

TESI DOCTORAL

DETERMINACIÓ DE LA MATERNITAT I FAMÍLIA
ORIGINÀRIA
EN L'ADOPCIÓ

Margarita Garriga Gorina

Director: Dr. Pablo Salvador Coderch

Universitat Pompeu Fabra. Maig, 1997
(4 de 6)

CAPÍTOL IV. DETERMINACIÓ DE LA FILIACIÓ MATERNA

1. PLANTEJAMENT

L'estudi de la rellevància jurídica de la relació biològica de l'adoptat amb la seva família d'origen requereix en primer lloc analitzar el sistema de determinació de la filiació materna. Es tracta, per tant, d'una matèria que afecta totes les persones, adoptades o no, però que en allò que aquí interessa, que és la possibilitat que la filiació materna d'una persona sigui desconeguda, constitueix un obstacle per al coneixement del propi origen, que afecta principalment les persones que han estat adoptades en tant que entre elles és més freqüent que es produeixi aquesta indeterminació.

En matèria de determinació de la filiació, poden distingir-se dos models normatius, que han adoptat històricament i també actualment adopten les diferents legislacions. La distinció es basa en els criteris que cadascun dels dos models utilitza per atribuir un vincle legal de filiació entre dues persones. El primer estableix el vincle biològic o la procreació com a via preferent per establir el vincle legal de manera que al vincle biològic ha de correspondre, en lo possible, un vincle jurídic; el segon model té en compte els vincles afectius preferentment als biològics i, per tant, dóna rellevància a la voluntat d'assumir la filiació.

La distinció entre els dos sistemes esmentats es basa, en allò que aquí ens interessa, en el tractament igual o diferent que aquests donen a la determinació de la filiació paterna i materna⁵²⁹.

⁵²⁹ En matèria de reproducció assistida les diferents legislacions solen manifestar principis semblants als que regeixen la filiació natural, i, seguint la classificació que fa ANDORNO, a Europa podriem distingir, per les seves característiques genèriques, dues corrents legislatives. En la primera trobem les d'Alemanya, Suècia, Suïssa, Noruega i Àustria i en la segona, les d'Espanya, França i el Regne Unit.

1. Les legislacions del primer model permeten l'aplicació d'aquestes tècniques només si respecten la dignitat de la persona i, concretament l'interès del fill en tenir una família biparental composta, en la mesura del possible, pels seus pares biològics. Mitjançant la prohibició de la donació d'òvuls o d'embrions i de les modificacions del patrimoni genètic, es tendeix a reconèixer al fill el dret a una maternitat no dissociada i a la pròpia identitat; de manera que si en alguns casos s'admet la donació d'esperma, es reconeix sempre al fill el dret de tenir accés a la identitat del seu pare biològic. La preocupació fonamental és la d'evitar el recurs a procediments artificials excessius i l'intent de fer coincidir els vincles biològics amb els socials. Per aquesta raó es veuen amb reserves les variants heteròlogues de les diferents tècniques.

2. Les legislacions del segon model tendeixen a suprimir qualsevol obstacle jurídic susceptible d'impedir l'aplicació de les tècniques de reproducció assistida i en allò que aquí ens interessa, accepten la utilització de gamets aliens sense donar al nascut d'aquestes tècniques possibilitat de conèixer la identitat dels progenitors biològics, i per tant amb garantia d'anonimat per al donant del material genètic.

L'autor qualifica de neutra la funció que s'atorga al dret en la regulació que el segon model fa de les tècniques, en el sentit que no emet judicis de valor sinó que es limita a legitimar les noves pràctiques. En aquest contexte, l'interès del fill passa a un segon pla i la família basada en vincles de sang no mereix una

Els sistemes que ho fan de manera diferent parteixen del principi romà segons el qual la maternitat és sempre certa⁵³⁰ mentre que la paternitat no ho és i com a conseqüència, per a la seva determinació cal que la llei estableixi mecanismes d'atribució⁵³¹. Aquest és el que preval actualment als Estats Units d'Amèrica del Nord⁵³² i a tota l'Europa Occidental⁵³³ excepte França Itàlia i Espanya. La maternitat biològica és un fet la naturalesa mateixa *fa públic* tant per l'embaràs que l'anuncia com pel part que la confirma⁵³⁴.

El segon sistema, originari del Codi de Napoleó, és el que preval en les legislacions llatines i consisteix en prescindir del principi romà esmentat i establir que la maternitat es determina, bé per declaració expressa o tàcita de la mare, bé per la

especial protecció per part del legislador. Roberto ANDORNO, *Les droits nationaux européens face a la procréation médicalement assistée: primauté de la technique o primauté de la personne?*, R.I.D.Comp., 1994, pp. 141 i ss. V. també Laura SCHWARTZ, *Models for parenthood in adoption law: the french conception*, 28 Vand. J. of Transn. L., 1995, pp. 1076 i ss.

⁵³⁰ Val a dir que l'esquema tradicional de determinació de la maternitat no serveix per a la maternitat derivada de la utilització de les tècniques de reproducció assistida, que fan possible la dissociació entre la maternitat genètica i gestacional, de manera que la dona que porta a terme l'embaràs pot no ser la mare genètica.

⁵³¹ En els estadis més antics d'aquesta doctrina s'entenia que, com que la paternitat no s'exterioritzava físicament, solament podia ser determinada dins del matrimoni de manera que la paternitat extramatrimonial pràcticament no tenia contingut. El reconeixement de paternitat extramatrimonial no comportava cap altre efecte que l'obligació del pare de prestar aliments al fill.

⁵³² V. per exemple, Uniform Parentage Act. §3: *The parent and child relationship between a child and: (1) the natural mother may be established by proof of her having given birth to the child*, Uniform Laws Annotated. Vol. 9B. Matrimonial, Family and Health Laws, St. Paul. Minnesota, West Publs. Co., 1987, pp. 296 i ss. *The mother child relationship, more fully contained by the boundaries of home and hearth, and defined biologically, has been recognized as a "natural" unit, not necessarily dependent for legal recognition on the correlates of a larger family network. In short, since the nineteenth century, claims to maternity have involved nature, claims to paternity have invoked culture. This continues to be the case.* Janet L. DOLGIN, *Just a gene: Judicial assumptions about parenthood*, 40 UCLA L. R., 1993, pp. 637 i ss. V. també, François BOULANGER, *Droit civil de la famille, Tome II: Aspects comparatifs et internationaux*, Paris, Economica, 1994, p. 35 i Andrea E. STUMPF, *Redefining mother: A legal matrix for new reproductive technologies*, 96 Yale L.J., 1986, pp. 178 i ss.

⁵³³ Per exemple, Alemanya (Arts. 16 i 21 *Personenstandsgesetz (PStG)* de 1957) i Suïssa (Art. 252 del Codi civil de 1907 i *Ordonnance fédérale sur l'état civil*, de 1953 (OEC). *Guide pratique international de l'état civil*. Commission internationale de l'état civil, Berger-Levrault, 1992.

⁵³⁴ LUNA explica aquesta realitat amb el següent paral·lelisme: *Como el sembrador sólo tiene en la mano el grano unos minutos, mientras que la tierra lo abriga en su seno durante muchos meses, el Derecho romano proclamó "mater semper certa est, pater semper incertus"*. Antonio M. LUNA GARCÍA, *Manual del Registro civil de las personas*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Estudios de Administración Local, 1951, p. 324.

possessió d'estat⁵³⁵. Les legislacions espanyola, francesa i italiana segueixen aquest sistema de determinació de la maternitat; Totes tres permeten además a la mare que la seva identitat no consti en la partida de naixement del seu fill.

Em fixaré en primer lloc en la legislació espanyola i a continuació en la francesa i la italiana, molt semblants totes tres, a fi i efecte d'esbrinar quines són les raons que fan que es mantingui aquest sistema de determinació de la maternitat basat en la voluntat més que en la veritat. A continuació s'exposarà el sistema portuguès.

2. LEGISLACIÓ VIGENT A L'ESTAT ESPANYOL

2.1. Introducció

La determinació de la maternitat no ha estat mai objecte d'atenció ni per part del legislador ni per part de la doctrina. Pel que fa a la legislació vigent, el Codi civil no conté cap regla de determinació de la maternitat sinó que l'art. 120 Cc remet a la legislació registral. Tampoc la Llei de Filiacions catalana⁵³⁶ conté cap regla específica de determinació de la maternitat, ni tant sols, una regla que remeti a la legislació registral. La maternitat extramatrimonial es determina, doncs, per les mateixes vies que la paternitat extramatrimonial (art. 4 LLF), i, pel que fa a la seva inscripció, en no haver previst res el legislador català, s'aplica la legislació registral. El resultat és el mateix, dons, que pel dret comú⁵³⁷, si bé cal tenir present que és possible que la contempli en el futur, ja que els dos avantprojectes de Codi de Família que ha redactat la Conselleria de Justícia de la Generalitat de Catalunya, contenen una

⁵³⁵ Segons PERÉ RALUY, *Este absurdo sistema debe su origen al influjo directo de Napoleón, a quien, como digno hijo de la sociedad que lo encumbrara, importaba más que el prestigio de la familia legítima, a la que se fingía servir con tales normas, dotar a los protagonistas de uniones ilegítimas de la situación más cómoda posible respecto a las consecuencias de las mismas*. El mateix autor deixa clar que no és cert, com s'ha dit, que aquest sistema respongui a principis confessionals. *La Iglesia Católica no ha vuelto las espaldas a la realidad ni ha permitido la sanción de seres inocentes, ni el desconocimiento de los sagrados deberes que la naturaleza establece entre padres e hijos, sea cual sea la ilicitud o licitud de la unión que a los últimos engendrara. La Iglesia, más justa y humana que los legisladores seculares ... no ha pretendido imponerse a la propia naturaleza, negando la paternidad o maternidad por ésta establecida ... el canon 777 del Código de Derecho canónico establece que "tratándose de hijos ilegítimos debe consignarse el nombre de la madre, si es públicamente conocida su maternidad o si ella espontáneamente lo pide, por escrito o ante dos testigos"*. José PERÉ RALUY, *La filiación y el Registro Civil*, ADC, 1956, p. 866.

