

Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida

JESÚS FLORES RODRÍGUEZ

Profesor titular de Derecho civil. Universidad Rey Juan Carlos

LA LEY 2230/2014

Buena muestra de la tensión a la que en la actualidad se enfrenta el modelo civilista de la filiación fundado en la voluntad y el modelo naturalista basado en la biología, que se manifiesta especialmente cuando aparece en la escena pública la reivindicación de la filiación por las parejas del mismo sexo y el uso de las técnicas de reproducción asistida, lo hallamos en dos recientes resoluciones dictadas por nuestro Tribunal Supremo, en sentido diverso. De una parte, en la STS, Sala 1.ª, de 15 de enero de 2014, sobre reconocimiento de la filiación homoparental no matrimonial por posesión de estado respecto de un niño concebido mediante el acceso a las técnicas de reproducción asistida por una pareja de hecho de mujeres. De otra, por la controvertida STS, Sala 1.ª, de 6 de febrero de 2014, que deniega la inscripción de la filiación de un menor procedente de un vientre de alquiler o gestación por sustitución.

Palabras clave: Filiación homoparental. Técnicas de producción asistida. Parejas de mujeres. Acción de filiación no matrimonial. Posesión de estado. Interés superior del menor.

«New forms of family, filiation, and fertility treatments»

Abstract: Evidence of the pressure that the civil model of filiation based on people's wishes and the naturalist model based on biology are currently facing, which is particularly visible when same-sex couples appear on the public stage to demand filiation and the use of fertility treatments, may be found in two recent judgements given by our Supreme Court, each finding differently. Firstly, in the Judgement of the Supreme Court, First Chamber, of 15 January 2014, on recognition of same-sex unmarried-parents filiation through possession of status with regard to a child conceived through access to fertility treatments by two women in a same-sex relationship. Secondly, the controversial Judgement of the Supreme Court, First Chamber, of 6 February 2014, refusing the recordation of the filiation of a child born of a surrogate mother or proxy gestation.

Keywords: Same-sex-parents filiation. Fertility treatments. Two-women couples. Action for unmarried filiation. Possession of status. Overriding interest of the child.

I. FILIACIÓN HOMOPARENTAL: UNA CONCEPCIÓN NO NATURALISTA DE LA FILIACIÓN

Cada vez que abordamos el fenómeno de las familias formadas por parejas del mismo sexo dos son las cuestiones fundamentales a las que tenemos que referirnos necesariamente: de una parte, al ejercicio de la patria potestad —la autoridad parental— y de otra a la filiación. Esta última es la que abordaremos en este momento.

Por familia homoparental hacemos referencia a las situaciones familiares en las que al menos un adulto homosexual, miembro de la pareja del mismo sexo, es padre de un niño. Los estudios sociológicos demuestran que un significativo porcentaje de niños crecen y se educan en hogares formados por parejas del mismo sexo. La homoparentalidad se refiere a un conjunto de realidades familiares bien diferentes: familias recompuestas, adopción por una persona homosexual o por una

pareja del mismo sexo. También cabe incluir a la pareja de mujeres que acceden a la maternidad mediante inseminación artificial o, generalmente, en su caso, a la de hombres que recurren a la gestación por sustitución con el ánimo de fundar una familia.

Frente a la familia heteroparental, en la homoparental la determinación de la filiación se enfrenta a unas circunstancias diferentes que deben ser tenidas en cuenta por el Derecho. En estos casos, el problema radica en cómo justificar el doble vínculo de filiación que se establece. Según veremos más adelante, en estas situaciones la atribución de la filiación del niño a la pareja matrimonial homosexual puede tener lugar mediante adopción simultánea o sucesiva. Cuando se trata de parejas de mujeres, ésta tendrá lugar por vía de manifestación del consentimiento formal —de la voluntad— a la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

