

Reproducción asistida y la determinación de la filiación extramatrimonial. El interés del menor y la posesión de estado

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Enunciado

Dos mujeres mantienen una relación de pareja durante la cual suscriben un consentimiento informado para que una de ellas fuera inseminada artificialmente con semen de donante anónimo. Así, una de ellas, A, se sometió al procedimiento de inseminación artificial sin aportación de material genético de B, su pareja, quedando embarazada y dando a luz a una niña, C, que fue inscrita en el Registro Civil con los apellidos de A. Posteriormente, a los 8 meses de dar a luz, ambas mujeres contraen matrimonio y se imponen los apellidos solo de la gestante. Unos meses después se produce la ruptura de la pareja, abandono A la vivienda donde vivían con la niña, que era propiedad de B, marchándose a casa de sus padres.

Meses después A presenta demanda de divorcio, en el que B fue declarada en rebeldía, ya que no contestó a la demanda ni compareció, y se dictó sentencia en la que se mencionaba que entre A y B no había descendencia común.

Dos años después, B pretende interponer demanda de filiación en la que pretende que sea declarada madre de la niña C, nacida por inseminación artificial, ya que considera que la niña nació fruto de la relación de afecto de ambas mujeres, y que las dos habían sido madres y así habían sido consideradas en el entorno social, aunque la filiación se determinara solo respecto de la gestante, porque cuando nació no estaban casadas, ya que podía aportar documentación que acreditaba esos hechos, así como el hecho de que posteriormente

a la ruptura abrió una cuenta en la que ingresaba una cantidad para la niña en función de sus posibilidades económicas, y que no compareció al procedimiento de la sentencia de divorcio por motivos económicos y por entender que no influiría en su relación con la niña. Finalmente, B presentó demanda ante el juzgado de 1.ª instancia.

Por otro lado, A, tras darle traslado de la demanda, compareció y contestó oponiéndose a la demanda, y así adujo que la presencia de B en la clínica para la inseminación era para justificar el motivo de la misma, la homosexualidad, pero nunca hubo un proyecto común, y además no se comportó como madre, además de superarle asumir el cuidado y la responsabilidad de la niña, y además no consintió en el Registro Civil que se determinara la filiación de la niña respecto de ella.

Cuestiones planteadas:

1. La reproducción asistida y la determinación de la filiación extramatrimonial.
2. El interés del menor y la posesión de estado.
3. Conclusión.

Solución

1. El caso que se propone plantea un supuesto de determinación de la filiación extramatrimonial respecto de personas del mismo sexo, que inicialmente no están casadas, sino que mantienen una relación de pareja y que con posterioridad al nacimiento de la hija de la gestante por inseminación artificial, deciden casarse, y posteriormente se separan, y la madre biológica de la niña presenta demanda de divorcio a la que no contesta la otra mujer, y que se decide en rebeldía de la misma, dictándose la sentencia de divorcio y haciendo constar que no existe descendencia común entre las partes. A partir de aquí surge la cuestión de si la demandante puede ser o no reconocida como madre de la niña con carácter de hija extramatrimonial.

Este tipo de cuestiones ha suscitado muchas controversias, habiéndose pronunciado el Tribunal Supremo en diferentes sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil, que dieron lugar a doctrina jurisprudencial, y que determinaron la modificación legal.

En este sentido debe decirse que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su redacción original no se ocupó de la doble maternidad, y la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, adicionó un apartado 3 al artículo 7 de la Ley 14/2006 para permitir la doble maternidad legal sin adopción. Conforme al artículo 7.3 de la Ley 14/2006:

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.

De esta forma se creó un nuevo título de determinación de otra maternidad, además de la maternidad por naturaleza, pero sometido a estrictos requisitos formales, pues se requería, además del matrimonio con la madre (no separada legalmente ni de hecho), la manifestación, por la no gestante del consentimiento previo al nacimiento y ante el encargado del Registro Civil, de que cuando naciera el hijo de su cónyuge se determinara su filiación respecto del nacido.