⁵³⁶ Llei 7/1991, de 27 d'abril (DOCG núm. 1441, de 10 de maig).

⁵³⁷ V. M^a del Carmen GETE-ALONSO, Francisco de P. BLASCO GASCÓ, *La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 46 i ss. i M^a Corona QUESADA, *El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico* (Treball realitzat amb un ajut del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya) A.D.C., 237 (1994).

regla específica en matèria de maternitat, segons la qual *Amb relació a la mare, la filiació resulta del naixement*⁵³⁸. Pel que fa a la doctrina, no hi ha cap treball dedicat aquesta matèria.

Els preceptes del Codi civil i de la LLei de Filiacions que fan referència a la maternitat no estableixen, com s'ha dit, cap regla per a la seva determinació sinó que es remeten a aquella legislació, com si es tractés d'una matèria que no pugués donar lloc a conflictes⁵³⁹. Els arts. 1 a 3 LLF, referits a la filiació matrimonial, es refereixen solament a la paternitat i l'art 115 Cc disposa que la filiació matrimonial materna i paterna es determinen per la inscripció del naixement junt amb la del matrimoni dels pares. La filiació no matrimonial es determina per les vies establertes en l'art. 4 LLF, que no es refereix específicament a la maternitat i l'art. 120 Cc estableix en el darrer paràgraf, que respecte de la mare la filiació es determina quan es faci constar la filiació materna en la inscripció de naixement dins de plaç, d'acord amb la legislació del Registre Civil. En relació a la impugnació de la maternitat, la LLei de Filiacions no esmenta aquesta possibilitat, tot i que la doctrina apunta aquesta possibilitat⁵⁴⁰ i l'art. 139 Cc es refereix a l'acció d'impugnació de la maternitat, que pot exercitar la mare si justifica la suposició de part o que no és certa la identitat del fill. És clara demostració de la creència del legislador en el sentit que la maternitat no és conflictiva el fet que l'art. 124.2 Cc, que preveu la possibilitat que la mare demani la suspensió de la inscripció de paternitat, dongui per suposat que la maternitat ja està determinada i no hagi previst la possibilitat contrària, és a dir, aquella en que la paternitat estigui determinada i la mare reconegui el fill⁵⁴¹.

⁵³⁸ Art. 75.1 de l'Avantprojecte de Codi de Família de 1994 i 123.1 de l'Avantprojecte de 1996.

⁵³⁹ Rafael VERDERA, *Determinación y acreditación de la filiación*, Barcelona, Bosch Ed. 1993, p. 121. Cal tenir en compte que aquesta llei ha estat objecte del recurs d'inconstitucionalitat 367/89, que encara no ha estat resolt.

⁵⁴⁰ GETE-ALONSO i BLASCO, *La nueva regulación...*, p. 46.

⁵⁴¹ Segons DÍEZ DEL CORRAL *hay una discriminación evidente en perjuicio del varón porque la posibilidad de suspender la inscripción de la filiación se concede exclusivamente a la madre y no se contempla el supuesto inverso de que el padre haya reconocido primero y sea posterior a la inscripción de la paternidad el reconocimiento otorgado por la madre*. Jesús DÍEZ DEL CORRAL, *La inscripción de la filiación en el Registro civil*, RDN, 1984, p. 60. També VERDERA, *Determinación...*, p.121, nota 249.

2.2. Maternitat natural

2.2.1. Desdoblament en el procés de determinació

a. Identificació de la mare en el parte mèdic de naixement. Art. 167 RRC⁵⁴²

L'art 167 va ser introduït en el Reglament del Registre Civil l'any 1958⁵⁴³, i no va ser modificat per la reforma de l'any 1986⁵⁴⁴.

Aquesta norma fa possible que la identitat de la mare, sigui aquesta casada o soltera⁵⁴⁵, no consti en el parte mèdic si ella així ho manifesta i, per tant, que al

⁵⁴² Art. 167 RRC: *En el parte de nacimiento, además del nombre, apellidos, carácter y número de colegiación de quien los suscribe, constará, con la precisión que la inscripción requiere, la fecha, hora y lugar del alumbramiento, sexo del nacido y menciones de identidad de la madre, indicando si es conocida de ciencia propia o acreditada, y en este supuesto, documentos oficiales examinados o menciones de identidad de persona que afirme los datos, la cual, con la madre, firmará el parte, salvo si ésta no puede o se opone, circunstancia que también se hará constar.*

El parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad. El parte mèdic o facultatiu és la declaració que, en forma de certificació fa el facultatiu sanitari que hagués assistit el part, respecte al fet del naixement i les seves circumstàncies. El parte facultatiu constitueix el complement normal de la declaració, i amdos integren el títol de la inscripció ordinària de naixement. La declaració de naixement és la manifestació de coneixement realitzada davant l'Encarregat, per qui tingui coneixement cert del naixement, relativa a aquest fet i a les seves circumstàncies. José PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil*, Tomo I, Madrid, Aguilar, 1962, pp. 397 i 403.

⁵⁴³ El Reglament del Registre civil va ser aprovat per Llei de 13 de desembre de 1870, cinc mesos després que la Llei del Registre Civil. La modificació més important va tenir lloc per RD de 14 de novembre de 1958. L'art. 356 del projecte de García Goyena disposava el següent: *Las partidas de bautismo deberán expresar: ... 4. El nombre, apellido y domicilio o residencia de los padres, si fueren legítimos. Si el hijo ha nacido fuera de matrimonio, no se hará en la partida mención del padre ó de la madre, á no ser del que de ellos le reconozca en persona ante el párroco y testigos, ó por medio de escritura.* Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo I, Madrid, 1852, pp. 326-7.

⁵⁴⁴ Real Decret de 29 d'agost de 1986, (BOE núm. 225 de 19 de setembre de 1986). Cal tenir en compte que la LRC de 1957 no ha estat objecte de modificacions fins avui i per això la seva regulació de la filiació respon als principis imperants en aquell moment en matèria de filiació, clarament superats d'ençà de la Constitució Espanyola i per les posteriors reformes del Codi civil en matèria de filiació. Pel que fa al Reglament del Registre Civil, va ser modificat pel RD 1918/86 de 29 d'agost, amb la pretensió d'adequar-lo a la nova legislació civil postconstitucional, que, segons explica l'Exposició de Motius, havia provocat la derogació tàcita d'alguns dels seus articles. La reforma, que en matèria de filiació va afectar els arts. 181 a 190, va resultar totalment insuficient i, com veurem, no respon als principis que la van inspirar.

⁵⁴⁵ Tot i que la norma no distingeix, alguns autors havien mantingut que no era possible exercitar aquesta facultat en cas de filiació *legítima*, encara que la mare ho exigís. En aquest sentit, ho justificava BADÍA, quan explicava que *(l)a norma es totalmente nueva y puede plantear cuestiones insolubles pues*

Registre Civil es realitzi la inscripció d'un naixement sense referència a la filiació materna real del nascut. L'únic lloc on quedarà constància de la identitat de la mare serà en els llibres o registres de l'hospital on vagi tenir lloc el part. La prova de la vinculació biològica entre la mare i el fill pot resultar complicada per la mateixa mare, que, si en un moment posterior decideix que vol assumir la seva maternitat, a manca de possessió d'estat, haurà de reclamar la seva maternitat. Per a l'èxit de la reclamació li caldria provar el fet del part i la identitat del fill. El fet del part és fàcilment constatable en l'hospital on va tenir lloc, però la identificació del fill pot resultar molt més difícil i hauria de basar-se en les dades que l'hospital conservi de tots els naixements que allí vagin tenir lloc el mateix dia⁵⁴⁶.

Segons PERÉ RALUY, que va formar part de la Comissió de reforma⁵⁴⁷ i que no era partidari de la introducció d'aquesta norma, la determinació del vincle de

de interpretarla extensivamente desvirtuaría la obligación puesta por la ley. Hay que entender, sin embargo, que no cabe invocar el secreto profesional frente a hechos como el del nacimiento, salvo en los supuestos en que, por no tratarse de hijos legítimos pueda tener aquél alguna justificación. Francisco BADÍA, *Legislación del Registro Civil*, Barcelona, Ediciones Acervo, 1959, p. 215. En el mateix sentit, PERÉ RALUY, *Derecho del Registro...*, pp. 405 i ss.