En cambio, al margen de la problemática suscitada por la gestación por sustitución —y de la controvertida STS, Sala 1.^a, de 6 de febrero de 2014 (LA LEY 2868/2014) (LA LEY 2868/2014)—, una jurisprudencia más tuitiva ha corregido situaciones a las que el Derecho español no ofrecía una clara solución en materia de filiación y de ejercicio de funciones relacionadas con la patria potestad. Es el caso, por poner algún ejemplo significativo, de la STS de 12 de mayo de 2011, relativa al establecimiento de un **régimen de relaciones personales entre el niño y el miembro no progenitor tras la ruptura de la pareja de hecho homosexual**; así como las SSTS de 12 de diciembre de 2013 y, más recientemente, STS de 15 de enero de 2014 (LA LEY 11199/2014), sobre reclamación de la filiación de la mujer no progenitora por posesión de estado.

Esta última resolución debe ponerse en relación con la STS de 12 de mayo de 2011 (LA LEY 52207/2011)), al intervenir las mismas partes en uno y otro proceso. El asunto resuelto por esta sentencia supuso el reconocimiento de un régimen de relaciones personales de la expareja social (no progenitora) con el menor, que posteriormente ha concluido, en la STS de 15 de enero de 2014, con el reconocimiento de un vínculo de filiación por posesión de estado con el menor con el que había convivido varios años formando una unidad familiar en un proyecto común de paternidad responsable.

La concepción que una parte de la doctrina y la jurisprudencia mantienen hoy en día acerca de los **requisitos de acceso a las técnicas de reproducción asistida**, testimonian —si tenemos en cuenta los tradicionales caracteres del Derecho de filiación—, que la imposición de un modelo parental fundado exclusivamente en la diferencias de sexos es un hecho, desde luego, inadmisibles. Al contrario, cuando se pretende crear un vínculo de filiación el modelo civilista permite la autonomía del Derecho frente a la naturaleza de forma indiscutible.

La noción de familia incluye diversas formas y estructuras distintas. De ahí que resulte más preciso de hablar de «vida familiar» en cuanto situación que tiene reconocimiento en nuestro Derecho. Así lo corrobora la STEDH que, en el asunto *Schalk y Kopf contra Austria*, de 24 de junio de 2010, señaló que «resulta artificial mantener la opinión de que, a diferencia de una unión de diferente sexo, una pareja del mismo sexo no pueda disfrutar del concepto de vida familiar para los propósitos del art. 8 de la Convención. Teniendo presente la relación de los demandantes, la convivencia estable de una pareja del mismo sexo que, de hecho, viven juntos, se incardinaría dentro del concepto de vida familiar, del mismo modo que una relación de una pareja de distinto sexo que estuviera en la misma situación».

Cuando hablamos de filiación debemos partir de la premisa de que el hecho de la paternidad o la maternidad requieren, a su vez, de otros hechos o actos necesarios para acceder al ámbito jurídico y dar lugar a la relación filial de Derecho. Por fundamental que pueda resultar el hecho biológico, si éste no es conocido y establecido jurídicamente no resultará posible hacer valer ni desarrollar la filiación en sus más amplios efectos. La voluntad cumple un papel decisivo a la hora de establecer la filiación en la familia homoparental. En estos casos, la filiación solo puede determinarse sobre la

base del **consentimiento formal** manifestado por el otro miembro de la pareja del mismo sexo, ya por vía de adopción homoparental, o ya por vía de la anuencia a la filiación matrimonial (por tanto, de doble vínculo), en el caso de mujeres casadas que acuden a las técnicas de reproducción asistida.

