antes del nacimiento sino con posterioridad al mismo no puede alterar la finalidad pretendida por la norma*.

¹⁰ RDGRN de 14 de octubre de 2008 (La Ley 330588/2008). Reconocimiento de la filiación materna a favor de la cónyuge de la madre biológica. El derecho al reconocimiento de la filiación materna de la casada con la madre gestante se introduce *ex novo* en el ordenamiento jurídico español, con norma de rango legal, por la Ley 3/2007, por referencia a la situación legislativa inmediatamente anterior; ello supone que, aplicando analógicamente la citada Disposición Transitoria, tal derecho «tendrá efecto desde luego», aunque el hecho que lo origine (el nacimiento de la menor) se verificará bajo la legislación anterior.

¹¹ RDGRN de 26 de noviembre de 2008 (La Ley 332045/2008). Se deniega la *filiación materna no matrimonial, porque no existe escrito indubitado de la madre en que expresamente reconozca la filiación y la promotora no ha llegado a justificar debidamente la posesión de estado de hija no matrimonial de la madre*. La filiación materna deberá obtenerse por la vía judicial ordinaria.

¹² STS de lo Civil, de 25 de junio de 2004, recurso: 4181/1998. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Número de sentencia: 584/2004. Jurisdicción: Civil. La Ley 13286/2004.

¹³ La posesión del estado de filiación que legitima para el ejercicio de la acción del artículo 131 del Código Civil, se determina mediante la prueba que la sentencia ha valorado y que, según reiterada jurisprudencia, constituye una *cuestión de hecho* cuya determinación corresponde al Tribunal de instancia y, por ello, escapa de la casación (STS de 10 de noviembre de 2003).

¹⁴ Recordemos que la AP entendió que había prueba suficiente de la posesión de estado, «de manera ininterrumpida, continuada y pública y por el tiempo suficiente».

1.º La voluntad concorde de las litigantes de que la demandada se sometiera —de nuevo— al procedimiento de reproducción asistida, acudiendo al mismo centro en

el que las dos, en fecha de 16 de marzo de 2007, prestan con su firma el consentimiento para la práctica de dicha técnica.

- 2.º Que las partes contraen matrimonio el día 3 de agosto de 2007; y el día 14 de diciembre de 2007 nacen las menores: Carolina y Ana.
- 3.º Es alrededor de junio de 2009 cuando las litigantes rompen su relación definitivamente, yéndose la demandada de la vivienda en la que convivían.
- 4.º La propia demandada va contra sus propios actos, puesto que «instó por su propia voluntad ante el Registro expediente de rectificación de error de las inscripciones registrales de las menores con la finalidad de que se rectifique el error relativo al estado civil de la madre biológica que no es de soltera, sino casada, y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos de las dos menores, es decir, para que se hiciera constar como progenitora a la demandante. Y es la misma progenitora demandada la que interpone recurso ante la DGRN...».
- 5.º De todas las actuaciones judiciales llevadas a cabo por la señora Herminia, dirigidas siempre a mantener contacto con las niñas, medidas previas instadas en este juzgado en las que se solicitaba como medida provisional la fijación de régimen de visitas para las menores, acción de disolución matrimonial en la que se interesaba por dicha parte que se fijaren visitas para Carolina y Ana, autos de adopción para interesar la adopción de la menores Carolina y Ana.

¹⁵ SAP de Toledo, Sección 2.ª, de 17 de enero de 2012, recurso: 265/2010. Ponente: Alfonso CARRIÓN MATAMOROS. Número de sentencia: 11/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 17245/2012.

¹⁶ Agustina pretende ser madre extramatrimonial por posesión de estado del menor Erasmo gestado por Emma, también pretende efectuar en el Registro Civil la inscripción de dicha filiación no matrimonial en la inscripción de nacimiento del menor Erasmo, con todos los efectos legales inherentes, haciendo constar como «progenitor A», «madre A» a doña Emma, y como «progenitor B», «madre B», a doña Agustina.

La AP de Toledo desestima la demanda presentada por la expareja de la madre de un menor nacido mediante técnicas de reproducción asistida sobre determinación de la filiación materna extramatrimonial, por inaplicación del artículo 7.3 de la LTRHA.

