

Mares? Poden ser més d'una

Tres casos recents de la *Supreme Court* de Califòrnia

Esther Farnós Amorós
Margarita Garriga Gorina

Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

306

Abstract

En tres decisions del passat 22 d'agost la Supreme Court de Califòrnia ha declarat que és mare legal dels fills de la seva parella, la dona que conviu amb la mare biològica en una relació lesbiana. Amb independència del sexe dels progenitors i de l'origen del material genètic, afirma el Tribunal, el fet de compartir el projecte d'engendrar fills i de tractar-los com a propis en el marc de la relació de parella, comporta l'atribució de la maternitat legal, la qual cosa protegeix l'interès superior del menor. En tots tres casos el conflicte arrenca, quan, en el context d'una crisi de parella, una de les dones pretén, bé que ella no té cap obligació respecte dels fills de l'altra o bé que no hi ha cap vincle entre els fills que ella ha parit i la seva parella. En casos semblants s'havien atorgat drets de visita i també la guarda dels fills de la parella de mateix sexe, però mai fins ara se'ls havia reconegut la maternitat.

Els casos

- 1. Elisa B. v. Sup. Ct.***
- 2. K.M. v. E.G.***
- 3. Kristine H. v. Lisa R.***
- 4. Conclusions***
- 5. Estat de la qüestió en el dret espanyol***

1. *Elisa B. v. Sup. Ct.*

En el primer cas, *Elisa B. v. Sup. Ct. (8/22/05 SC)*, es planteja davant del Tribunal si, en absència d'una adopció prèvia, es pot imposar a una dona la maternitat dels fills que la seva parella va tenir durant la convivència entre ambdues, concebuts per fecundació assistida amb òvuls de la mare i esperma d'un donant anònim. La sentència es basa en els fets següents: Elisa i Emily tenien una relació de convivència estable no registrada des de l'any 1993. Les dues dones desitjaven tenir descendència comuna i amb aquest objectiu van inseminar-se amb esperma del mateix donant. El 1997 Elisa va donar a llum a una nena i l'any següent Emily va ser mare de bessons. Tal com havien acordat, Elisa, que guanyava un sou més alt, mantenia econòmicament la família, mentre que Emily tenia cura de la casa i dels fills. El 1999 la convivència es va trencar i Elisa va seguir mantenint Emily i els bessons fins que el 2001 va deixar de pagar al legant canvis en la seva situació laboral.

El conflicte sobre la maternitat va sorgir quan Emily va reclamar a Elisa el pagament dels aliments als bessons, i aquesta va contestar negant la seva maternitat.

El Tribunal resol que Elisa i Emily són legalment les mares dels nens en una sentència de la qual destaquem els arguments següents:

En primer lloc, pel que fa a la possibilitat de declarar que un fill té legalment dues mares, el Tribunal afirma que si mitjançant l'adopció ja és possible arribar a aquest resultat [§ 9000-9007 *California Family Code*], no hi ha motiu per a denegar la doble maternitat dels bessons en aquest cas.

La segona qüestió es refereix al mecanisme legal per a la determinació de la maternitat, ja que la llei només considera mare a la dona que pareix o adopta el fill [§ 7610, (a) i (d) *Cal. Fam. Code*]. El Tribunal aplica analògicament al cas una norma sobre determinació de paternitat, que presumeix que és pare l'home que conviu amb el fill i el tracta com si fos fill seu [§ 7611 (d) *Cal. Fam. Code*]. La utilització de regles pròpies de la paternitat a la maternitat està permesa per la llei, *en la mesura del possible* [§ 7650 (a) *Cal. Fam. Code*], i en aquest cas es justifica en què l'esmentada presumpció prescindeix de l'existència o no d'un vincle biològic per a la determinació de la paternitat.

Els fets que indiquen que Elisa va tractar els bessons com a fills són, entre altres, el seu consentiment i assistència a la inseminació artificial d'Emily, la utilització d'esperma del mateix donant, així com el fet que ambdues dones van donar el pit als tres menors. A més, van escollir d'acord els noms dels tres nens i els van posar els seus dos cognoms units per un guió.

Finalment, la sentència afirma que si la decisió de fer néixer els bessons va tenir origen en la voluntat conjunta d'Elisa i Emily i, si tant l'una com l'altra s'havien comportat com a mares durant dos anys, Elisa no pot ara desentendre's de les seves responsabilitats respecte dels nens, per raó de què la seva relació amb l'altra mare s'ha acabat.