El esquema por el que se atribuye la filiación es sencillo en cualquier caso. La doctrina moderna distingue a estos efectos entre *título de atribución* y *título de legitimación*, conceptos usados en España por primera vez por el profesor *De Castro*. Mientras que el título de atribución es aquel «hecho» o «acto», biológico o no biológico, que según la ley permite establecer la relación de filiación, el título de legitimación viene a proclamar frente a una persona en particular, a todos los efectos legales, como titular del derecho de filiación y le habilita para el ejercicio de los derechos derivados del mismo. Dicho esquema es, *a priori*, abstracto y aséptico al dato biológico en cuanto permite que determinados actos —la voluntad unida a un reconocimiento de autoridad— atribuyan una relación de **parentesco directo**, de filiación. De otra parte, el esquema es inocuo al «género» en cuanto permite individualizar a la persona o las personas con las que establecer dicha relación parental al margen de su orientación sexual, es decir, en la forma deseada precisamente por la norma jurídica aplicable. De ahí que, en puridad, quepan todas las opciones posibles cuando ésta es la voluntad de la ley.

En resumen, el Derecho dispone de herramientas suficientes como para justificar la creación de un doble vínculo de filiación entre un niño y dos personas del mismo sexo. La importancia de la filiación es significativa pues tiene relevantes consecuencias jurídicas respecto del menor y de la pareja, en la medida en que atribuye la patria potestad, los derechos derivados de la sucesión, el ejercicio de derechos sociales, etc.

En este contexto, el primer aspecto que es necesario destacar, es que no resulta posible denegar la adopción con el fundamento de la orientación sexual del adoptante, como tampoco impedir a la mujer el acceso a las técnicas de reproducción asistida con igual justificación. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que el rechazo de la adopción no puede tener justificación en la referencia implícita a la homosexualidad del adoptante en el procedimiento seguido a tal efecto. Ello supondría un tratamiento discriminatorio por la orientación sexual a la vista de lo dispuesto en los arts. 8 (LA LEY 16/1950) y 14 CEDH (LA LEY 16/1950) (1) .

Además, resulta superfluo pensar que el **derecho a la filiación puede quedar reducido a la búsqueda de la vedad biológica** (2) . La filiación constituye una relación que crea la norma jurídica. Es preferible hablar así de lo que *Lacruz Berdejo* califica como «filiaciones puramente civiles» en las que los protagonistas atienden al papel asignado en la misma forma que cuando la filiación lo es por naturaleza (3) .

No obstante, pese a la naturaleza civil de la filiación, que permite todas las posibles opciones, en los últimos tiempos se va abriendo camino una inquietante tesis en el campo de la filiación que podría calificarse como *naturalista*. Según esta doctrina la filiación debería ser, en todo caso, una copia del modelo que impone la procreación. Un buen ejemplo de esta doctrina es la tesis de los que proponen un **retorno a la adopción simple** para resolver los problemas que plantea, en particular, la familia homoparental, cuyo recurso se explicaría fundamentalmente porque permite mantener un anclaje en la familia biológica, en el orden simbólico heterosexual.

Conforme a esta doctrina en expansión, sólo la capacidad natural de procrear determinaría y justificaría, jurídicamente, la paternidad. Ahora bien, la aceptación de esta teoría significaría admitir la coexistencia de dos modelos contradictorios en el Derecho civil. Por un lado, el modelo clásico al que responde el Código Civil, más atento a la presencia de uno o dos padres que al sexo de éstos; y, de otro, un modelo naturalista construido sobre la diferencia de sexos, más adecuado, presuntamente, al superior interés del menor.

Este movimiento se radicalizó especialmente a partir del momento de la reivindicación de la filiación

adoptiva por las parejas homosexuales. De este modo, de aceptarse esta tesis, al orden natural y público habría que añadir también el orden simbólico, en la medida en que la correcta construcción de la identidad psíquica, social y relacional del niño, exigiría la presencia un padre y una madre durante la infancia y la adolescencia. Esta tesis, en nuestra opinión, es excluyente, contraria a las bases jurídicas en las que se inscribe la filiación tal y como se encuentra contemplada en nuestro Derecho de familia. Pese a asentar sus bases en una pretendida sociología jurídica, esta teoría da la espalda a la realidad social conforme a la cual las normas deben aplicarse, en la que la monoparentalidad, la homoparentalidad o la pluriparentalidad se convierten en lugares corrientes a donde no llega el orden simbólico. El principio de diversidad familiar —el de vida familiar—, se transforma así en el criterio a partir del cual en lo sucesivo deberán interpretarse las normas, y no a la inversa, por las razones que, en particular, iremos analizando a lo largo de este capítulo, y, en general, a lo largo de todo este libro.