¹⁷ El FJ 1.º reitera que el supuesto contemplado por dicho artículo es el de un *matrimonio contraído entre dos mujeres al amparo de lo preceptuado en el artículo 44.2 del Código Civil*, pero en el año 2003, cuando nació el niño, la demandante solamente convivía con la demandada, no estaba casada con la misma, sin que el hecho de estar acreditada la relación de pareja entre ambas litigantes suponga, por analogía, que se pueda estimar la acción, pues incluso, de la redacción del citado precepto es claro que el mismo está pensado para situaciones de estabilidad (como se aplica en la citada Resolución de 14 de octubre de 2009 de la DGRN), y en el caso de autos nos encontramos con una pareja homosexual no casada y rota desde el año 2006 con imposición incluso de una orden de alejamiento entre las mismas, dada las circunstancias del caso que en su momento se ponderaron por el Juzgado de Talavera en su auto de fecha de 10 de agosto de 2006.

¹⁸ Los elementos tradicionales de la posesión de estado son: el *nomen*, *tractatus* y la *fama*, requisitos que a juicio del juzgador no concurren.

Respecto al *nomem*, el segundo nombre del menor (Erasmo) da cuenta de la relación existente en su momento entre ambas litigantes, pero no puede atribuirse al mismo la categoría de indicio de tal posesión de estado, pues la *posesión de estado es el resultado de la consideración social por parte de personas diferentes a ambas litigantes en virtud de la cual una situación de hecho adquiere relieve jurídico*, y en este caso ese segundo nombre normalmente no es usado en sociedad. Esto es, al niño normalmente se le llama por su primer nombre, o sea Erasmo.

En cuanto al *tractatus*, es obvio que queda acreditado en autos que tanto la madre biológica como la demandante se han preocupado del menor con igual dedicación.

En cuanto a la *fama*, debe tenerse en cuenta que la crisis de la pareja surge muy pronto, en el año 2006, cuando el menor tiene apenas tres años. Que dicha crisis es grave, se deduce de las medidas que se tuvieron que adoptar por el juez, imponiendo a las partes una orden de alejamiento y decretando un régimen de visitas para que la demandante pudiera

ver al menor. Es obvio, *por el poco tiempo que la pareja gozó de dicha estabilidad desde el nacimiento del niño, que se entienda no suficientemente acreditada la posesión de estado.*

No se acredita la posesión de estado que la legitime para el ejercicio de la acción del artículo 131 del Código Civil, de forma que si pretendía reclamar la maternidad extramatrimonial, debería haber presentado un principio de prueba por escrito e impugnado la filiación extramatrimonial que consta en el Registro Civil.

¹⁹ Vid. DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida)», en *Diario La Ley*, núm. 6161, Sección Doctrina, de 4 de enero de 2005, Año XXVI, Ref. D-2, Editorial LA LEY. LA LEY 2708/2004.

²⁰ Vid. FARNOS AMORÓS, «La regulación de la reproducción asistida: problemas, propuestas y retos», en el libro de COHEN, G. y FARNOS AMORÓS, E., *Derecho y tecnologías reproductivas*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2014. *En imprenta*.

Los profesores COHEN y FARNOS fueron ponente y contraponente, respectivamente, en una sesión del seminario de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo el pasado 20 de noviembre de 2013, cuyas ponencias se recogen en el libro que recogíamos anteriormente.

²¹ Se excede de este trabajo el recurso a otras técnicas de inseminación como las domésticas (*Do it yourself*). Denominadas así por COHEN, G., «Las recientes controversias sobre la tecnología reproductiva en los Estados Unidos», en el libro COHEN, G. y FARNOS AMORÓS, E., *Derecho y tecnologías reproductivas*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014. *En imprenta*.

²² STC núm. 116/1999, de 17 de junio. BOE núm. 162, de 8 de julio de 1999.

²³ Artículo 8.1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

²⁴ Artículo 7.1. *El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho, desde que nace, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*

²⁵ La STEDH, Sección 4.^a, de 6 de julio de 2010. Caso Backlund v. Finlandia, concluyó que la *identidad de los propios padres forma parte de la identidad personal de cada uno*, razón por la cual consideró desproporcionado fijar un plazo temporal rígido para el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad (6-7-2010, TEDH 81). Citada por FARNOS AMORÓS, E., *Derecho y tecnologías reproductivas*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014. *En imprenta*.