⁵⁴⁶ Així va succeir en el cas que va donar lloc a la sentència de l'Audiència Provincial de Jaén, 9 de setembre de 1994, en el qual una dona, que va manifestar en el moment del part la seva voluntat de no constar en el parte mèdic, i que va signar un document de renúncia abans del naixement davant la Delegació d'Assumptes Socials de Jaén, reclamava el seu fill. L'acció no va prosperar degut a la manca de prova de la identitat del fill reclamat. *Las pruebas practicadas en autos apreciadas conjuntamente y valoradas racionalmente conforme a las reglas de la sana crítica, demuestran el hecho del parto, esto es, que la actora dio a luz un feto hembra de 4000 gramos de peso, el día 4 de noviembre de 1991, en el Hospital San Agustín ... y que la actora antes del alumbramiento renunció a darle su filiación al fruto de su concepción, firmando a tal fin un documento de renuncia el día 24 de septiembre de 1991 ... en le que manifestaba su voluntad de abandono o desamparo del "nasciturus" y en el que se comprometía a entregar a dicho ente público el fruto de su alumbramiento para su acogimiento y posterior adopción, intentando ocultar por todos los medios su embarazo, dadas las circunstancias personales y estado de viudez que hacían que se hallase afectada socialmente en su intimidad y honorabilidad, y en el momento de su alumbramiento manifestó a la matrona que le asistió en el parto que no hiciera constar en el parte su condición de madre, lo que efectivamente observó la matrona al emitir el parte facultativo de acuerdo con el derecho que a ésta concede el art. 167 RRC. ... En cambio no existe prueba alguna en los autos que acredite que la niña Estela G.G. sea la niña cuya filiación se reclama. No se ha practicado prueba acreditativa de los niños que ese mismo día nacieron en el Hospital ... ni tampoco se ha practicado la prueba biológica solicitada por la parte demandante debido a que fué mal propuesta desde el principio, lo que hace que su falta de práctica haya de imputarse a dicha parte. Igualmente han resultado negativas las diligencias para mejor proveer acordadas por la Sala y encaminadas a conocer la identidad de la niña dada a luz por la actora en la fecha y lugar antes citados, ni tampoco existe una posesión de estado para reclamar la filiación pretendida, puesto que la administración autonómica asumió la tutela automática de la niña nada más nacer ésta conforme a lo previsto en el art. 172 Cc.*

⁵⁴⁷ Per Ordres de 18 de març i 20 d'abril de 1953 es va designar la comissió encarregada de preparar la reforma de la Llei i Reglament del Registre civil. PERÉ RALUY, *Derecho del Registro Civil*, pp. 61 i ss.

filiació constitueix una qüestió d'interès públic front la qual no es pot reconèixer el secret professional mèdic; *sin embargo la opinión de la mayoría de la comisión, que entendió que el mandamiento del secreto profesional puede salvar la vida de infantes que, de otra suerte, podría correr peligro, al fomentar el aborto y el infanticidio por parte de madres deseosas de evitar la divulgación de su maternidad extramatrimonial, apoyó la fórmula inserta en el RRC en extremo vaga e imprecisa*⁵⁴⁸.

Hi ha qui manté la bondat d'aquesta norma en tant que pot ser convenient pel fill ja que la manca d'identificació de la mare facilita la constitució de l'adopció. Ademés, s'argumenta, és una norma que no exclou la investigació judicial de la maternitat i per tant, comporta situar en igual posició l'home i la dona, en tant que la paternitat tampoc pot ser determinada extrajudicialment si no hi ha reconeixement⁵⁴⁹. Suposa, segons aquesta posició, que la llei dongui a la dona la possibilitat de no ser identificada, que la mateixa naturalesa dóna a l'home.

No penso que pugui fer-se aquest paral·lelisme ja que cal tenir en compte que si no consta la identitat de la mare serà molt difícil esbrinar la identitat del propi fill ja que entre les dades del part de naixement no hi haurà dades identificadores de filiació⁵⁵⁰. En canvi, el fet que el pare no reconegui el fill no impedeix que, tant el fill com la mare puguin investigar la paternitat, ja que el fill estarà identificat en relació a la mare, i a partir d'aquesta identificació serà normalment possible esbrinar qui és el pare, mitjançant les proves pertinents.

PEÑA, en una posició difícil de comprendre, després d'argumentar contra la vigència de l'art 47 LRC i concordants (v. més endavant en parlar de la determinació de la filiació materna extramatrimonial), afirma que cal considerar, en canvi, vigent la regla de l'art 167.2 RRC, ja que no discrimina entre filiació matrimonial i no

⁵⁴⁸ PERÉ RALUY, *Derecho del Registro...*, p. 405.

⁵⁴⁹ *La experiencia ha demostrado que el ocultamiento puede ser conveniente para el hijo, por ejemplo, como un camino para facilitar la adopción o para evitar el descubrimiento por ambas líneas de una filiación incestuosa. En tales casos siempre quedará abierta la posibilidad de reclamar judicialmente la filiación materna conforme a las reglas generales. Además, en sede de filiación no matrimonial esa facultad de la madre guarda paralelismo con lo que sucede respecto del padre, al cual, si no reconoce voluntariamente al hijo, solamente podrá imponérsele la paternidad por vía judicial.* DÍEZ DEL CORRAL, *La inscripción...*, p. 15 i ss.

⁵⁵⁰ Art. 55.2 LRC: *El encargado del Registro impondrá un nombre y unos apellidos de uso corriente al nacido cuya filiación no pueda determinarlos.* Art. 191 RRC: *No constando la filiación, el Encargado consignará en la inscripción de nacimiento o en otra marginal, en lugar de los nombres de padre o madre, otros de uso corriente, con la declaración de que se consignan a efectos de identificar a la persona. Tales nombres serán los usados en las menciones de identidad.*

matrimonial⁵⁵¹. Penso que el fet que aquest article es referixi a *la mare* sense distingir entre si la maternitat és o no matrimonial, només evita que sigui una norma inconstitucional perquè tracta de la mateixa manera la filiació independentment del seu origen, però la norma és igualment inacceptable des d'altres punts de vista (v. en la valoració al final).

b. Atribució de la relació jurídica de filiació entre la dona que consta en el part mèdic i el seu fill

b.1. En cas de filiació extramatrimonial. Arts. 120.4 Cc, 47 LRC i 182 RRC

b.1.1. Precedents del sistema

El Codi civil de 1889, trencant amb la consideració anterior en el sentit que la mare sempre era coneguda i per això s'exigia sols el reconeixement del pare⁵⁵², va establir la possibilitat de reconeixement separat per part de pare i mare (art. 129 i 130 Cc)⁵⁵³. De fet, tot i que els autors presenten la regulació del Codi civil com un *trencament* respecte de la legislació anterior⁵⁵⁴, ja l'art. 51 de la Llei del Registre Civil de 1870 condicionava la referència a la identitat tant del pare com de la mare, al reconeixement⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ PEÑA, *Comentarios...*, p. 888.

⁵⁵² Lleis 5^a, 6^a i 7^a, títol 15, Partida 4^a així com la Llei XI de Toro. MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, p. 727. SCAEVOLA, *Código Civil, comentado y concordado*, p. 367.

⁵⁵³ Pel que fa al projecte de García Goyena, els arts 122 i 123 ja establien que tant la paternitat com la maternitat extramatrimonial es determinaven pel reconeixement de la mare. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, Tomo I, p. 326-7.

⁵⁵⁴ Així SCAEVOLA, *Código Civil...* p. 367 i també MANRESA, *Comentarios...*, p. 727.

⁵⁵⁵ Segons l'art 51 de la Llei Provisional del Registre Civil, de 17 de juny de 1870, *Respecto a los recién-nacidos de origen ilegítimo, no se expresará en el registro quiénes sean el padre ni los abuelos paternos, á no ser que el mismo padre, por sí ó por medio de apoderado con poder especial y auténtico, haga la presentacion del niño y la declaracion de su paternidad.*

Lo mismo se observará en cuanto á la expresion del nombre de la madre y de los abuelos maternos.

En l'Exposició de Motius es justificava aquesta norma, d'una banda en la protecció de la intimitat de la família i d'altra banda en la prevenció de possibles infanticidis o abandonaments. Segons l'Exposició de Motius, *En cuanto á la especificacion de las circunstancias que han de mencionarse en cada inscripcion, el Ministro que suscribe, ha creido que se debia ser exigentes, impidiendo la omision de ninguna de aquellas que pudieran contribuir á dejar bien determinada la procedencia del interesado; pero sin penetrar nunca en el secreto de las familias, interin los mismos á quienes importase guardarlo ó la autoridad de una ejecutoria no vinieran á romperlo. Por ese motivo, en el proyecto de ley respecto á los hijos ilegítimos, queda prohibido el expresar quién sea el padre, á no ser que él mismo lo declare personalmente ó por*

L'art 136 Cc, d'altra banda, determinava l'obligació de la mare de reconèixer el fill natural, entre altres supòsits, quan hi hagués prova del fet del part i de la identitat del fill⁵⁵⁶.

L'art. 47 LRC de 1957, per la seva part, va trencar amb el principi del Codi civil, en establir que la identitat de la mare havia de constar en la inscripció de naixement si coincidien en aquesta dada la declaració i el parte o comprovació reglamentaris. El raonament que va portar al legislador a fer aquesta modificació va ser, com explica DE LA CÁMARA, el següent: la maternitat era susceptible de prova directa sense necessitat de judici, i és per això que l'acció de reclamació prosperava si hi havia prova del part i de la identitat del fill, a diferència de la paternitat, que a manca de reconeixement, no podia establir-se al marge d'un procés amb garanties. Conseqüentment, havia de ser suficient per a determinar-la extrajudicialment amb l'aportació d'una prova considerada suficient, sobre el fet del part i la identitat del fill⁵⁵⁷.

medio de apoderado especial. Igual prohibición se establece respecto á la expresion del nombre de la madre, no obstante que ella es siempre conocida. Esta misma circunstancia, sin embargo, es causa de que áun cuando en la inscripcion se omite quién sea aquella, como al hijo le será fácil en todo tiempo probarlo, ningun perjuicio grave puede inferirle semejante omision. Por el contrario, si la declaracion de la maternidad fuese rigurosamente exigida, ó se permitiera hacerla á cualquiera que no fuera la misma madre, podría provocar el abandono del recién nacido y hasta el infanticidio. Entre el temor, pues, de un daño leve y subsanable, y el de otro de suma importancia y quizá sin ulterior remedio, no era posible vacilar, y en el proyecto se ha optado por el primero, dejando á la madre, en tales casos, la libertad de expresar ó no expresar su nombre en el registro, y prohibiendo que nadie, sin su especial autorizacion, pueda hacer esta declaracion. Leyes provisionales del matrimonio y del registro civil. Edición oficial, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1870, pp. 85 i ss.