II. EL DERECHO A LA FILIACIÓN GENÉTICA

En España, el ordenamiento jurídico reconoce un derecho a la filiación genética en este ámbito (4) . La Ley 35/1988, de 22 de noviembre (LA LEY 2155/1988) (vigente hasta 2006), que es el antecedente inmediato de la Ley 14/2006, de 26 de mayo (LA LEY 5218/2006), de técnicas de reproducción asistida, reconoció doblemente la asistencia a la procreación como un instrumento médico para el tratamiento paliativo de la esterilidad, pero también como un derecho subjetivo de la mujer sola. Como explicaba la Exposición de Motivos de aquella primera norma, dichas técnicas «ya no solo es factible utilizarlas como alternativa de la esterilidad», pues «desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente».

En efecto, la legislación española en esta materia es reciente, compleja y avanzada. Como dice *Lema Añón*, la esterilidad no es un mero dato de la naturaleza, pues en su propia definición es significativa la voluntad o no de tener hijos. Por ello, la distinción entre curación de una enfermedad (que afirma el discurso de la esterilidad) y la satisfacción de una necesidad o incluso de un deseo o preferencia se desvanece y no resulta tan clara como pudiera parecer. En general, el **discurso de la esterilidad** como discurso normativo de legitimación-limitación con respecto al acceso es cuestionable. Como advierte el autor, en la solución adoptada por la Ley 14/2006 (LA LEY 5218/2006), no aparece ni una sola referencia a la esterilidad. Ello debe llevar a la conclusión de que *no existen límites intrínsecos* a estas técnicas que supuestamente obligasen, por ejemplo, a excluir a las mujeres solas (5) , y en el ejercicio de este deseo debe resultar indiferente la orientación sexual de quien lo ejerce.

De este modo, la conexión entre procreación y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE (LA LEY 2500/1978)) significa reconocer la autonomía de la persona para elegir, libre y responsablemente, de entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con las propias preferencias. En este caso, la opción vital es concebir, o no, un hijo, decisión personalísima, en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola, ni prohibiéndola, debiendo respetar lo que resulta de la libertad de cada ciudadano. A este respecto, «es evidente que en el Derecho español no se regulan las técnicas de reproducción asistida con una finalidad exclusivamente terapéutica» (6) .

En resumen, para establecer un doble vínculo de filiación respecto de un niño como hijo de dos mujeres caben pues sólo dos vías: la adopción del art. 176.2.2.º del Código Civil (LA LEY 1/1889) (cauce que también pueden utilizar los matrimonios y parejas de varones en determinadas circunstancias), o la vía del art. 7.3 de la Ley 14/2006 (LA LEY 5218/2006) (consentimiento previo al parto otorgado por la esposa de la madre que da a luz, de modo «que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido») (7) .

IV. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y FILIACIÓN POR POSESIÓN DE

ESTADO

En el régimen de la determinación de la filiación mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, el lugar del padre como verdad biológica —dice la STS de 5 de diciembre de 2013— lo sustituye la ley por la voluntad —el consentimiento— de quien desea ser progenitor. Se posibilita por tanto la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho francés en el español resulta posible el establecimiento de un **doblo vínculo de filiación matrimonial respecto del hijo de la pareja matrimonial nacido mediante el uso de técnicas de reproducción asistida**. No obstante, es necesario advertir que nuestra legislación sólo reconoce tal derecho, de forma conjunta, a las parejas matrimoniales de mujeres, pero no a las parejas o uniones estables registradas.

