

¿Madres? Pueden ser más de una

Tres casos recientes de la *Supreme Court* de California

Esther Farnós Amorós
Margarita Garriga Gorina

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

306

Abstract

En tres decisiones del pasado 22 de agosto, la Supreme Court de California ha declarado que es madre legal de los hijos de su pareja, la mujer que convive con la madre biológica en una relación lesbiana. Con independencia del sexo de los progenitores y del origen del material genético, afirma el Tribunal, el hecho de compartir el proyecto de engendrar hijos y de tratarlos como propios en el marco de la relación de pareja, conlleva la atribución de la maternidad legal, lo que protege el interés superior del menor. En los tres casos, el conflicto surge, cuando, en el contexto de una crisis de pareja, una de las mujeres pretende, bien que ella no tiene obligación alguna respecto de los hijos de la otra, o bien que no existe ningún vínculo entre los hijos a los que ella ha dado a luz y su pareja. En casos similares se habían otorgado derechos de visita y también la guarda de los hijos de la pareja del mismo sexo, pero nunca hasta ahora se les había reconocido la maternidad.

Sumario

1. *Elisa B. v. Sup. Ct.*
2. *K.M. v. E.G.*
3. *Kristine H. v. Lisa R.*
4. *Conclusiones*
5. *Estado de la cuestión en el derecho español*

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

En el primer caso, *Elisa B. v. Sup. Ct.* (8/22/05 SC), se plantea ante el Tribunal si, en ausencia de una adopción previa, puede imponerse a una mujer la maternidad de los hijos que su pareja tuvo durante la convivencia entre ambas, concebidos por fecundación asistida con óvulos de la madre y esperma de un donante anónimo. La sentencia se basa en los hechos siguientes: Elisa y Emily convivían como pareja estable no registrada desde 1993. Las dos mujeres deseaban tener descendencia común y, con este objetivo, decidieron inseminarse con esperma del mismo donante. En 1997 Elisa dio a luz a una niña y al año siguiente Emily fue madre de gemelos. Tal como habían acordado, Elisa, que tenía un sueldo mayor que Emily, mantenía económicamente a la familia, mientras que la segunda se encargaba de la casa y de los hijos. En 1999 rompieron su relación, pese a lo cual Elisa siguió manteniendo a Emily y a los gemelos hasta que, en 2001, dejó de pagar alegando cambios en su situación laboral.

El conflicto sobre la maternidad surgió cuando Emily reclamó a Elisa el pago de los alimentos a los gemelos, y ésta contestó negando su maternidad.

El Tribunal resuelve que Elisa y Emily son legalmente las madres de los niños en una sentencia de la que destacamos los argumentos siguientes:

En primer lugar, por lo que se refiere a la posibilidad de declarar que un hijo tiene legalmente dos madres, el Tribunal afirma que si mediante la adopción ya es posible conseguir el mismo resultado (§ 9000-9007 *Cal. Fam. Code*), no hay motivo para denegar la doble maternidad de los gemelos en este caso.

La segunda cuestión se refiere a la vía legal para la determinación de la maternidad, pues la ley sólo considera madre a la mujer que da luz o adopta al hijo [§ 7610, (a) y (d) *Cal. Fam. Code*]. En el caso, el Tribunal aplica analógicamente la norma de la sección 7611 (d) *Cal. Fam. Code*, sobre determinación de paternidad, que presume que es padre el hombre que convive con el hijo y lo trata como propio. La aplicación de reglas propias de la paternidad a la maternidad está permitida por la ley, *en la medida de lo posible* [§ 7650 (a) *Cal. Fam. Code*], y en este caso se justifica en el hecho de que la citada presunción prescinde de la existencia o no de un vínculo biológico para la determinación de la paternidad.

Los hechos que indican que Elisa trató a los gemelos como hijos son, entre otros, su consentimiento y asistencia a la inseminación artificial de Emily, la utilización de esperma del mismo donante al que recurrió Emily para concebir a los gemelos para la concepción de la niña, así como el hecho de que ambas dieron el pecho a los tres menores. Además, ambas escogieron los nombres de los tres y les impusieron sus dos apellidos unidos por un guión.

Finalmente, la sentencia afirma que si la decisión de hacer nacer a los gemelos tuvo origen en la voluntad conjunta de Elisa y Emily de ser madres y, si tanto una como la otra se comportaron como tales durante dos años, Elisa no puede esgrimir el final de su relación con la otra mujer para desentenderse de sus responsabilidades hacia los niños.