⁵⁵⁶ Art. 136 Cc: *La madre estará obligada a reconocer al hijo natural:*

1º. Cuando el hijo se halle, respecto de la madre, en cualquiera de los casos expresados en el artículo anterior.

2º. Cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

L'art. 135 Cc determinava els cassos en els que el pare estava obligat a reconèixer el fill natural:

1º. Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad.

2º. Cuando el hijo se halle en la posesión continua de estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre ó de su familia.

Com explica SCAEVOLA la norma de l'art. 136 Cc era conseqüència de la del 129 Cc i, per tant, de l'abandonament per part del Codi del principi *mater semper*, en vigència del qual tenia menys sentit una regla sobre reclamació de maternitat. SCAEVOLA, *Código civil...*, p. 419.

⁵⁵⁷ Art. 47 LRC:

1. En la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria.

2. No constando el matrimonio de la madre ni el reconocimiento por ésta de la filiación, el encargado del Registro, sin demora, notificará el asiento personalmente a la interesada o a sus herederos.

3. La mención de esta filiación podrá suprimirse en virtud de sentencia o por desconocimiento de la persona que figura como madre formalizado ante el encargado del Registro, el cual lo inscribirá marginalmente. Este desconocimiento no podrá efectuarse transcurridos quince días de aquella notificación.

Malgrat això i per evitar un trencament massa radical amb el sistema del Codi civil, l'art. 47 LRC va establir que era permès a la dona soltera impedir que s'establís el vincle jurídic de filiació, si, notificada, no feia una declaració de desconeixement en el plaç legalment establert⁵⁵⁸.

L'Exposició de Motius de la Llei del Registre Civil de 1957, referint-se a l'art. 47, justificava la nova norma en la contradicció que suposava l'anterior sistema, que feia possible la investigació de la maternitat, a la vegada que la seva determinació era una facultat de la mare i també en les dificultats d'ordre pràctic que comportava la necessitat del reconeixement⁵⁵⁹. Es tractava, segons PERÉ RALUY, d'una fórmula transaccional entre els partidaris del sistema de la LRC de 1870, que determinava que la maternitat extramatrimonial sols podia constar si hi havia declaració de la mare, i aquells que, com ell, propugnaven que era suficient la manifestació de tercer en concordança amb el parte mèdic⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ Com explicava BONET, *(n) o se olvida la defensa de la víctima de falsas atribuciones de filiación, pudiendo, según la ley, efectuar su desconocimiento...*, Francisco BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*, tomo IV, Derecho de familia, Madrid, Edersa, 1960, p. 544. V. també PEÑA, *Comentarios*, p. 887 i Manuel DE LA CÁMARA, *Comentario a los arts. 108 a 141 del Código civil*, en, *Comentarios al Código civil y Compliaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, t. III, vol. 1º, Madrid, Edersa, 1984, p. 348.

⁵⁵⁹ *La novedad quizá más importante ... la constituye la nueva forma de inscribir la filiación natural. En este último aspecto, con referencia a la maternidad, la legislación hasta ahora vigente encerraba cierta contradicción, pues permitiendo, por una parte, la investigación de la maternidad natural, sin embargo, se oponían a su constancia en la inscripción de nacimiento obstáculos difícilmente superables en la realidad, con lo cual el hijo frecuentemente era inscrito como de madre desconocida. De otra parte, ignoraban muchas madres que sus hijos -inscritos, en práctica viciosa, por la simple declaración de tercero- no constaban legalmente como tales hijos suyos, con las graves e injustas consecuencias que ello traía, sobre todo cuando, por obstáculos sobrevenidos, el reconocimiento voluntario se hacía imposible. El nuevo texto, teniendo en cuenta que la mayor parte de las madres naturales desean que se inscriba en el Registro la filiación de la prole habida fuera del matrimonio, y considerando además que, estadísticamente, las declaraciones de terceros, en virtud de las cuales se extiende la inscripción de nacimiento, son exactas en la generalidad de los casos, da plenos efectos a la fijación de la maternidad en el Registro sin necesidad de declaración de la madre, si bien reconociendo a la interesada una situación ventajosa contra las falsas atribuciones de filiación.*

⁵⁶⁰ En un article publicat l'any 1956, PERÉ RALUY havia deixat clara seva posició favorable a atorgar a totes les filiacions rang jurídic, ... *con lo cual se evitará que el Derecho positivo, en farisaica postura, imponga la comisión de falsedades oficiales, cual la de que conste como desconocida una filiación que en la realidad de los hechos se halla perfectamente establecida; nada más antijurídico que una falsedad, no sólo autorizada, sino impuesta por el legislador... La solución más plausible es la que afluye de la naturaleza misma de la filiación. La maternidad es siempre cierta ya que el hecho del alumbramiento establece de modo indubitable el vínculo de filiación, sea ésta legítima o ilegítima entre la madre y el hijo; basta probar el hecho del parto y la identidad de sus protagonistas para que la filiación materna pueda ser tenida por cierta. La fórmula propuesta, particularmente en cuanto en ella se prevé la posibilidad de que la maternidad extramatrimonial pueda constar en el Registro Civil a virtud de declaración de tercera persona, parecerá quizá sorprendente y en pugna radical con nuestro sistema de Derecho civil, que concibe*

Segons DE LA CÁMARA es pot afirmar que l'art. 47 LRC, de fet, va suposar una derogació tàcita de la regla del Codi civil sobre determinació de la maternitat, que, recordem-ho, exigia el reconeixement. Avui el Codi civil remet expressament a la legislació registral⁵⁶¹.

Pel que fa al Reglament del Registre Civil, cal referir-se a l'art. 182⁵⁶², concordant amb l'art. 47 LRC. L'Exposició de Motius del Reglament del Registre Civil de 1958 justificava el sistema de determinació de la maternitat en *la defensa que la Ley concede a la víctima de falsas atribuciones de filiación, y con esa finalidad bastará, según el Reglamento, que conste al Encargado la oposición de la interesada para omitir toda mención de la maternidad en la inscripción. Así se evitarán asientos afrentosos, que habrán de quedar inmediatamente sin el efecto propio, en virtud del ulterior asiento de desconocimiento*⁵⁶³.

el reconocimiento como un acto personalísimo -art. 129 Cc-; sin embargo, lo cierto es que el sistema que se propugna, aun implicando innovaciones sensibles respecto al régimen registral vigente, no repugna a un Derecho material que admite la libre investigación de la maternidad -que puede ser impuesta aun contra la voluntad de la madre- en tanto se acredite el hecho del parto y la identidad del hijo. José PERÉ RALUY, La filiación..., p. 870.

⁵⁶¹ Es pregunta DE LA CÁMARA si era possible que una llei adjectiva pogués derogar el Codi civil en una matèria de caracter substantiu. *La pregunta acaso debiera contestarse negativamente, de acuerdo con criterios rígidamente ortodoxos, pero, en mi opinión, era más segura la respuesta afirmativa. No es infrecuente, ni mucho menos, en nuestro Ordenamiento jurídico, que leyes de naturaleza adjectiva resuelvan cuestiones de índole sustantiva y a la inversa. Por otra parte, no se puede desconocer la interdependencia entre la inscripción en el Registro civil y la determinación de la filiación. No tiene sentido que la inscripción mencione la filiación materna o paterna si legalmente no está determinada. DE LA CÁMARA, Comentarios..., p. 348.*

⁵⁶² Art. 182 RRC:

2. *A la que figura como madre se le advertirá expresamente, al ser notificada, que transcurridos quince días sin que formalice el desconocimiento ante el Encargado, la mención de filiación sólo podrá cancelarse en virtud de sentencia. Si la notificada no pudiere firmar...*
3. *La notificación del asiento de filiación materna se hará constar por inscripción marginal, con indicación de su carácter personal, hora, fecha y lugar de la notificación y destinatario.*
4. *La del asiento de desconocimiento producirá nota marginal con las mismas indicaciones*

⁵⁶³ El primer paràgraf de l'art. 181 del Reglament, que va ser reformat l'any 1986 establia, en allò que ens interessa ... *el Encargado a quien conste que la mujer no casada se opone a la referencia de su maternidad, no hará mención de la madre en la inscripción, en virtud de declaración y de parte o comprobación, y archivará en el legajo todos los antecedentes del nacimiento.* Els autors han fet interpretacions diferents a la supressió d'aquest paràgraf. Segons alguns, no suposa modificació del sistema de determinació de la maternitat, que segueix vigent en l'art. 47 LRC, Jesús Díez del Corral, *Observaciones a la reforma del Reglamento del Registro civil*, Actualidad civil, n° 45, diciembre 1986, p. 3114. Inclús hi ha qui ho interpreta com a demostració de la posició oficial segons la qual la facultat de l'art. 47 és compatible amb la Constitució i amb els Convenis internacionals que vinculen Espanya. Peña, *Derecho de familia*, p. 425. Segons Verderra, en canvi, aquesta supressió demostraria la voluntat d'adequar a la normativa espanyola a aquella legislació. *Determinación...*, p. 128-129.

En la reforma del Codi civil l'any 1981⁵⁶⁴, la determinació de la filiació materna no matrimonial va quedar ubicada en l'art. 120.4 Cc, segons el qual, la filiació no matrimonial queda determinada legalment: 4. *Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro civil.*

En la tramitació parlamentària de l'art. 120 Cc es van presentar dues esmenes al projecte, una al Congrés de Diputats i l'altra al Senat, ambues en el sentit d'exigir el consentiment de la mare per a la determinació de la filiació materna⁵⁶⁵.