En efecto, el art. 6.1, de la Ley 14/ 2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, permite que la mujer casada o soltera, con independencia de su orientación sexual, pueda acceder a la maternidad genética por el sólo hecho de manifestar su voluntad en aquel sentido (8) .

La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regula por las leyes civiles, de modo que deben aplicarse los criterios establecidos al respecto en el Código Civil. No obstante, por razones obvias, la situación de las mujeres casadas que desean acceder a la maternidad implica alguna especialidad que es tenida en cuenta por el Derecho. Así, tratándose de mujeres casadas, no separadas legalmente o de hecho, el art. 7.3 de la Ley 14/2006 (LA LEY 5218/2006), resuelve la determinación de la filiación del menor mediante la manifestación ante el Encargado del Registro Civil consintiendo el nacimiento y la determinación de la filiación en favor del cónyuge no progenitor (**doblo vínculo**) (9) . El art. 8.1 del mismo texto legal matiza las condiciones de dicho consentimiento, que deberá ser formal y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes (10) .

A ello debe añadirse que el consentimiento así prestado es *irrevocable*. Por tanto, ni la mujer *ni el marido*, cuando hayan prestado su consentimiento a la fecundación con contribución de donante, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación (art. 8.1 Ley 14/2006 (LA LEY 5218/2006)). La redacción del precepto obedece a una inadecuada coordinación del ordenamiento jurídico en este punto, lo que ha originado una serie de problemas que pondremos de manifestó a continuación.

En definitiva, en estos caso, y concurriendo todos los requisitos, resulta posible inscribir la filiación respecto de ambas mujeres tal y como lo ha reconocido la RDGRN de 11 de mayo de 2008.

Ahora bien, como hemos advertido, en este contexto existen algunas lagunas que deben ser analizados en este momento. En efecto, los principales inconvenientes que plantea la aplicación de los arts. 7 (LA LEY 5218/2006) y 8 de la Ley 14/2006 (LA LEY 5218/2006), a este respecto, son los siguientes:

a) Exclusión de las parejas de hecho de mujeres

Sólo las mujeres casadas, no separadas legalmente o de hecho, pueden inscribir la filiación de niños procedentes de técnicas de reproducción asistida, de modo que quedan excluidas del derecho a la maternidad las parejas de hecho o uniones estables registradas de mujeres. Resulta paradójico que tampoco respecto de la adopción, salvo en alguna legislación autonómica, resulte posible tal opción, al reconocerse la adopción conjunta —si se realiza una interpretación literal de la ley— sólo a las parejas de hecho heterosexuales en el Derecho civil común estatal y en alguna legislación autonómica, según hemos visto anteriormente.

Realmente, en estos casos, se plantea una situación discriminatoria que debe ser corregida de *lege ferenda*.

b) Exclusión por defectos formales del consentimiento:

El consentimiento tiene que ser posterior al matrimonio y anterior al nacimiento del niño engendrado mediante técnicas de reproducción asistida. Se plantea el problema de aquellas parejas de mujeres que pese a estar casadas y manifestar el consentimiento expreso no cumplen estrictamente dichos requisitos formales en algún momento. Siempre que concurren las bases esenciales de tales consentimientos, las SSTs de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014, que refuerza el valor del consentimiento como elemento de interpretación —en su perspectiva teleológica— y como modo de atribución de la filiación, unido al interés del menor y a la posesión de estado, debería despejar cualquier duda acerca del establecimiento del vínculo de filiación y su inscripción en el Registro civil, habida cuenta que la filiación del menor, en palabras del Tribunal, «no puede quedar subordinada a un requisito formal».

c) Exclusión de antiguas parejas matrimoniales por incumplir los requisitos ante la irretroactividad de la Ley:

Ante el olvido por parte de la Ley 14/2006 (LA LEY 5218/2006), de que las parejas de mujeres, una vez contraído matrimonio (tras las Ley 13/2005, de 15 de julio, de reforma del código civil en ese sentido) deberían también gozar de la posibilidad de acudir no sólo a la adopción simultáneamente sino a las técnicas de reproducción asistida de forma conjunta, se procedió a dar una nueva redacción al art. 7 de aquella Ley por la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo (LA LEY 2202/2007), reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, vigente por tanto desde el 17 de marzo de 2007 y sin efectos retroactivos.