Anteriormente la STEDH, Sección 3.^a, de 13 de julio de 2006 (número de recurso: 58757/2000. La Ley 99203/2006. Caso Jäggi v. Suiza) confirmó el *derecho a la propia identidad, posible gracias al conocimiento de los orígenes, dentro de la noción «vida privada»*, estimándose una acción de reclamación de paternidad ejercitada por el hijo de una madre soltera más allá de los límites temporales que fijaba, muy restrictivamente, la legislación nacional. Primacía, en el caso, del derecho a conocer la ascendencia, frente al derecho a la intangibilidad del cuerpo del difunto y al interés público en la protección de la seguridad jurídica. La familia del difunto no había invocado ningún motivo de orden religioso o filosófico en apoyo de su oposición a la medida litigiosa. El examen de ADN constituye, además, una injerencia relativamente poco intrusiva. Vulneración del artículo 8 del Convenio.

No se seguía esta línea de pensamiento por el TEDH a principios de este siglo, que aunque reconocía el derecho a conocer sus orígenes (en base al art. 8 de la Convención) no se dio el paso necesario para hablar del derecho a la propia identidad:

Así la STEDH, Sala Grand Chamber, de 13 de febrero de 2003 (número de recurso: 42326/1998. La Ley 39051/2003. Caso Odièvre v. Francia). Persona adoptada abandonada al nacer y solicitud de confidencialidad expresa por madre biológica. Petición de información sobre familia biológica. La sentencia *impidió a la recurrente acceder a los datos de su nacimiento, al que había sido aplicada la legislación francesa sobre parto anónimo, pero reconoció la existencia de un derecho a conocer los orígenes.*

²⁶ En la STDH, Sección 4.^a, de 29 de enero de 2013 (recurso: 13072/2005. La Ley 925/2013. Caso Román contra Finlandia), se analiza la cuestión de la reclamación extemporánea de solicitud de reconocimiento judicial de paternidad por transcurso del plazo de cinco años

impuesto por la Ley de Paternidad. Aunque la existencia de un plazo de prescripción no es en sí misma incompatible con el Convenio, sin embargo la legislación nacional no prevé ningún medio alternativo de reparación cuando el plazo venció. Por tanto los tribunales nacionales no pudieron considerar en absoluto si el interés general en la protección de la seguridad jurídica de las relaciones familiares o el interés del padre y su familia superaban el derecho del demandante a tener la oportunidad de obtener una determinación judicial de la paternidad. Dicha restricción directa del derecho del demandante a interponer un recurso judicial para la determinación de la paternidad no es proporcionada al fin legítimo perseguido. Vulneración del artículo 8 de la Convención.

En la STEDH, Sección 5.^a, de 22 de marzo de 2012 (recurso: 45071/2009. La Ley 27738/2012. Caso Ahrens contra Alemania). La principal razón invocada por el Gobierno para el tratamiento del demandante de forma distinta a la madre, el padre legal y el niño en relación con la *impugnación de la paternidad fue con el objetivo de proteger al niño y su familia de las perturbaciones externas*. La decisión de dar a la relación familiar existente entre el niño y sus padres legales prioridad sobre la relación con su padre biológico entra dentro de los márgenes de apreciación del Estado. El TEDH declara que no ha sido vulnerado el derecho al respeto a la vida privada y familiar garantizado en el artículo 8 en relación con el artículo 14 del Convenio.

En la STEDH, Sección 5.^a, de 16 de junio de 2011 (recurso: 19535/2008. La Ley 152881/2011. Caso Pascaud contra Francia). *Denegación del reconocimiento de la paternidad biológica acreditada por el test de ADN* en atención a las dudas sobre el carácter consciente del consentimiento del padre biológico para practicarlo. La protección de los intereses del presunto padre no puede constituir por sí sola un argumento suficiente para privar al recurrente de los derechos que ostenta respecto del artículo 8 del Convenio. El TEDH declara vulnerado el derecho al respeto a la vida privada y familiar garantizado por dicho precepto.

²⁷ FARNOS AMORÓS, E., *op cit.*, pág. 103.

²⁸ STEDH, de 7 de julio de 1989. Caso Gaskin v. Reino Unido (La Ley 2212/1989).