Dicha ley fue modificada como consecuencia de los criterios jurisprudenciales, que flexibilizaron los requisitos formales y temporales, por lo que la Ley 19/2015 modificó el artículo 7.3 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida, que dispone que

cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

Por otro lado, la Ley 20/2011 del Registro Civil, en el artículo 44.5 expone que

también constará como filiación 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.

Esta nueva regulación más flexible ha originado nuevos problemas de interpretación referidos al plazo de la declaración, la posibilidad de hacerlo desde el centro sanitario o la necesidad de aceptación de la comaternidad por la madre.

De donde se desprende que la regulación vigente exige que la mujer que presta el consentimiento para que se determine la filiación esté casada y no separada legalmente de la madre.

Por otro lado, el artículo 131 del Código Civil dispone que «cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado» y debe considerarse si esa determinación de la filiación se acordara supusiera que se hace teniendo en consideración el interés superior del menor, cuyo interés debe ser tutelado en el procedimiento, y en el que es parte el ministerio fiscal que como defensor de la legalidad y defensor de los derechos del menor afectado, debiendo dar primacía a ese superior interés.

Por tanto, dos elementos importantes para decidir estas cuestiones son el interés del menor y la posesión de estado.

2. El interés del menor es un aspecto importante en este tipo de procedimientos, en los que se determina la filiación, y también en el supuesto del caso, es decir, cuando tiene relación con las técnicas de reproducción asistida, pero no es causa que permita atribuir al juez una filiación.

En nuestro ordenamiento, en la determinación de la filiación y en las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, se debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes, como la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones o la estabilidad del hijo.

En este aspecto, es necesario aludir a dos sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, entre ellas, las dictadas por el pleno de la sala. Así, la sentencia de pleno de esta sala, de 12 de mayo de 2011 expone

que la propia sentencia recurrida trae a colación como antecedente necesario del presente caso, conforme también a lo constatado por ambas instancias en dicho procedimiento, declara unos hechos reveladores de la posesión de estado ahora alegada, entre otros, que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que la relación o trato con dicho hijo desde su nacimiento fue de madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño, que así la reconocía. Hechos no desacreditados por la sentencia recurrida que reconoce, conforme a lo probado en autos, «que tanto la madre biológica como la demandante se han preocupado del menor con igual dedicación» o que resulta acreditado que «durante un tiempo actuó como madre». En definitiva, hechos reveladores del «tractatus» como elemento impulsor de la posesión de estado, particularmente en los supuestos de reclamación de filiación no matrimonial, como en el presente caso (SSTS de 17 de marzo de 1995 y 10 de noviembre de 2003).

Por un lado, la sentencia 740/2013 (NCJ058138), en relación con el artículo 131 del Código Civil, interpretó que la posesión del estado de filiación, el papel de presupuesto de legitimación para el ejercicio de la acción, es aplicable en el ámbito de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida. Partiendo de la acreditación en el caso de la posesión de estado de la filiación, que según la sentencia reforzó el consentimiento prestado por la no gestante en la clínica, y la sentencia resuelve atendiendo al interés de las niñas nacidas (y cuya filiación reclamaba la excónyuge de la madre) junto al de la otra hija (previamente adoptada por la no gestante) y el interés «de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas que preserve las vinculaciones ya conseguidas entre todas».

Posteriormente, la sentencia, también del pleno de la Sala Civil 836/2013, de 15 de enero de 2014 (NCJ058277), partiendo de la posesión de estado como título

legitimador para el ejercicio de la acción y como medio de prueba de la filiación, valora el interés del menor en que continúe una relación que se había prolongado durante tres años, en un caso en el que se afirma que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que la relación o trato con dicho hijo fue de madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño, que así la reconocía.