En estos casos, se plantea el problema de aquellas parejas casadas a partir de 2005, pero antes de 2007, con hijos procedentes del uso de técnicas de reproducción asistida, y que, como consecuencia de la irretroactividad de la ley (art. 2.3 CC (LA LEY 1/1889)), **carecen de la posibilidad de determinar la filiación matrimonial en favor del niño así nacido**, avocando al cónyuge no progenitor a solicitar la adopción del menor o a reclamar la filiación por posesión de estado (art. 131 CC (LA LEY 1/1889)). Aunque la STS de 15 de enero de 2014 no se refiere expresamente a esta cuestión sino incidentalmente, lo cierto es que de su FJ 2.º, apdo. 2, se desprende que la posibilidad de reclamar la filiación por posesión de estado. Así, se afirma que la remisión conceptual que desde la Ley 14/2006 (LA LEY 5218/2006), se realiza en materia de filiación a las leyes civiles, lo es respecto del marco constitucional de las acciones de filiación, lo que alcanzaría a la necesidad de otorgar interés legítimo para reclamar a cualquiera de los miembros de la pareja la filiación por posesión de estado cuando concurren los requisitos exigidos para ello. Aun no otorgándose efectos retroactivos, la posesión de estado integraría el vacío necesario para atribuir la filiación en favor de aquélla.

d) Acción de reclamación de la filiación por posesión de estado:

Lo cierto es que la Ley 14/2006 (LA LEY 5218/2006) no contempla expresamente la posibilidad de reclamar la filiación del hijo nacido de una de las progenitoras conforme a las leyes civiles. En su aplicación literal, existe un vacío legal en la redacción dada al art. 8.2 de la Ley 14/2006 (LA LEY 5218/2006), que refiere el consentimiento para la determinación de la filiación y reclamación de paternidad respecto del marido no donante, olvidando, el derecho a reclamar igual filiación por parte de la mujer no progenitora contra su anterior cónyuge gestante (con el que ya no convive) respecto del hijo común originado mediante estas técnicas. La filiación reclamada puede ser tanto la matrimonial como la extramatrimonial (11) .

Es indudable que debe realizarse también en estos casos una remisión a las normas civiles en su conjunto. Y, a este respecto, dada la peculiaridad que significa el hecho de que la pareja esté compuesta por dos mujeres, la figura de la posesión de estado resultaría compatible con la normativa que regula las técnicas de reproducción asistida. En efecto, existe compatibilidad entre la legislación sobre técnicas de reproducción asistida y el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación a instancias de uno de los miembros de la pareja, para el caso de que haya sido determinada respecto de la madre biológica pero no respecto de su pareja social cuando existe posesión de estado. La existencia de consentimiento mutuo prestado con ocasión del empleo de la citada técnica, el propósito o proyecto común, así como la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el menor, son la clave de tal reconocimiento, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia.

No hay que olvidar que el Código concede importantes efectos a la manifestación de la voluntad unilateral en otros momentos. Tal es el caso del art. 120 del Código Civil (LA LEY 1/1889) que establece, en su apartado primero que la filiación quedará determinada legalmente en primer lugar por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público. Es más, tiene reconocimiento también en nuestro Derecho el llamado «reconocimiento por complacencia», que supone un reconocimiento voluntario de paternidad *a sabiendas de que no existe paternidad biológica*. En tales casos, no hay error, no hay dolo, ni violencia o intimidación, lo que excluye la aplicación del art. 141 del Código civil (LA LEY 1/1889) (*vid.* a este respecto, las SSAP Madrid, secc. 22.ª, de 9 de octubre de 2001, y de Cuenca, secc. 1.ª de 30 de junio de 2011, entre otras muchas).