Cap de les dues va ser acceptades, afortunadament, com diu RODRÍGUEZ ADRADOS, ja que la necessitat del consentiment per a la determinació de la maternitat extramatrimonial hagués provocat que aquesta quedés indeterminada en molts casos, ja que correntment no es considera necessari reconèixer el propi fill⁵⁶⁶.

Crida l'atenció en repassar la tramitació parlamentària de la llei, que en cap moment, durant la discussió, es vagi fer esment de la legislació registral, que resultaria aplicable per remissió expressa de la norma que s'estava aprovant, i que, tot i que no exigeix un consentiment exprés per a la determinació de la maternitat, fa que la voluntat de la mare declarada expressament, pugui evitar l'atribució d'una relació de filiació no desitjada⁵⁶⁷.

En el cas que la mare faci ús de la facultat de l'art. 47, la filiació materna

⁵⁶⁴ Llei 11/1981, de 13 de maig de 1981 (B.O.E. n. 119, de 19 de maig) de modificació del Codi civil en matèria de filiació, pàtria potestat i règim econòmic del matrimoni. V. també la Circular de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 2 de juny de 1981 *sobre consecuencias registrales del nuevo régimen legal de la filiación.*

⁵⁶⁵ Esmena núm. 187 del Grup Parlamentari Socialistes de Catalunya al Congrés dels Diputats. BOCG Serie A, núm 71, de 10 de desembre de 1980. Esmena núm. 2, del Grup Parlamentari Catalunya, Democràcia i Socialisme al Senat. BOCG Senado, I Legislatura, Serie II: Proyectos y proposiciones de ley remitidos por el Congreso de los Diputados, núm. 154 (c) de 24 de febrero de 1981. La ponència va acceptar l'esmena del Grup Catalunya Democràcia i Socialisme al Senat i va presentar un text segons el qual, *La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1. Respecto de la madre, por la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil, cuando se haga constar, con su consentimiento, la filiación materna.* BOCG, Serie A, Senado, I Legislatura, Serie II: Proyectos y proposiciones de Ley remitidos por el Congreso de los Diputados, Núm. 154 (d), de 24 de marzo de 1981, p. 721. Aquest text va ser rebutjat en l'aprovació definitiva pel Congrés.

⁵⁶⁶ Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, *La filiación*, Rev. Der. Not., abril-junio 1983, p. 310.

⁵⁶⁷ Documentación jurídica. Monográfico dedicado a la reforma española del derecho de familia de 1981. Vol.II. Madrid, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, 1982.

podrà ser determinada posteriorment per qualsevol dels mitjans previstos per a la filiació paterna, és a dir, per reconeixement, possessió d'estat o expedient registral i també per sentència dictada com a conseqüència de l'exercici d'una acció de reclamació.

En matèria de determinació de la maternitat cal tenir en compte, además, la prohibició de manifestar la identitat de l'altre progenitor, que l'art. 122 Cc imposa al progenitor que reconeix la seva filiació, excepte que la filiació d'aquell estigués ja determinada. Aquesta prohibició està en contradicció aparent amb l'art. 181 RRC segons el qual i com a especialitat a allò establert en l'art. 122 Cc, *El padre que promueve dentro de plazo la inscripción de nacimiento en virtud de declaración, puede expresar, a efectos de hacer constar en el Registro la filiación materna, la persona con quien hubiere tenido el hijo, siempre que la identidad de la madre resulte del parte o comprobación exigidos para la inscripción*. El problema rau en que, com hem vist, la filiació materna no queda determinada per la sola coincidència de les dades aportades al Registre i la declaració, sinó que és necessari que es produeixi la inscripció i, además, que la mare notificada, no exerciti la facultat que li atorga l'art. 47 LRC⁵⁶⁸. Per tant si la mare, identificada en el parte mèdic, s'oposa a que la seva identitat consti en la inscripció de naixement, operarà la prohibició de l'art. 122 Cc i per tant, només es podrà inscriure la paternitat reconeguda i no la maternitat⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ En sentit contrari, RIVERO i PEÑA afirmen que no suposa infracció de l'art. 122 Cc, la identificació de la mare pel pare que promou dins de plaç la inscripció de naixement, si la identificació prové del parte o comprovació ja que, en aquest cas, afirmen, no és que el pare reveli la identitat de la mare sinó que en aquest cas la filiació ja està determinada legalment per coincidir la declaració i el parte (així ho explicava també la Circular de la Direcció General dels Registres de 2 de juny de 1982 en la regla 4^a, que és el precedent de l'art. 181 RRC, redacció de 1986). Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, "Comentario a los arts. 108-141 Cc" en *Comentario del Código civil, Tomo I*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 469 i PEÑA, *Comentarios...*, p. 919. RIVERO planteja el problema del reconeixement del *nasciturus*, en el qual la identificació del reconegut no es pot realitzar si no és per referència a la dona que l'està gestant. Segons aquest autor, en aquest cas la filiació no està encara determinada i per tant no és aplicable l'art. 122 Cc. Creu además, que cal permetre el reconeixement del *nasciturus*, i per tant la identificació de la mare, no sols per raons d'estricta argumentació jurídica sinó també per raons de justícia i posa com exemple el cas del progenitor que sap que ha de morir en un futur pròxim i, sense possibilitats de fer un reconeixement conjunt, vol deixar reconegut el concebut que té la seguretat d'haver engendrat. En el mateix sentit, PEÑA. SANCHO opina que no s'ha de permetre el reconeixement sense prèvia audiència de la mare, i segons Díez Pícazo cal limitar-lo al supòsit que el faci conjuntament amb la mare. RIVERO, *Comentario...*, p. 471; PEÑA, *Comentarios...*, p. 919; Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA i José Luis LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, Tomo IV, Derecho de familia, remprensión actualizada, Barcelona, Librería Bosch, 1984, p. 652; Luis Díez Pícazo, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 6^a ed., 2^a reimpressió, Madrid, Tecnos, 1995, p. 263; Gabriel GARCÍA CANTERO, CASTÁN VÁZQUEZ, *Derecho civil español, común y foral*, Adición al T.V, vol. 2^o, *La reforma del acogimiento familiar y de la adopción*, Madrid, Reus, 1988 p. 157.

⁵⁶⁹ V. DE LA CÁMARA, *Comentarios*, p. 351.

Pel que fa al funcionament de les previsions de l'art. 47 LRC, l'art 182 RRC disposa que la notificació l'ha de fer en lo possible l'Encarregat personalment, per a lo qual serà convenient que la pròpia mare vagi al Registre a efectes de ser notificada i allí serà informada de les possibles actituds que li és legítim adoptar: pot reconèixer, pot fer la declaració de desconeixement i pot adoptar una actitud merament passiva i de les conseqüències de cadascuna de les seves actituds⁵⁷⁰. La destinatària haurà de signar la diligència de notificació, que constarà per inscripció marginal en el foli registral de naixement. La declaració de desconeixement, en el cas que es produeixi, també s'inscriurà en el foli registral de naixement i es farà també la rectificació de la menció de la filiació materna en l'assentament de naixement⁵⁷¹. La identitat de la mare romandrà, per tant, en el Registre Civil i formarà part de la història registral del fill, ja que el fet que la voluntat de la mare privi d'eficàcia determinativa la inscripció, no comporta desaparició d'aquesta menció del registre. D'aquesta manera el fill pot tenir coneixement, per exhibició del llibre o per certificació literal, de la identitat de la seva mare i del fet que aquesta va exercitar la facultat de l'art. 47 LRC, ja que la cancel·lació no suposa destrucció física de la informació⁵⁷².

⁵⁷⁰ Tot i que la llei estableix que la mare ha de ser notificada en el cas que no consti el seu reconeixement, la Direcció General ha resolt, en la R. de 21.6.1995, que si no es porta a terme la notificació, la filiació materna pot quedar també determinada si la mare demostra clarament amb la seva conducta, la voluntat d'assumir la maternitat. En el supòsit que va donar lloc a aquesta resolució, la inscripció de naixement es va portar a terme dins de plaç, per declaració de l'àvia materna. La inscripció no es va notificar a la mare, però sí el reconeixement de paternitat que va realitzar posteriorment el suposat pare, front el qual la mare va fer ús de la facultat que li atorga l'art. 124 que consisteix en sol·licitar la suspensió de la inscripció de la paternitat. La Direcció General considera que aquesta conducta de la mare demostra suficientment la voluntat de la mare d'assumir la maternitat i que, per tant, la filiació materna queda determinada de manera que ja no podrà ser desvirtuada per via registral.

⁵⁷¹ Modelos oficiales: núms. 1, 2 y 3, O. de 24 de diciembre de 1958:

1. Inscripción marginal de notificación del artículo 47 de la Ley (artículos 47 de la Ley y 182 del Reglamento)

(SECCIÓN I) A las ... horas del día de la fecha se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley, mediante notificación, en la forma prescrita en el 182 del Reglamento, realizada personalmente a doña ... Encargado ... Secretario ... A ...

2. Inscripción marginal de desconocimiento materno (artículo 47 de la Ley y 182 del Reglamento)
(SECCIÓN I) A las ... horas de hoy, doña ... manifiesta en este acto, conforme al artículo 47, apartado tercero de la Ley del Registro Civil, el desconocimiento de la maternidad que en la inscripción principal se le atribuye respecto al inscrito ... En su virtud, queda cancelada la mención de maternidad y los apellidos del inscrito serán en lo sucesivo ... Encargado ... Secretario ...

3. Nota marginal de asiento de desconocimiento (artículo 182 del Reglamento)
(SECCIÓN I) A las ... horas del día ... ha sido notificado el asiento de desconocimiento de la maternidad del inscrito ... a ...