²⁹ STEDH, Sección 4.^a, de 6 de julio de 2010. Caso Backlund v. Finlandia, la STEDH, Sección 3.^a, de 13 de julio de 2006 (número de recurso: 58757/2000. La Ley 99203/2006. Caso Jäggi v. Suiza), la STEDH, Sala Grand Chamber, de 13 de febrero de 2003 (número de recurso: 42326/1998. La Ley 30951/2003. Caso Odièvre v. Francia).

³⁰ Artículo 21. Registro Nacional de Donantes.

1. El Registro Nacional de Donantes, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, es aquel registro administrativo en el que se inscribirán los donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de confidencialidad de los datos de aquellos.

2. Este registro, cuyos datos se basarán en los que sean proporcionados por las comunidades autónomas, en lo que se refiere a su ámbito territorial correspondiente, consignará también los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización.

3. El Gobierno, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y mediante Real Decreto, regulará la organización y funcionamiento del registro nacional.

³¹ FARNOS AMORÓS, E., *op cit.*, pág. 117.

³² Las transformaciones sociales en la familia y consiguientemente en el Derecho de Familia hace pensar en la necesidad de revisar conceptos tales como los estados familiares o los negocios jurídicos familiares, donde la autonomía de la voluntad puede jugar un papel importante y donde hay que tener en cuenta la existencia de límites.

Por otro lado, hay que tener presente el aumento de la validez de negocios nacidos en las notarías (acuerdos de separación de hecho, pactos en la convivencia de la pareja, pactos para la regulación de futuras rupturas, pactos para la liquidación de la sociedad conyugal...).

No obstante los límites a la autonomía de la voluntad, a los que he hecho referencia antes, nacen del respeto a los derechos fundamentales. En el caso de la TRA, el título de atribución de la filiación es la voluntad, esto es, el consentimiento. Las distintas resoluciones nacionales e internacionales y su evolución con el paso de los años indican la dificultad en este tema para lograr el equilibrio.

El consentimiento en estos supuestos debe quedar garantizado por la trascendencia de las consecuencias jurídicas que crean. Para ello es necesario que previamente haya una información adecuada y el consentimiento se emita libre y conscientemente y así quede plasmado.

Vid. PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Autonomía de la voluntad y derecho de familia», en *Diario La Ley*, núm. 7675, Sección Tribuna, Año XXXII, Ref. D-304, Editorial LA LEY. LA LEY 13922/2011.

³³ En relación con este punto tomamos íntegramente las sentencias, muy ilustrativas de FARNOS AMORÓS, «La regulación de la reproducción asistida: problemas, propuestas y retos», en *Derecho y tecnologías reproductivas*, cit., pág. 127 y sigs. (las cursivas son mías para conectar los supuestos con nuestro estudio).

«En *J. McD. v. P. L. and B. M.*, resuelto en 2007, el TS de Irlanda reconoció un derecho de visitas al amigo homosexual de una pareja de lesbianas, que había *firmado con estas un acuerdo* por el que se comprometía a ejercer de donante de esperma y a comportarse como un tío (*favourite uncle*) respecto del nacido, pese a que después del nacimiento la filiación paterna quedó establecida a su favor y la materna a favor de la gestante.

En EE.UU., con la excepción de *Ferguson v. McKiernan*, la tendencia es la misma: así, en *Thomas S. v. Robin Y.* (1994), el TS de Nueva York acabó declarando padre legal al donante de esperma, el amigo gay de una pareja de lesbianas, quien pese a existir un *acuerdo oral* por el cual renunciaba a sus derechos parentales, pretendía mayores derechos de visita, por lo que acabó interponiendo una acción de paternidad respecto del menor, cuya filiación materna solo estaba determinada a favor de la gestante.

A la misma conclusión llegó el Tribunal de apelaciones de Nuevo México en *Mintz v. Zoernig* (2008), en que la madre tuvo un primer hijo tras inseminarse en su casa con esperma de un conocido que *renunció a su paternidad en un acuerdo escrito*. Una vez rota la relación que mantenía con otra mujer, la madre se inseminó nuevamente con esperma del hombre. Este mantuvo el contacto con ambos menores, aunque era la madre la única que tenía la filiación determinada respecto de los dos y el hombre nunca se hizo cargo de ellos. Sin embargo, el tribunal accedió a la pretensión de la madre de que el hombre les pagara una pensión de alimentos, por cuanto era su padre, y consideró que *el acuerdo por que el hombre renunciaba a sus obligaciones parentales era contrario al orden público*.