La decisió es basa en el precedent *Johnson v. Calvert* (May 20, 1993, 5 Cal. 4th 84; 851 P.2d 776) que, en un cas de maternitat subrogada, va resoldre que si la maternitat genètica i gestacional no coincideixen en una mateixa dona, és mare la que va tenir la voluntat de portar un fill al món i de tenir-ne cura com si fos propi. En aquest cas, el nen havia sigut concebut emprant gàmetes procedents dels cònjuges que havien contractat la mare subrogada.

2. *K.M. v. E.G.*

En el segon cas, *K.M. v. E.G.* (8/22/05 SC), que és el que va provocar la sentència més controvertida, es planteja si pot declarar-se la maternitat de la dona que va donar òvuls a la seva parella lesbiana i que va renunciar a exigir als seus drets parentals. KM va donar òvuls a EG, amb qui s'havia registrat com a parella l'any 1994, perquè aquesta, que intentava des de feia temps quedar embarassada, no produïa òvuls suficients. Plegades van escollir un donant d'esperma i KM va signar el document de donació d'òvuls, que inclou la renúncia a qualsevol dret en relació a la descendència. Els òvuls van ser implantats amb èxit a EG l'abril de 1995 i la parella va comunicar l'embaràs a la família tot i que, tal com havien acordat, van ocultar a tothom la procedència dels òvuls.

El desembre de 1995 van néixer dues bessones, que van ser inscrites en el registre com a filles d'EG. Poc després del naixement, EG i KM es van comprometre mitjançant un acte merament simbòlic d'intercanvi d'anells¹ i totes quatre van conviure durant cinc anys. Durant aquest període ambdues dones van exercir les funcions pròpies d'una mare, tal com va quedar palès per les declaracions de persones de l'entorn de la parella. El març de 2001 es van separar i EG va marxar a viure a un altre Estat amb la seva mare i les nenes. KM va sol·licitar llavors el reconeixement legal de la seva maternitat.

Les declaracions de les dues dones eren contradictòries quant a les seves intencions en els moments previs a la concepció. EG assegurava que no hauria acceptat la donació si KM no hagués signat la renúncia, que ambdues havien discutit amb calma sobre aquesta qüestió i que ella va confiar que el document la protegiria en l'eventualitat d'una disputa. KM, en canvi, sostenia que havia quedat clar que els fills que nasquessin conviurien amb totes dues, que actuarien com a mares, i quant al document de renúncia, afirma que va llegir-lo moments abans de signar-lo, convençuda que es tractava només d'una formalitat necessària per a la donació i que algunes parts del document estàndard, com la que obliga al donant a abstenir-se d'intentar esbrinar la identitat de la receptora, li eren alienes.

La *Superior Court* va considerar que només EG era mare, atès que la posició de la demandant era anàloga a la d'un donant d'esperma, a qui la llei no considera pare [§ 7613 (b) *Cal. Fam. Code*] i, en el mateix sentit, la *Court of Appeal* argumenta que solament ella tenia aquesta intenció en el moment de la concepció i que la voluntat posterior de KM de ser mare podia haver-se canalitzat a través d'una adopció, però no podia alterar la determinació originària de la maternitat.

¹ El Projecte de Llei de l'Estat de Califòrnia que permet el matrimoni homosexual va ser rebutjat pel governador de l'Estat, en exercici del seu dret de vet.

La *Supreme Court* dóna la raó a KM argumentant que el cas no es pot resoldre amb base en una norma pensada pels donants anònims d'esperma, atès que KM no va fer una simple donació d'òvuls, sinó que va aportar els seus per a la inseminació de la dona amb la qual vivia, amb la finalitat de portar al món uns fills que creixerien en la llar que compartia amb la mare biològica.

La sentència conté dos vots dissidents que consideren que calia haver donat eficàcia al document de renúncia i que la sentència és una amenaça per a aquells que porten fills al món mitjançant la reproducció assistida refiats que es complirà el que han previst expressament abans de la concepció. En definitiva, com afirma un dels magistrats, la sentència introdueix una norma de determinació de la maternitat segons la qual la dona que dóna els seus òvuls amb la finalitat que la seva parella lesbiana engendri uns fills que conviuran amb totes dues, és la mare d'aquests fills fins i tot en el cas que hagués manifestat la voluntat contrària abans de la concepció.