⁵⁷² Segons l'opinió d'un Jutge Encarregat del Registre Civil, la única possibilitat que té la mare per aconseguir que la seva identitat no consti en la inscripció de naixement del fill és la de demanar, per la via de l'art. 92 LRC i amb base en raons del respecte a la intimitat, la supressió del fol originari i la creació

b.1.2. Possibilitat de qualificar com a reconeixement la via de determinació de la filiació materna extramatrimonial

La doctrina s'ha plantejat si és possible parlar de reconeixement en la determinació de la maternitat extramatrimonial establerta pel joc dels articles 120.4 Cc i 47 LRC.

La determinació de la maternitat es produeix per la inscripció, que es basa en la coincidència entre la declaració i el parte facultatiu o comprovació reglamentària⁵⁷³, que pot quedar desvirtuada per declaració de la mare, contrària a l'atribució d'aquest vincle, durant els 15 dies següents a la notificació. Per tant, si la mare fes un reconeixement exprés o tàcit, aquest no determinaria la filiació, que ja ho està per la inscripció, sinó que impediria l'exercici de la facultat de desconeixement⁵⁷⁴. El paral·lelisme és clar, com observa VERDERA, amb la facultat que l'art. 117 Cc atorga al marit per desvirtuar l'eficàcia de la pressumpció de paternitat matrimonial⁵⁷⁵. En aquest cas, si el pare no exercita aquesta facultat,

d'una nova inscripció principal de naixement, coordinada amb la originària, que faria possible que l'accés a la informació sobre aquesta persona, mitjançant exhibició o certificació literal de naixement, es portés a terme sobre la base de la última inscripció. L'accés a la primera i originària inscripció, de totes maneres, no podria ser mai denegat si es sol·licités expressament pel propi interessat. Aquest és el mecanisme que convé sol·licitar en els supòsits en que triomfa una acció d'impugnació de la filiació, a fi i efecte d'evitar que, en el cas de sol·licitar una certificació, aquesta contingui tota la història registral de la persona.

⁵⁷³ Cal posar de relleu que en els supòsits en que la inscripció determina la filiació, com succeeix en l'art. 115 Cc, en que la determinació de la filiació matrimonial queda supeditada a la inscripció i també en l'art. 120 Cc referit a la maternitat extramatrimonial, la inscripció en el Registre civil passa a tenir una doble funció. Si normalment la inscripció és un mer mecanisme acreditatiu de la paternitat ja determinada, en els supòsits esmentats compleix també una funció determinativa. V. VERDERA, *Determinación...*, p. 64 i PEÑA, *Comentarios...*, p. 835.

⁵⁷⁴ Segons PERÉ RALUY *aunque la cuestión sea discutible, la solución afirmativa es la más probable, por responder a la nueva orientación sobre filiación que trasciende de la última reforma registral y a la opinión de un amplio sector de la Comisión que elaboró los proyectos para la misma*. Aquest autor apuntava que per evitar situacions d'incertesa el més convenient seria que, en tant que fos possible, la mare fés un acte exprés de reconeixement davant del registre. PERÉ RALUY, *Derecho del Registro...*, p. 439. Segons RODRÍGUEZ ADRADOS es tracta d'un verdader reconeixement en document públic i per tant la seva impugnació no podrà basar-se en que el reconeixement no compleix la forma precisa RODRÍGUEZ ADRADOS, *La filiación...*, p. 310. En sentit contrari, SANCHO opina que és un reconeixement ja que *la determinación se sustenta en voluntad inequívoca, aunque tácita de la madre... La no formulación del discrecional desconocimiento por parte de la que figura como madre en la declaración y en el parte o comprobación y, a su través, en la inscripción del nacimiento puede valorarse como voluntad inequívoca, no sólo de la constancia de la maternidad, sino de las consecuencias jurídicas de la relación maternofilial*. SANCHO, *Elementos...*, p. 663. Segons PEÑA, no es pot parlar de reconeixement ja que en el cas que la mare hagués mort o fos incapaç en el moment de ser notificada, la determinació de la filiació seria igualment eficaç. PEÑA, *Comentarios...*, p. 887.

⁵⁷⁵ VERDERA, *Determinación...*, p. 124.

la paternitat matrimonial quedarà determinada, però no perquè l'actitut del marit suposi un reconeixement exprés o tàcit, sinó que la determinació es produeix pel joc de la presumpció de paternitat matrimonial, basada en el matrimoni, que provoca la inscripció de la paternitat. De totes les diferències que, per suposat, hi ha entre la regla de l'art. 117 Cc i el 47 LRC, ja que es tracta de normes referides a cassos molt diferents, crec que cal posar atenció en el fet que la facultat de desconèixer de l'art. 47 LRC no exigeix de la mare, la prova de cap circumstància que pugui donar veracitat biològica o credibilitat a la seva declaració; mentre que per virtut de l'art. 117 el pare sols pot desconèixer en determinades circumstàncies que fan possible el dubte sobre la veracitat de la relació de filiació que se li imputa legalment.

Si es manté, dons, que no és un reconeixement el que determina la filiació materna extramatrimonial, sinó la inscripció en el Registre Civil, caldrà mantenir també que la possible impugnació d'aquesta filiació només podrà tenir lloc per la negació de la realitat dels fets en els que es basa la inscripció i no per la via mitjançant la qual ha quedat establerta⁵⁷⁶.

b.1.3. Discriminació entre filiació matrimonial i no matrimonial

Per raons fàcils de comprendre si tenim en compte el moment en que es va dictar la norma de l'art. 47 LRC, aquest refereix la facultat de desconèixer els fills, només a la mare soltera. Es tractava d'aquesta manera, d'evitar l'atribució d'una maternitat tant mal vista socialment que el legislador va preveure la possibilitat que fos més convenient per a la mare ignorar-la que assumir-la. La realitat social avui és una altra, de manera que molts autors han plantejat, especialment després de la Constitució de 1978, la seva adequació a aquesta norma fonamental i, per tant, la seva vigència. La inconstitucionalitat derivaria de la diferència de tracte que estableix segons que la filiació sigui o no matrimonial, davant la mateixa evidència del part⁵⁷⁷. Aquesta discriminació afecta, com precisa RIVERO, els fills més que a les mares⁵⁷⁸, i és important fer aquesta precisió perquè suposa prendre en compte el perjudici que la norma pot produir als fills, quins drets són els més afectats per la decisió de la

⁵⁷⁶ La impugnació de la maternitat no matrimonial *stricto sensu*, és a dir, la que es basa en la demostració de la no maternitat (o paternitat), està regulada, segons la doctrina majoritària, en l'art. 140 Cc (v. per exemple, RIVERO, *Comentario...*, p. 514). Tingui's en compte que els fets que van comportar l'atribució de la maternitat poden ser constitutius dels delictes de suposició de part (consisteix en fingir que un nen ha nascut d'una dona que no és la seva mare) o de substitució d'un infant per un altre (consisteix en posar un infant en el lloc d'un altre nascut de mare diferent) regulats a l'art. 220 del Codi Penal.

⁵⁷⁷ VERDERA, *Determinación...*, p. 126 i PEÑA, *Comentarios*, p. 887.

⁵⁷⁸ RIVERO, *Comentario...*, p. 467.

mare, i no a la mateixa mare, quin dret a desconèixer no està recollit enlloc i quin fonament en l'ordenament espanyol és difícil de trobar.

D'altra banda, alguns autors opinen que l'art. 47 LRC s'hauria d'extendre a qualsevol tipus de filiació en tant que no té sentit tractar de manera diferent la maternitat pel fet de ser matrimonial o no⁵⁷⁹ i hi ha acord en que cal aplicar-lo també al cas en que la mare sigui casada si no regeix la presumpció de paternitat matrimonial respecte d'aquell fill, per separació o dissolució del matrimoni dels pares⁵⁸⁰. En tot cas, si s'hagués volgut incloure aquesta possibilitat, hagués estat més adequat referir-se als supòsits de filiació matrimonial, que al matrimoni de la mare, de manera que la possibilitat de desconèixer s'hagués atorgat també als casos de filiació extramatrimonial de dona casada.

Segons DE LA CÁMARA, la raó per la qual aquest article sols es referix a la dona soltera, és que en la legislació anterior no era possible inscriure el naixement d'un fill extramatrimonial de dona casada, ja que l'art 190 RRC impedia el reflexe registral d'una filiació adulterina⁵⁸¹, *pero en la legalidad vigente esta exigencia carece de razón de ser, puesto que la filiación no matrimonial, paterna o materna, han de inscribirse en el Registro civil abstracción hecha de su calificación*⁵⁸².

b.2. En cas de filiació matrimonial

L'art. 115 Cc estableix que la filiació matrimonial paterna i materna es determina per la inscripció de naixement amb la del matrimoni dels pares i per sentència ferma.

⁵⁷⁹ DE LA CÁMARA, *Comentarios...*, p. 202 i *Reflexiones...*, p. 42. En sentit contrari, DÍEZ DEL CORRAL manifesta que *No veo qué principios constitucionales quedan conculcados por el mantenimiento de la norma ... Precisamente que pueda y deba haber diferencias, si no en cuanto a sus efectos, sí en cuanto a los modos de determinación de ambos tipos de filiación por naturaleza era una idea rectora del Proyecto del Gobierno, porque, como indica su Exposición de Motivos, "el matrimonio confiere, en principio, certeza a la paternidad" y, como es obvio, esta afirmación sólo puede predicarse respecto del padre si previamente ya existe certeza en cuanto a la madre.* Aquest autor justifica la norma també amb base en el paral·lelisme que es pot establir entre la possibilitat, que podriem anomenar *natural* del pare d'ocultar la seva paternitat, amb la que preveu la llei per a la mare. DÍEZ DEL CORRAL, *La inscripción...*, p. 17.