En el caso, el 27-12-2008 el TS de Pennsylvania *confirmó la validez del acuerdo oral* existente entre las partes, por el que la ex pareja de la madre aceptaba donar esperma en la clínica para que la mujer se sometiera a FIVTE, renunciando a cualquier posible responsabilidad como padre. El TS denegó la pensión de alimentos solicitada por la madre a su ex pareja respecto de los mellizos. Para el TS, atribuir responsabilidad al hombre en este caso actuaría como un desincentivo para muchos posibles donantes».

³⁴ STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 27 de septiembre de 2007, recurso: 135/2006. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGÜES. Número de sentencia: 28/2007. Jurisdicción: Civil. La Ley 210219/2007.

³⁵ Don David y doña Inmaculada contrajeron matrimonio el día 4 de diciembre de 1999, tras comprobar que no podían tener descendencia acudieron a un centro privado donde fruto de las técnicas de inseminación artificial doña Inmaculada quedó embarazada, dando a luz a primeros de julio de 2002 a una niña. Pero don David abandonó el domicilio conyugal en el mes de noviembre de 2001, coincidiendo con la noticia de que doña Inmaculada se hallaba embarazada, *no formalizando su consentimiento en escritura pública*.

A finales del mes de noviembre de 2001, doña Inmaculada presentó demanda de medidas provisionales de separación matrimonial donde don David reconoció haber firmado el documento. En fecha 19 de julio de 2002, don David presenta la presente demanda por la que impugna la paternidad de la menor, interesando que se dicte sentencia en la que se declare nulo el consentimiento prestado para que su esposa pudiese ser tratada con técnicas de reproducción asistida mediante donante anónimo.

³⁶ Artículo 235-49. Derecho a la información sobre el propio origen.

1. El adoptado tiene derecho a ser informado sobre su origen.

2. El adoptado, a partir del cumplimiento de la mayoría de edad o de la emancipación, puede ejercer las acciones que conduzcan a averiguar la identidad de sus progenitores biológicos, lo cual no afecta a la filiación adoptiva.

3. Las administraciones públicas deben facilitar al adoptado, si las pide, los datos que tengan sobre su filiación biológica. Con esta finalidad, se ha de iniciar un procedimiento confidencial de mediación, previo a la revelación, en el marco del que tanto el adoptado como su padre y su madre biológicos deben ser informados de las respectivas circunstancias familiares y sociales y de la actitud manifestada por la otra parte con relación al posible encuentro.

4. El adoptado puede solicitar, en interés de su salud, los datos biogenéticos de sus progenitores. También pueden hacerlo los adoptantes mientras el adoptado es menor de edad.

5. Los derechos reconocidos en los apartados 2 y 3 deben ejercerse sin menoscabo del deber de reserva de las actuaciones.

Artículo 235-50. Obligación de informar al hijo adoptado sobre la adopción: Los adoptantes deben hacer saber al hijo que lo adoptaron, tan pronto como este tenga suficiente madurez o, como muy tarde, cuando cumpla doce años, a menos que esta información sea contraria al interés superior del menor:

³⁷ SAP de Les Illes Balears, Sección 4.^a, de 5 de diciembre de 2012, recurso: 304/2012. Ponente: Miguel Ángel AGUILÓ MONJÓ. Número de sentencia: 546/2012. Jurisdicción: Civil. La Ley 201736/2012.

³⁸ STS, Sala Primera de lo Civil, de 12 de mayo de 2011, recurso: 1334/2008. Ponente: Encarnación Roca TRÍAS. Número de sentencia: 320/2011. Jurisdicción: Civil. La Ley 52207/2011.

³⁹ RDGRN de 11 de enero de 2007. La Ley 357013/2007.

⁴⁰ RDGRN de 17 de mayo de 2008. La Ley 330883/2008. La DGRN estima el recurso planteado y revoca la calificación de la juez encargada del Registro Civil, que denegó el reconocimiento de la filiación materna no matrimonial a favor de la cónyuge del hijo biológico de la otra cónyuge.