Esta sentencia del pleno establece que la perspectiva de análisis que debe proyectarse sobre la cuestión de fondo, apuntada anteriormente, no tiene por objeto la valoración de la posesión de estado de filiación, considerada en sí misma, ya como medio de determinación de la filiación, propiamente dicho, o bien como título de legitimación de la misma, se encuentre o no previamente determinada, sino que se centra, más bien, en las facetas o funciones que esta figura desempeña en el curso de la determinación judicial de la filiación, particularmente dispuesto en orden a la acción de reclamación de filiación no matrimonial ejercitada; esto es, en la posesión de estado como presupuesto para la legitimación del ejercicio de la acción (art. 131 del Código Civil) y en su papel o función de medio de prueba de la filiación reclamada (art. 767.3 LEC).

Desde esta perspectiva, y a los efectos de la fundamentación que aquí interesa, también debe precisarse el contexto valorativo objeto de interpretación. En este sentido, la posible razón de compatibilidad que cabe plantearse entre la figura de la posesión de estado y la normativa de las técnicas de reproducción asistida, Ley 14/2006, de 26 mayo, habida cuenta de la remisión en materia de filiación a las leyes civiles, salvo las especificaciones propias de la ley, no se circunscribe a la posible aplicación del artículo 7.3 de la normativa, tal y como quedó configurado con la modificación introducida por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, esto es, ya respecto de su aplicación retroactiva al caso que nos ocupa, o bien desde el alcance conceptual que brinda al consentimiento de la mujer casada como título de determinación legal de la filiación, en sí mismo considerado, sino que debe referenciarse, con mayor amplitud, en los principios que inspiran su regulación en el marco constitucional de las acciones de filiación.

En este contexto interpretativo no cabe duda que dicha razón de compatibilidad viene informada, entre otros, por los principios constitucionales de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento (arts. 14 y 39.2 CE), de protección de la familia, de los hijos (integral) y de las madres con independencia de su estado civil (39 CE), de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE), así como por la debida ponderación, cada vez mas primordial, del interés superior del menor.

En relación con la posesión de estado, figura que ya resultó reforzada tras la Reforma de Derecho de Familia de 1981, el carácter informador señalado se proyecta tanto sobre su posible definición, como respecto de las funciones que jurídicamente desempeña. Cuestión que, al margen de otras posibles consideraciones, determina que la valoración de sus respectivos requisitos de aplicación no resulten deli-

mitados ya en orden a un determinado tipo de filiación, caso de la matrimonial, o bien de la necesaria subsistencia de una previa relación biológica de generación.

Sigue diciendo que

con mayor incidencia, SSTC 116/1999, de 17 de junio, de 6 de noviembre de 2012 y STS de 12 de mayo de 2011, resultan extrapolables estas consideraciones al contexto de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida, particularmente del carácter no exclusivo ni excluyente del hecho biológico, como fuente o causa de la filiación, y en favor del protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación en estos casos.

Por tanto, la conclusión que debe extraerse de este contexto valorativo, avanzando en la dirección ya señalada por la sentencia de esta Sala de 5 de diciembre de 2013 (núm. 740/2013 [NCJ058138]), no es otra que la plena razón de compatibilidad de ambas normativas en el curso de la acción de filiación no matrimonial, de forma que los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada.

En relación con el interés del menor dice que debe señalarse que, como salvaguarda de los derechos fundamentales y libre desarrollo de la personalidad del menor (STS de 5 de febrero de 2013, núm. 26/2013), su proyección sobre la protección de la vida familiar alcanza, sin distinción, a las relaciones familiares con independencia, como razón obstativa, de la naturaleza matrimonial o no de la misma, o al hecho de la generación biológica tomado como principio absoluto, en sí mismo considerado, de forma que incide en la existencia del lazo de familiaridad establecido con el niño permitiendo o favoreciendo su desarrollo conforme al libre desarrollo de la personalidad del menor.

A su vez, desde la pauta o función de tutela que despliega el interés superior del menor, su incidencia en los derechos y bienes jurídicos concurrentes también se manifiesta en el necesario juicio de ponderación realizado a tal efecto, de forma que en el curso de la acción de reclamación de filiación no matrimonial, que trae causa del empleo de las técnicas de reproducción asistida, el interés del menor representa un control o contrapeso para advenir el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica.