3. *Kristine H. v. Lisa R.*

En el tercer cas, *Kristine H. v. Lisa R.* (8/22/05 SC), la qüestió és si la mare biològica pot impugnar la maternitat de la dona amb la que vivia, que havia quedat determinada per la voluntat d'ambdues abans del naixement. Kristine, que era la parella de Lisa des de feia sis anys, va quedar embarassada per inseminació artificial amb esperma d'un amic que es va comprometre a no reclamar drets parentals. Dos mesos abans del part, ambdues havien obtingut, mitjançant l'exercici d'una acció judicial, una declaració de filiació segons la qual Kristine i Lisa serien legalment mares del fill que havia de néixer (§ 7630 i § 7633 *Cal. Fam. Code*). La resolució ordenava que el certificat de naixement esmentés les dues dones en els espais corresponents a "mare" i "pare".

El 3 d'octubre del 2000 va néixer una nena que va ser inscrita en el registre amb un cognom que era la combinació dels de les dues dones, i quan aquesta encara no havia complert els dos anys, Lisa i Kristine es van separar. Aleshores Kristine va impugnar la declaració judicial de filiació, argumentant que contravenia les lleis de l'Estat.

Aquesta pretensió va indignar el col·lectiu homosexual atès que les declaracions de filiació prèvies al naixement són la via que utilitzen moltes parelles de gais i lesbianes per establir la filiació dels menors que porten al món i que ningú havia qüestionat fins llavors, tot i que la llei no preveu la seva aplicació als progenitors del mateix sexe.

La *Supreme Court* confirma la legalitat de la declaració de maternitat, en primer lloc perquè considera que el procediment pel qual les dues dones havien tramitat la declaració de paternitat era l'adequat també per a les parelles homosexuals, atès que la jurisprudència admet la determinació judicial de la doble maternitat respecte del mateix fill. En segon lloc, per aplicació de la doctrina de l'*estoppel* que impedeix a Kristine qüestionar la validesa de la declaració judicial de maternitat que ella mateixa havia promogut i de la qual va gaudir durant dos anys, si això provoca un perjudici a Lisa i al nen.

4. Conclusions

Més enllà de la possibilitat d'adoptar els fills de la dona a qui la llei considera mare, el Tribunal Suprem de Califòrnia afirma que, de la mateixa manera que les parelles heterosexuales, les parelles de dones poden decidir sobre la filiació dels fills que neixen durant la seva relació estable de convivència i que, arribat el cas, aquesta també els pot ser imposada.

El Tribunal Suprem de Califòrnia opta, a manca de legislació sobre la matèria, per l'aplicació d'algunes de les normes i principis que regeixen la determinació de la filiació per a les parelles heterosexuales, atenent a dos elements fonamentals que són, el primer, l'existència d'una voluntat prèvia a la concepció, sobre la filiació dels fills que neixen per reproducció assistida i que, segons la jurisprudència del cas *Johnson*, és un criteri que permet determinar la maternitat amb independència del vincle genètic o gestacional entre la dona i el fill. El segon element és la convivència amb els fills i el fet d'haver-los tractat com a propis, que constitueix en el dret nord-americà un criteri independent de determinació de la paternitat.

Els raonaments que fonamenten cada una de les tres sentències no permeten, tanmateix, identificar quines són, segons el Tribunal, les regles aplicables per a la determinació de la maternitat en aquests casos, tot i que les tres declaren finalment la maternitat de les dues dones.

Així, tant les sentències *Elisa* i *Kristine* com la jurisprudència anterior parteixen del principi segons el qual, en matèria de reproducció assistida, la filiació es determina segons la voluntat manifestada abans de la concepció per aquells que intervenen directament en la decisió de fer néixer un fill i que, en absència d'una manifestació expressa, l'existència d'aquesta voluntat es pot deduir de l'actitud dels possibles progenitors pel que fa a la concepció d'un fill en el moment en que aquesta es produeix.

En el cas *KM*, en canvi, per tal de justificar la decisió de declarar mare a la dona que va aportar els òvuls, malgrat que havia renunciat a la seva maternitat, el Tribunal té en compte, d'una banda, el vincle genètic que hi ha entre la donant d'òvuls i els fills i, d'altra banda, la participació d'ambdues dones tant en la concepció, com posteriorment en la cura dels fills en el marc d'una relació estable de parella. La sentència afirma que aquests elements permeten justificar l'atribució de la maternitat, per més que les parts discrepin quant a quina fou la seva voluntat en el moment de la concepció.