Hay que advertir, que a RDGRN de 9 de enero de 2002 denegó el reconocimiento de filiación materna, pretendido por la mujer unida como pareja estable con la madre biológica, ya que el vínculo intentado de maternidad respecto de quien no es madre biológica sólo podía obtenerse —en aquel momento— a través de todo el mecanismo de la adopción. No obstante, la situación actual es sustancialmente diferente, tras la entrada en vigor de la Ley de 2006 sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

Precisamente esta última cuestión ha sido resuelta por la jurisprudencia en sendas resoluciones recientes.

De una parte, en la STS de 5 de diciembre de 2013. Así, se afirme que la reforma de la Ley 13/2005, sobre el derecho a contraer matrimonio «se hizo sin atender a otros aspectos que están en íntima relación con el matrimonio, como es el régimen legal de filiación, en el que las acciones de impugnación y reclamación estaban pensadas exclusivamente para parejas heterosexuales, sin mencionar las homosexuales en que una de las personas no interviene en la fecundación». Recuerda la sentencia que el sistema familiar actual —STS de 12 de mayo de 2011— es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen las consideración de **familias los grupos o unidades que constituyan un núcleo de convivencia**, independientemente de la forma que se haya utilizado para formularla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales.

El valor de la sentencia radica en que en la reclamación de la filiación se concede, de una parte, un papel destacado a la «posesión de estado» en cuanto cuestión de hecho cuya determinación corresponde al Tribunal (art. 131 CC (LA LEY 1/1889)); y, de otra, porque considera el «consentimiento» como título de atribución de la filiación, integrado y reforzado por el hecho de la posesión de estado, por el interés superior del menor, así como por la estabilidad de la unidad familiar. *Nomen, tractatus* y *fama* son los requisitos exigidos para el reconocimiento. En esa dirección, de forma más detallada, nos puede ayudar el art. 311-1 del Código Civil francés, establece estos requisitos en la propia ley, y prevé que la posesión de estado puede tener lugar cuando concurren los suficientes elementos de hechos que revelen el vínculo de filiación entre una persona y

la familia a la cual se dice pertenecer. De estos hechos, los principales —pero no los únicos— son que el menor haya sido tratado como si los que la invocan se hubieran comportado como sus propios padres, que hayan contribuido a su educación y sostenimiento (*tractatus*), que hay sido reconocido como hijo frente a terceros (*fama*) y que haya llevado el apellido de los que dicen ser los padres (*nomen*).

En cuanto al consentimiento aclara algunos aspectos. Así, se exigirá sólo antes de que nazca el hijo, pero no en el momento de la inseminación al guardar silencio la ley en ese punto, habida cuenta que la inseminación no garantiza *per se* el embarazo y posterior nacimiento. De otra parte, añade el Tribunal, que «esta interpretación es acorde al art. 39 CE (LA LEY 2500/1978) que reconoce la protección integral de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación, y ésta no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento previo ante el encargado del Registro civil y no ante la clínica, en el que se prestó, 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» (FJ 2.º).

En esa misma dirección abunda la STS de 15 de enero de 2014. Cuando se trata de la reclamación de la filiación por posesión de estado no queda limitada a un tipo concreto de filiación, como la matrimonial o, en general, la sujeta a una previa relación biológica de generación, de modo que la posesión de estado resultará extrapolable al contexto de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida. El hecho biológico no es exclusivo ni excluyente como fuente o causa de la filiación.

En todo caso, no resulta necesaria la impugnación de la filiación ya determinada en favor de la madre biológica, pues no es contradictoria con la que se pretende reclamar.