La decisión se basa en el precedente *Johnson v. Calvert* (May 20, 1993, 5 Cal. 4th 84; 851 P.2d 776) que, en un caso de maternidad subrogada, resolvió que si la maternidad genética y gestacional no coinciden en una misma mujer, madre es la que tuvo la voluntad de traer un hijo al mundo y criarlo como propio. En el caso, el hijo había sido concebido utilizando gametos procedentes de los cónyuges que contrataron a la madre subrogada.

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

En el segundo caso, *K.M. v. E.G.* (8/22/05 SC), que es el que dio lugar a la sentencia más controvertida, se plantea si puede declararse la maternidad de la mujer que donó óvulos a su pareja lesbiana y que había renunciado a exigir derechos parentales respecto a la descendencia. KM donó óvulos a EG, con quien se había registrado como pareja en 1994, pues ésta, que intentaba desde hacía tiempo quedar embarazada, no producía suficientes óvulos. Juntas escogieron a un donante de esperma y KM firmó el documento de donación, que incluye la renuncia a cualquier derecho respecto a la descendencia. Los óvulos fueron implantados con éxito a EG en abril de 1995 y las dos mujeres comunicaron el embarazo a la familia aunque, como habían acordado, ocultaron a todos la procedencia de los óvulos.

En diciembre de 1995 nacieron dos gemelas, que fueron inscritas en el registro como hijas de EG y, poco después, EG y KM se comprometieron mediante un acto meramente simbólico de intercambio de anillos¹. La convivencia duró cinco años y durante todo este tiempo ambas ejercieron las funciones propias de una madre. En marzo de 2001 se separaron y EG se fue a vivir a otro Estado con su madre y las niñas. KM solicitó entonces el reconocimiento legal de su maternidad.

Las declaraciones de las dos mujeres eran contradictorias en cuanto a sus intenciones en los momentos previos a la concepción. EG aseguraba que no habría aceptado la donación si KM no hubiera firmado la renuncia, que ambas discutieron con calma sobre esta cuestión y que ella confió en que el documento la protegía en caso de una disputa. KM, en cambio, sostenía que había quedado claro que los hijos que nacieran convivirían con las dos, que actuarían como madres y, por lo que respecta al documento de renuncia, afirma que lo leyó momentos antes de firmarlo, convencida de que se trataba sólo de una formalidad necesaria para la donación y de que algunas partes del documento estándar, como la que obliga al donante a abstenerse de intentar averiguar la identidad de la receptora, le resultaban ajenas.

La *Superior Court* consideró que sólo EG era madre, pues la posición de la demandante era análoga a la de un donante de esperma, a quien la ley no considera padre [§ 7613 (b) *Cal. Fam. Code*] y, en el mismo sentido, la *Court of Appeal* argumentó que únicamente ella tenía esa intención en el momento de la concepción y que la voluntad posterior de KM de ser madre podía haberse canalizado a través de una adopción, pero en ningún caso podía alterar la determinación originaria de la maternidad.

¹ El Proyecto de Ley del Estado de California que permite el matrimonio homosexual fue rechazado por el gobernador del Estado, en ejercicio de su derecho de veto, el pasado 30 de septiembre.

La *Supreme Court* estima la pretensión de KM y resuelve que el caso no puede decidirse con base en la norma que regula las donaciones de esperma, pues KM no hizo una simple donación de óvulos, sino que aportó los suyos para la inseminación de la mujer con quien convivía, con la finalidad de traer al mundo a unos hijos que crecerían en el hogar que compartía con la madre biológica, como así sucedió durante cinco años.

La sentencia contiene dos votos disidentes que consideran que debería haberse otorgado eficacia al documento de renuncia a los derechos parentales, y que la sentencia es una amenaza para aquellos que traen hijos al mundo mediante la reproducción asistida confiados en que se cumplirá lo que han previsto expresamente antes de la concepción. En definitiva, como afirma uno de los magistrados, la sentencia introduce una norma de determinación de la maternidad según la cual la mujer que dona sus óvulos con la finalidad de que su pareja lesbiana engendre unos hijos que convivirán con las dos, es la madre de éstos incluso si ha manifestado expresamente su voluntad en contra antes de la concepción.