⁵⁸⁰ PERÉ RALUY, *Derecho del Registro...*, p. 446; DE LA CÁMARA, *Comentarios...*, p. 202 i *Reflexiones...*, p. 42; DÍEZ DEL CORRAL, *La inscripción...*, p. 17.

⁵⁸¹ Aquesta determinació només podia tenir lloc per sentència.

⁵⁸² DE LA CÁMARA, *Comentarios...*, pp. 352-3. Tingui's en compte l'actual art. 185 RRC, que estableix els requisits per a la inscripció de la filiació no matrimonial del fill de dona casada.

Pel que fa a la maternitat de l'esposa, el Codi no estableix de quina forma es determina⁵⁸³ i per tant cal aplicar l'art. 47 LRC, segons el qual en la inscripció de naixement constarà la filiació materna si en ella coincideixen la declaració i el parte o comprovació reglamentària. Ara bé, a diferència del que succeeix respecte de la mare soltera, la casada no pot evitar l'atribució de la filiació materna (art. 47.2 LRC), i, ademés cal tenir en compte que la mare haurà pogut amagar la seva identitat en el moment del part, segons estableix l'art. 167 RRC, cas en el qual no es pot parlar de filiació matrimonial.

2.3. Determinació de la filiació materna en cas de maternitat subrogada⁵⁸⁴

La maternitat subrogada, es troba regulada en l'art. 10 de la LTRA, que estableix la nul·litat d'aquest contracte i disposa que la filiació dels nascuts per gestació de substitució es determinarà pel part, de manera que la filiació materna s'atribuirà a la *mare gestant*, independentment de l'origen del material genètic que dona lloc a l'embaràs i també independentment d'un possible compromís entre la mare

⁵⁸³ Tot i que l'art. 115.1 Cc estableixi que la filiació matrimonial materna i paterna queda determinada per la inscripció de naixement junt amb la de matrimoni, ninguna de les dos inscripcions, per sí mateixes, determinen la filiació. La paternitat matrimonial es determina per la pressumpció legal o pel reconeixement (art. 118 Cc) i respecte de la materna el Codi no estableix res.

⁵⁸⁴ La utilització de les tècniques de reproducció assistida, està regulada en la LTRA (Llei 35/1988, d'11 de novembre, sobre tècniques de reproducció assistida). Aquesta llei estableix d'una banda unes normes de caràcter administratiu i sanitari, en les que defineix la finalitat amb la que es poden utilitzar, determina quines persones poden ser usuàries d'aquestes tècniques i les condicions d'informació i consentiment necessàries per a portar a terme els tractaments, estableix també la prohibició de fecundació d'òvuls humans amb finalitat diferent a la procreació humana o el nombre d'embrions que poden transferir-se a l'úter d'una dona. Regula també les donacions de material genètic, que es configuren com contractes entre el donant i el centre receptor, que s'han de formalitzar per escrit, i estableix que han de ser revocables i anònimes. D'altra banda, determina la nul·litat dels contractes de maternitat subrogada i permet la fecundació *post mortem*. En definitiva, estableix una sèrie de normes que delimiten el marc en el qual el legislador estatal considera acceptable la utilització d'aquestes tècniques. La legislació catalana no regula la utilització d'aquestes tècniques sinó que determina els seus efectes pel que fa a l'establiment de la filiació que s'en deriva. D'aquesta manera l'àmbit que regula la legislació catalana en matèria de tècniques de reproducció assistida és solament l'aspecte civil de determinació de la filiació. L'Exposició de Motius de la Llei de Filiacions s'expressa en aquest sentit quan explica que *En una regulació civil com ho és aquesta no cal prendre partit en les opcions de política jurídica relatives a les tècniques de procreació assistida i a les persones que hi intervenen, sinó que es tracta de determinar la filiació de l'ésser ja nascut mitjançant aquest procediment, és a dir, qui haurà d'assumir la funció jurídic-social i les responsabilitats de pare o mare, tenint sempre present l'interès del fill*. Concretament, respecte de la fecundació *post mortem* penso que, contràriament a allò que pot semblar a primera vista, la llei catalana estableix solament una norma d'atribució de la filiació. Determina, partint de la base que no és una tècnica prohibida, dins de quins plaços es pot portar a terme per a que dongui lloc a l'establiment de la filiació respecte del difunt marit o company de la mare, plaços que són més llargs que els que estableix la LTRA. L'art.9 LLF estableix el següent: *En els casos de naixement a conseqüència de la fecundació assistida post mortem, el nascut és considerat fill del marit de la mare o del qui vivia amb ella sempre que hi concorren les condicions següents:...*

gestant i una altra dona, pel qual la primera es compromet a renunciar a la maternitat en favor de la segona⁵⁸⁵. Es tracta d'una norma que té per objectiu desincentivar la celebració d'aquests contractes.

La norma de l'art. 10.2 no indica si en aquests supòsits serà permès a la mare utilitzar les possibilitats que legislació registral dóna a totes les dones, de no constar com a tals en el parte de naixement i a les dones solteres, d'evitar la inscripció en el Registre Civil de la seva maternitat. La claretat del text, que estableix *la filiació serà determinada per el parto*, impedeix pensar en aquesta possibilitat. De totes maneres sí que és possible dubtar de l'eficàcia d'aquesta norma, sobretot si es té en compte que l'Hospital no demana a les dones l'origen de la seva maternitat ni les seves intencions respecte del futur del fill i per tant, qualsevol dona, tot i que hagi signat un contracte de maternitat subrogada, pot demanar no ser identificada en el parte de naixement. La norma de l'art. 10.2 LTRA, per tant, només és eficaç per protegir la mare gestant que vulgui quedar-se amb el fill, tot i haver-se compromès a renunciar-lo, però no impedeix, en la pràctica, que la mare quedi sense identificar. Per tant, en cas de maternitat de substitució la filiació materna podrà quedar determinada en relació a la mare gestant, o bé podrà quedar sense determinar, però no podrà determinar-se respecte de dona diferent a aquella.

3. ESTAT DE LA QÜESTIÓ EN LES LEGISLACIONS ITALIANA, FRANCESA I PORTUGUESA

Les legislacions francesa i italiana preveuen sistemes de determinació de la maternitat que responen bàsicament al mateix esquema que l'espanyol, tant pel que fa a la identificació de la mare en el part, com pel que fa a la determinació de la filiació materna. La legislació portuguesa estableix un sistema de determinació de la maternitat que fa irrellevant la voluntat de la mare, amb alguna excepció, i preveu ademés un mecanisme de recerca d'ofici de la maternitat quan aquesta no consta.

⁵⁸⁵ Respecte del pare, la norma de l'art. 10.3 LTRA és molt imprecisa i, com apunta RIVERO, *l'acció de reclamació de la paternitat respecte del pare biològic* pot referir-se tant a la reclamació d'aquest, en cas que el material genètic implantat a la dona fos seu, com també a l'acció de reclamació que pugui interposar-se contra ell si va consentir la inseminació de la seva esposa o parella o si consta que el material genètic implantat era seu. RIVERO, *Elementos...*, vol. IV, 2, 1989, p. 166.

3.1. Legislacions francesa i italiana.

3.1.1. Identificació de la mare en el parte de naixement.

En la legislació francesa la determinació de la maternitat no s'estableix pel fet del part sinó que depen de la voluntat de la mare, tant en la filiació legítima com en la natural⁵⁸⁶. És per tant, perfectament possible la inscripció de fills legítims o naturals sense constància de la identitat de la mare en la inscripció de naixement. Així ho preveu l'art. 341 C.civ., que regula l'anomenat *accouchement anonyme* (també *accouchement sous X*⁵⁸⁷) és a dir, la possibilitat de la dona d'amagar la seva identitat des del moment del part, identitat que no constarà ni com a dada d'identificació del fill, ni tant sols en els registres de l'hospital on té lloc el part⁵⁸⁸. L'*accouchement sous X* estava regulat, fins l'any 1993⁵⁸⁹, en el *Code de la famille et de l'Aide Sociale*⁵⁹⁰, i a partir de llavors ho està, per primera vegada, en el C.civ.⁵⁹¹, article

⁵⁸⁶ Les legislacions francesa i italiana distingeixen entre filiació legítima i natural segons que el pare i la mare estiguin o no casats.

⁵⁸⁷ També *accouchement secret*, encara que com diu CARBONNIER, en aquest cas és més acurat parlar d'anonimat que de secret. Jean CARBONNIER, *Droit Civil*. T. 2: La famille. Paris, Thémis. Presses Universitaires de France, 1993, p. 472.

⁵⁸⁸ A França, dels 800.000 naixements que tenen lloc cada any, 700 són *anònims*. Huges FULCHIRON, Pierre MURAT, *Splendeurs et misères de l'adoption*, a ABANDON ET ADOPTION, (Autrement N° 96, febrer de 1988), p. 21.

⁵⁸⁹ França ha reformat la legislació civil sobre família l'any 1993, ha regulat les tècniques de reproducció assistida l'any 1994 i ha reformat de nou l'adopció l'any 1996:

Llei n° 93-22, de 8 de gener de 1993, que modifica el Codi civil en matèria d'estat civil, família i drets de l'infant.

Lleis n° 94-653, sobre el respecte al cos humà i n° 94-654, sobre la donació i utilització d'elements i productes del cos humà, assistència mèdica a la procreació i al diagnòstic prenatal, ambdues de 29 de juliol de 1994.

Llei n° 96-604, de 5 de juliol de 1996, relativa a l'adopció.