Pues bien, en el presente caso, y en orden a la viabilidad de la acción ejercitada, debe concluirse, a la luz de los informes técnicos realizados, que ambas facetas concurren de forma positiva en la relación de familiaridad del menor con la demandante.

Por tanto, cualquier resolución judicial no puede considerar como carentes de importancia los actos posteriores al nacimiento y la formación del denominado proyecto familiar común, precisamente por ser posteriores, sino que por el contrario son decisivos para apreciar si existe una persistencia y constancia en el comportamiento como madre a efectos de apreciar la posesión de estado.

Por último, hay que añadir que la sentencia da por supuesto que el superior interés del menor queda tutelado por el hecho de que, como consecuencia de la estimación de la demanda, el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad recaería en dos personas. Sin embargo, no es esa una valoración correcta del interés del menor que conduzca a la estimación de una reclamación de maternidad, porque desde ese punto de vista todas las acciones de reclamación de paternidad y maternidad respecto de menores deberían ser estimadas aunque no se dieran sus presupuestos legales y jurisprudenciales. Tampoco se ajusta a los criterios que ha adoptado la sala en las citadas sentencias 740/2013, de 5 de diciembre (NCJ058138) y 836/2013, de 15 de enero de 2014 (NCJ058277), que atendieron al interés de los menores de preservar la unidad y estabilidad familiar derivadas de una relación materno-filial. En el presente caso no se da esa situación ni se ve 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 niño, que desde hace años es cuidado exclusivamente por su madre.

3. En el supuesto del caso propuesto tras la separación y el posterior divorcio, la relación existente entre la demandante B, la madre que reclama la filiación, con la menor no ha sido la que pudiera considerarse propia de una persona que haya querido tener, cuidar o atender a la niña nacida; no existieron contactos ni relación con ella, sino que del caso puede extraerse que desde la ruptura de la pareja se desentendió de ella y que incluso abandonó cualquier intento de solicitar medidas personales y patrimoniales en el procedimiento de divorcio instado por la A, la madre biológica, ya que ni contestó ni compareció en dicho procedimiento, lo que revela su carencia de interés en la relación con la niña nacida, que de hecho no mantuvo ni tampoco realizó ningún acto de acercamiento con ella, por lo que su desinterés por ella quedó en evidencia. Quizá solo se ha limitado a contactos esporádicos, más propios de la amistad con la madre, con quien tiempo después del divorcio la demandante quiso recuperar la relación a la que había puesto fin, que con una relación de maternidad con el niño. La demandante, además, abandonó todo intento de solicitar medidas personales y patrimoniales respecto del niño en el procedimiento de divorcio, lo que permite cuestionar la constancia y continuidad en la relación. Finalmente, el que efectuara unas transferencias a una cuenta propia y según su disponibilidad económica, en concepto de ahorro, en espera, según se dice, de que la madre proporcionara una cuenta, no comporta una realidad integradora de la posesión de estado de quien como madre asume las necesidades ordinarias y diarias de sus hijos, con los requisitos de constancia y exteriorización que se precisan.

En ningún caso se puede decir que haya existido los requisitos exigidos por la jurisprudencia, *tractatus* y fama como elementos para determinar la posesión de estado existente y valorar el interés de la menor afectada por la demanda de reclamación de la filiación.

Por tanto, la demanda de reclamación de la filiación extramatrimonial debería ser desestimada, por no concurrir los elementos recogidos por la jurisprudencia mencionada para ello.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 10, 14 y 39.
- Código Civil, arts. 120 y 131.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo (LTRA), art. 7.3.
- Ley 20/2011, de 21 de julio (LRC), art. 44.5.
- SSTS del pleno de 12 de mayo de 2011; 740/2013, de 5 de diciembre; 836/2013 de 15 de enero de 2014, y 45/2022 de 27 de enero.