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

En el tercer caso, *Kristine H. v. Lisa R.* (8/22/05 SC), la cuestión es si la madre biológica puede impugnar la maternidad de la mujer con la que convivía, que había quedado determinada por voluntad de ambas antes del nacimiento. Kristine, que era la pareja de Lisa desde hacía seis años, quedó embarazada por inseminación artificial con esperma de un amigo común, que se comprometió a no reclamar derechos parentales. Dos meses antes del parto, las dos mujeres obtuvieron, a través del ejercicio de una acción judicial, una declaración de filiación según la cual Kristine y Lisa serían legalmente madres del hijo que tenía que nacer (§ 7630 y § 7633 *Cal. Fam. Code*). La resolución ordenaba que en el certificado de nacimiento constaran las dos mujeres en los espacios reservados a “madre” y “padre”.

El 3 de octubre del 2000 nació una niña que fue inscrita en el registro con un apellido que era la combinación de los de las dos mujeres, y cuando ésta aún no había cumplido los dos años, Lisa y Kristine se separaron. Entonces Kristine impugnó la declaración judicial de filiación, argumentando que contravenía las leyes del Estado.

Esta pretensión indignó al colectivo homosexual, puesto que las declaraciones de filiación previas al nacimiento son la vía que utilizan muchas parejas de gays y lesbianas para establecer la filiación de los hijos que traen al mundo y que nadie había cuestionado hasta entonces, pese a que la ley no prevé su aplicación a los progenitores del mismo sexo.

La *Supreme Court* confirma la legalidad de la declaración de maternidad, en primer lugar porque considera que el procedimiento por el cual ambas tramitaron la declaración de paternidad era el adecuado también para las parejas homosexuales, puesto que la jurisprudencia admite la determinación judicial de la doble maternidad respecto del mismo hijo. En segundo lugar, por aplicación de la doctrina del *estoppel*, que impide a Kristine poner en duda la validez de la

declaración judicial de maternidad que ella misma había promovido y de cuyos efectos disfrutó durante dos años, si ello causa un perjuicio a Lisa y al niño.

4. Conclusiones

Más allá de la posibilidad de adoptar a los hijos de la mujer a quien la ley considera madre, el Tribunal Supremo de California afirma que, de la misma forma que las parejas heterosexuales, las parejas de mujeres pueden decidir sobre la filiación de los hijos que nacen durante su relación, y que, llegado el caso, ésta también les puede ser impuesta.

El Tribunal Supremo de California opta, a falta de legislación sobre la materia, por la aplicación de algunas de las normas y principios que rigen la determinación de la filiación para las parejas heterosexuales, atendiendo a dos elementos fundamentales que son, el primero, la existencia de una voluntad previa a la concepción acerca de la filiación de los hijos que nacen por reproducción asistida y que, según la jurisprudencia del caso *Johnson*, es un criterio que permite determinar la maternidad con independencia del vínculo genético o gestacional entre la mujer y el hijo. El segundo elemento es la convivencia con los hijos y el hecho de haberlos tratado como propios, que constituye en el derecho norteamericano un criterio independiente de determinación de la paternidad.

Los razonamientos que fundamentan cada una de las tres sentencias no permiten, sin embargo, identificar cuáles son, a juicio del Tribunal, las reglas aplicables para la determinación de la maternidad en estos casos, pese a que las tres declaran finalmente la maternidad de las dos mujeres.

Así, tanto las sentencias *Elisa* y *Kristine* como la jurisprudencia anterior parten de la idea de que, en materia de reproducción asistida, la filiación se determina según la voluntad manifestada antes de la concepción por quienes intervienen directamente en la decisión de dar nacimiento a un hijo y que, en ausencia de una manifestación expresa, la existencia de tal voluntad puede deducirse de la actitud de los posibles progenitores respecto a la concepción de un hijo, en el momento en que ésta tiene lugar.

En el caso *KM*, sin embargo, para justificar la decisión de declarar madre a la mujer que aportó los óvulos, pese a que había renunciado por escrito a su maternidad, el Tribunal atiende, por un lado al vínculo genético que une a la donante de óvulos con los hijos y, por otro lado, a la participación de ambas mujeres tanto en la concepción, como posteriormente en el cuidado de los hijos en el marco de una relación de pareja estable. La sentencia afirma que estos elementos permiten justificar la atribución de la maternidad, a pesar de que las partes discrepen acerca de si en el momento de la concepción ambas tenían o no la voluntad de ser madres.

El Tribunal opta así en *KM* por la solución que más favorece el interés los menores, que es, sin duda, que sus madres sean las mujeres que hasta el momento se habían comportado como tales.