El Tribunal opta així a *KM* per la solució més favorable per a l'interès dels menors, que és, sens dubte, que les dues dones que fins llavors s'havien comportat com a mares, ho siguin també legalment. La decisió posa en perill les expectatives de seguretat i certesa que la jurisprudència del cas *Johnson* i la seva aplicació posterior havien generat a les persones que feien ús de les tècniques de reproducció assistida i fixaven, abans de la concepció, qui seria el pare o la mare i qui no. Especialment preocupades poden estar tant les donants d'òvuls que no pretenen ser mares, com les dones que utilitzen òvuls aliens amb la voluntat de ser mares i d'excloure a la donant de la maternitat.

5. Estat de la qüestió en el dret espanyol

La paternitat o maternitat de les parelles homosexuals per mitjà de l'adopció ha estat reconeguda en les lleis d'algunes Comunitats Autònomes a partir del 2000.

La primera Comunitat Autònoma que va permetre adoptar a les parelles homosexuals va ser Navarra (Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables). Després van ser el País Basc (Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho) , Aragó (Ley 2/2004, de 3 mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26-3-1999, relativa a parejas estables no casadas), Catalunya (Llei 3/2005, de 8 d'abril, de modificació del Codi de Família, la Llei d'Unions estables i el Codi de Successions) i, finalment, Cantàbria (Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho).

Quant al Codi Civil, la reforma per la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificació del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, ha afectat el règim de l'adopció sense haver modificat gairebé els articles que la regulen, atès que els matrimonis de persones del mateix sexe poden adoptar. No poden fer-ho, en canvi, les parelles homosexuals que no estiguin casades.

L'adopció per parelles heterosexuals no casades es regula fora de l'articulat del Codi Civil, en la D.A. 3ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que permet l'adopció "al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal".

En qualsevol cas, una vegada que la llei ha reconegut que un fill pot tenir dos pares o dues mares, sorgeix la qüestió de si la maternitat dels fills que neixen durant la convivència estable de dues dones, pot atribuir-se a ambdues, pel consentiment d'una d'elles a la fecundació de l'altra, atorgat abans del naixement. Es tractaria de posar a disposició de les dones que conviuen en una relació estable de parella i que decideixen portar fills al món, els mateixos mitjans que tenen les parelles heterosexuals que conceben fills mitjançant la reproducció assistida.

Això permetria a aquestes parelles gaudir del permís per naixement de fill i acollir-se a la baixa compartida per maternitat. D'aquesta manera s'evitaria, a més, la situació en la que es troben mentre no es constitueix l'adopció, ja que en aquest espai de temps, la dona que conviu amb la mare no té legalment cap vincle amb el *nasciturus*, de manera que si mor durant l'embaràs o després del naixement, el fill no té cap dret envers ella (successor o a indemnització per mort, per exemple). Si és la mare la que mor abans de la constitució de l'adopció, ja sigui durant el part o després del naixement, la seva parella o cònjuge tampoc té cap dret ni cap deure en envers a la descendència.

Tot just cinc mesos després que la Llei 3/2005, de 8 d'abril, de modificació del Codi de Família, la Llei d'Unions Estables i el Codi de Successions, hagi reconegut la possibilitat de l'adopció per parelles del mateix sexe, l'*Observatori de Dret Privat de Catalunya*, en el marc dels treballs d'harmonització i actualització del Codi de Família de cara a la seva integració en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya, ha elaborat un esborrany en el que es proposa reconèixer la maternitat per reproducció assistida de parelles lesbianes, és a dir, que els fills que neixen per fecundació assistida d'una de les dones amb el consentiment de l'altra siguin legalment fills d'ambdues.

El text resulta d'afegir a les normes que regulen la filiació per fecundació assistida en el Codi de Família i que en la redacció vigent es refereixen al marit o a l'home que ha consentit a la fecundació, una referència a l'esposa de la mare o a la dona que conviu amb ella en una relació estable de parella.

En concret, l'art. 224-3 CCC (actual art. 87.2 CF) disposa que tant la paternitat com la maternitat es poden determinar pel consentiment a la fecundació assistida de la dona. Quant als fills nascuts per fecundació assistida de la dona casada, l'art. 224-8, paràgraf 1º CCC (actual art. 92.1 CF) substitueix el terme marit pel terme cònjuge, de manera que és mare la dona que ha consentit expressament a la fecundació de la seva esposa. Paral·lelament, segons l'art. 224-13 CCC (actual art. 97.1 CF), els nascuts per fecundació assistida de la mare són fills d'aquesta i de la dona que conviu amb ella en parella estable i que ha consentit a la fecundació.