En resumidas cuentas —como concluye *Borrillo*—, junto a la filiación biológica pueden existir otras formas jurídicas de filiación, tal es el caso de la adopción (filiación consentida) y la posesión de estado (filiación vivida). El Derecho disfruta pues de una enorme flexibilidad cuando se trata de asignar un niño a una pareja o, tal vez, a un individuo (12) .

- (1) SSTEDH de 19 de febrero de 2013, *X y otros c. Austria*, recurso n.º 19010/07; y de 22 de enero de 2008, E.B. c. Francia, recurso n.º 43546/02.
- (2) Dice *Albaladejo*, M., (*Curso de Derecho Civil, Derecho de familia*, t. IV, 11.ª ed., Edisofer, Madrid, 2008, pág. 265) que en el caso de las técnicas de reproducción asistida la «disociación de la filiación legal y biológica ciertamente no se da por capricho, sino porque la ley ha estimado que en estos casos, en virtud de la artificialidad del procedimiento y circunstancias que concurren en la procreación del hijo que se engendra, su filiación legal puede ser preferible que se base más que en la naturaleza, en la voluntad de asumirlo como hijo, parecidamente —podría decirse— a como ocurre con la filiación adoptiva».
- (3) Explica *Lacruz Berdejo*, J. L., (*Elementos de Derecho civil, Familia*, t. IV, 4.ª ed., Dykinson, Madrid, 2010, p. 300, lo siguiente: «La no coincidencia entre relación biológica y jurídica de filiación —afirma— se pone de manifiesto con la existencia de dos realidades: de una, en la nueva filiación adoptiva (art. 108 CC (LA LEY 1/1889)), una clase de filiación equiparada en su función y efectos a la filiación biológica o por naturaleza (Ley de 11 de noviembre de 1987); y, de otra, el hecho de las procreaciones asistidas con donación de gametos, que plantea el problema de determinar quién es el padre o la madre, o ambos».
- (4) Buena parte de la doctrina mantenía otros planteamientos más conservadores en el momento de la entrada en vigor de la legislación en esta materia. Así, lo ponen de manifiesto *Méndez Baiges*, V. y *Silveria Gorski*, H., en *Bioética y Derecho*, OUC, Barcelona, 2007, pág. 124, para quienes las técnicas de reproducción asistida sólo podrían utilizarse con finalidad terapéutica, como ocurre en Francia, sin reconocimiento de un derecho subjetivo al margen de este inconveniente. Abunda así en una postura clásica en nuestro Derecho, antes de la reforma, *Roca Trias*, E., «La función del derecho para la protección de la persona ante la biomedicina y la biotecnología», en *Derecho biomédico y bioética*, Comares, Granada, 1998, pág. 140.
- (5) *Lema Añón*, C., «Dilemas ético-jurídicos de la reproducción humana», en *Derecho sanitario y Bioética, Cuestiones Actuales*,

Gascón Abellán, M., González Carrasco, M.^a, C., y Cantero Martínez, J., (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 852-855.

- (6) De Verda Y Beamonte, J. R., «Libertad de procreación y libertad de investigación», *Diario La Ley*, n.º 6161, 4 de enero de 2005. www.diariolaley.laley.es.
- (7) Hualde Manso, T., «De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada», *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 10, 2012.
- (8) El art. 6 de la Ley 14/2006 (LA LEY 5218/2006), establece lo siguiente: «Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual».
- (9) «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» (art. 7.3 Ley 14/2006 (LA LEY 5218/2006)).
- (10) Dispone el art. 8.2 de la ley 14/2006 (LA LEY 5218/2006), que «Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el art. 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad».
- (11) El art. 131 del Código Civil (LA LEY 1/1889) señala: «Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado. Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada».
- (12) Borrillo, D., *Le droit des sexualités*, 1.^a ed., PUF, Paris, 2009, pág. 64.