La decisión se toma a costa de poner en peligro las expectativas de seguridad y certeza que la jurisprudencia del caso *Johnson* y su aplicación posterior habían generado en las personas que acudían a la reproducción asistida y fijaban, antes de la concepción, quién sería legalmente padre o madre y quién no. Especialmente preocupadas pueden estar tanto las donantes de óvulos que no pretenden ser madres, como las mujeres que utilizan óvulos ajenos con la voluntad de ser madres, excluyendo de la maternidad a la donante.

5. Estado de la cuestión en el derecho español

La paternidad o maternidad de las parejas homosexuales a través de la adopción ha sido reconocida en las leyes de algunas Comunidades Autónomas a partir del año 2000.

La primera Comunidad Autónoma que permitió adoptar a las parejas homosexuales fue Navarra ([Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables](#)). Le siguieron el País Vasco ([Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho](#)), Aragón ([Ley 2/2004, de 3 mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26-3-1999, relativa a parejas estables no casadas](#)), Cataluña ([Llei 3/2005, de 8 d'abril, de modificació del Codi de Família, la Llei d'Unions estables i el Codi de Successions](#)) y, finalmente, Cantabria ([Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho](#)).

En cuanto al Código Civil, la reforma operada por la [Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil](#) en materia de derecho a contraer matrimonio, ha afectado el régimen de la adopción sin apenas haber modificado los artículos que la regulan, pues también los matrimonios de personas del mismo sexo pueden adoptar. No pueden adoptar, en cambio, las parejas homosexuales que no estén casadas.

La adopción por parejas heterosexuales no casadas se regula fuera del articulado del Código Civil, en la D.A. 3ª de la [Ley 21/1987, de 11 de noviembre](#), que permite la adopción "al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal".

En cualquier caso, una vez que la ley ha reconocido que un hijo puede tener dos padres o dos madres, surge la cuestión de si la maternidad respecto de los hijos que nacen durante la convivencia estable de dos mujeres, puede atribuirse a ambas, por el consentimiento de una de ellas a la fecundación de la otra, otorgado antes del nacimiento. Se trataría así de poner a disposición de las mujeres que conviven en relación de pareja estable y que deciden traer hijos al mundo, los mismos medios con los que cuentan las parejas heterosexuales que acuden a la fecundación asistida.

Ello permitiría a estas parejas gozar del permiso por nacimiento del hijo y acogerse a la baja compartida por maternidad. Se evitaría, además, la situación en que se encuentran mientras no se constituye la adopción, pues en este periodo la mujer que convive con la madre no tiene legalmente ningún vínculo con el *nasciturus*, de forma que si fallece durante la gestación o tras el nacimiento, el hijo no tiene en relación a ella ningún derecho (sucesorio o a indemnización por muerte, por ejemplo). Si es la madre la que fallece antes de la constitución de la adopción, ya sea durante el parto o tras el nacimiento, su pareja tampoco ostenta ningún derecho ni tampoco ningún deber respecto de la descendencia.

Apenas cinco meses después de que la Llei 3/2005, de 8 de abril, de modificació del Codi de Família, la Llei d'Unions Estables i el Codi de Successions, reconociera la posibilidad de la adopción por parejas del mismo sexo, el *Observatori de Dret Privat de Catalunya*, en el marco de los trabajos de armonización y actualización del Codi de Família con vistas a su integración en el Libro II del Codi Civil de Catalunya, ha elaborado un borrador en el que se propone reconocer la maternidad por reproducción asistida de parejas lesbianas, es decir, que los hijos nacidos por fecundación asistida de una de las mujeres con el consentimiento de la otra sean legalmente hijos de ambas.

El texto resulta de añadir a las normas que en el [Codi de Família](#) regulan la filiación por fecundación asistida y que en la redacción actualmente vigente se refieren al marido o al hombre que consiente a la fecundación, una referencia a la esposa de la madre o a la mujer que convive con ella en pareja estable.

En concreto, el art. 224-3 CCC (actual art. 87.2 CF) establece que tanto la paternidad como la maternidad pueden determinarse por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer. En cuanto a los hijos nacidos por fecundación asistida de mujer casada, el art. 224-8, párrafo 1º CCC (actual art. 92.1 CF) sustituye el término marido por el término cónyuge, de forma que es madre la mujer que consiente expresamente a la fecundación de su esposa. Paralelamente, según el art. 224-13 CCC (actual art. 97.1 CF), los nacidos por fecundación asistida de la madre son hijos de ésta y de la mujer que convive con ella en pareja estable y que ha consentido a la fecundación.