⁵⁹⁰ Art. 47: *Les frais d'hébergement et d'accouchement des femmes qui ont demandé, lors de leur admission en vue d'un accouchement dans un établissement public ou privé conventionné, à ce que le secret de leur identité soit préservé, sont pris en charge par le service de l'aide sociale à l'enfance du département siège de l'établissement.*

Pour l'application de l'alinéa précédent, aucune pièce d'identité n'est exigée et il n'est procédé à aucune enquête.

La inclusió de l'*accouchement sous X* en el Code civil i la redacció de l'art. 341 Cc, més clara que la de l'art. 47 CFAS, posaran fi als dubtes que l'anterior legislació plantejava. D'una banda es dubtava sobre la veritable existència d'un dret a amagar la identitat de la mare, en tant que era una possibilitat que no estava reconeguda ni trobava base en la legislació substantiva civil; podia pensar-se que era una qüestió que no afectava pròpiament l'estat civil i que el fet de mantenir anònima la identitat de la mare no impedia la posterior determinació de la filiació. D'altra banda, la redacció més clara de la norma, deixa clar que si la mare ha fet ús de la facultat de l'art 341-1 Cc no és possible investigar la filiació materna. Segons

341⁵⁹². La seva finalitat és, suposadament, evitar avortaments i facilitar la constitució de les adopcions⁵⁹³.

De manera semblant, tampoc la legislació italiana considera necessària la menció de la identitat de la mare en el parte de naixement, que pot no enunciar el nom dels progenitors, tal com ho estableixen els arts. 71 i 75 OstC (*Ordinamento dello Stato Civile*, de 1939)⁵⁹⁴. Això és possible tant pel que fa als fills de dona casada com soltera, ja que la *Corte Costituzionale* en una sentència de 1994, ha declarat el dret de qualsevol dona, casada o soltera a no ser identificada en el parte de naixement⁵⁹⁵.

HAUSER, *A vrai dire le texte nouveau mentionne une véritable demande de secret touchant l'admission et l'identité de la part de la mère. Il paraît donc requérir une manifestation de volonté précise portant sur le secret et non une simple demande de ne pas mentionner le nom. La distinction qui peut paraître subtile n'est pas indifférente car, avant ce texte, de graves hésitations s'étaient fait jour, certains prétendant que l'anonymat n'interdisait au service de révéler l'origine de l'enfant que s'il avait été accompagné d'une demande expresse de secret.* Jean HAUSER, Danièle HUET-WEILLER, *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille* (Dir. Jacques GHESTIN), 2^a ed., Paris, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1993, p. 541.

⁵⁹¹ Segons CARBONNIER, ...*Le législateur de 1993 a dû penser qu'en insérant la règle dans l'écrin du C.Nap. il lui conférerait valeur historique, sinon quasi constitutionnelle.* CARBONNIER, *Droit civil, 2. La famille*, p. 473.

⁵⁹² Art. 341: *La recherche de la maternité est admise sous réserve de l'application de l'article 341-1.*
Art. 341-1: *Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé.*

⁵⁹³ *Le législateur français n'a pas voulu courir le risque d'imposer le rattachement de l'enfant à la mère et de compliquer le processus de l'adoption en exigeant dans tous les cas un consentement parental.* François BOULANGER, *Droit civil de la famille, T.2: Aspects comparatifs et internationaux*, 1994, pp. 32 i ss. Explica CARBONNIER, que l'experiència d'altres legislacions com la suïssa, que preveu un sistema de determinació de la filiació materna pel sol fet del part, no fa témer un augment en el nombre d'avortaments i d'infanticidis. Jean CARBONNIER, *Droit civil. T.2: La famille*. Thémis. Presses Universitaires de France, 1989, p. 385.

⁵⁹⁴ Art. 71.4 OstC (*Ordinamento dello Stato Civile*, (RD. 9.7.1939, n° 1238): *Quando si tratta di bambini di cui non sono conosciuti i genitori, l'ufficiale dello stato civile impone ad essi il nome ed il cognome.*

Art. 75.4 OstC: *Nei casi predetti, nonché nei casi di bambini denunciati o risultanti come nati da genitori ignoti, l'ufficiale di stato civile procede, entro dieci giorni dalla formazione dell'atto, alla segnalazione di cui all'art. 314/5 del codice civile.*

⁵⁹⁵ *Qualunque donna partoriente, ancorché da elementi informali risulti trattarsi di coniugata, può dichiarare di non volere essere nominata nell'atto di nascita. Ove l'ufficiale di stato civile abbia regolarmente redatto l'atto di nascita nei modi dalla legge prescritti per i casi di bambini denunciati come nati da genitori ignoti ..., e in difetto del possesso di stato, manca il titolo essenziale perché si possa considerare legittima la maternità. Non risultando il nome della partoriente -anche se si assuma "ex aliunde" essere coniugata- non è possibile individuare il marito della stessa, né rendere operativa la presunzione di paternità di cui all'art. 231 cc.* Sentència de la Corte Costituzionale, de 5 de maig de 1994, n. 171. V. Gilda FERRANDO, *Prove genetiche, verità biologica e principio di responsabilità*

3.1.2. Determinació de la filiació materna

a. Legítima

La legislació francesa estableix que la maternitat legítima queda establerta per la inscripció del naixement en el registre civil⁵⁹⁶. La constància en el registre civil del naixement de fill de dona casada, comporta, per tant, l'atribució automàtica de la maternitat (i també de la paternitat) legítima⁵⁹⁷. Igualment, segons la legislació italiana, per a la determinació de la maternitat matrimonial és suficient amb la indicació del nom de la dona en la inscripció de naixement, sense que tampoc sigui necessari el seu consentiment⁵⁹⁸.

b. Natural

La maternitat natural, en canvi, es determina segons la llei francesa, pel reconeixement per la possessió d'estat o per sentència⁵⁹⁹. Per tant, la constància en el registre de la identitat de la mare i del fill no és suficient, com en el cas de la filiació legítima, per atribuir la filiació materna si no hi ha reconeixement⁶⁰⁰. Igualment en la legislació italiana segons la qual la menció de mare, que comporta l'atribució automàtica de la maternitat, requereix el seu consentiment (art. 73 OSt C).

nell'acertamento della filiazione, Riv. Dir. Proc Civ., 1996-3, p. 740.

⁵⁹⁶ Art. 319 C.civ.: *La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil.*

⁵⁹⁷ Tingui's en compte, però, que la identitat de la mare no és una menció obligatòria en la declaració de naixement (art. 56 C.civ.) i que, ademés és possible la inscripció de la maternitat extramatrimonial de dona casada (Circ. de 24 d'agost de 1972).

⁵⁹⁸ Art. 73 OStC:

Se la nascita è da unione legittima, nell'atto relativo, oltre le indicazioni di cui all'art. 71, si devono enunciare il nome e cognome, l'età, la cittadinanza o il rapporto di sudditanza, la razza, la professione e la residenza del padre e della madre.

Se la nascita è da unione illegittima, le enunciazioni sopra indicate dovranno essere fatte soltanto per il genitore o per i genitori che personalmente redono la dichiarazione di nascita, o che hanno fatto constare per atto pubblico del proprio consenso ad essere nominati, ferma in ogni caso la disposizione dell'art. 83, comma primo, parte prima.

⁵⁹⁹ Art. 334-8 C.civ.: *La filiation naturelle est légalement établie par reconnaissance volontaire. La filiation naturelle peut aussi se trouver légalement établie par la possession d'état ou par l'effet d'un jugement.*

⁶⁰⁰ Sobre la manca de justificació objectiva de la diferència de tracte entre la maternitat segons sigui legítima o natural, v. CARBONNIER, *Droit civil*, 1993, p. 472 i també Frédérique GRANET, *L'établissement judiciaire de la filiation depuis la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993. Recueil Dalloz*, 1994, *Chron.*, p. 22.

3.1.3. Doctrina

La doctrina francesa no és unànim en la valoració del sistema de determinació de la maternitat. Pel que fa a la possibilitat de l'*accouchement anonyme*, RUBELLIN és partidària de mantenir la possibilitat de la mare d'amagar la seva identitat com a via per evitar infanticidis o abandonaments⁶⁰¹. En sentit contrari, s'han donat diversos arguments, que basen la necessitat de la determinació de la filiació materna en l'interès del fill en conèixer el propi origen⁶⁰², en la igualtat de sexes i també en el coneixement de les experiències d'altres països quines legislacions ja estableixen la determinació automàtica de la maternitat pel fet del part.

Ja PLANIOL manifestava el seu parer favorable a l'establiment obligatori de la maternitat i considerava inacceptable la possibilitat legal d'amagar la maternitat que és un fet quasibé sempre conegut⁶⁰³. En el mateix sentit, HAUSER, considera que l'actual 341.1 C.civ comporta desigualtats entre home i dona en tant que impedeix tota acció d'investigació de la maternitat, mentre que l'home no té manera d'evitar ser

⁶⁰¹ *A l'heure où le ministère des Affaires sociales et de l'intégration reprend l'étude de la question, et où l'on se demande si, pour "faire européen" il ne conviendrait pas ... supprimer l'accouchement sous x, il nous paraît utile de souligner ... que celui-ci évite d'une part à la femme de se rattacher l'enfant, et se trouve donc être la seule solution qui évite l'infanticide et, aujourd'hui surtout, le délaissement "sauvage", d'autre part à l'enfant d'être sans état pendant tout le temps où la mère, qui l'aura reconnu, hésite ou hésitera à l'abandonner; l'abandon de nouveaux-nés est en effet très rare. Et quelle pression exercera-t-on sur la mère-qui-ne-veut-pas-l'être en l'obligeant à assumer l'enfant pour ensuite l'abandonner!*. Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Droits de la mère et droits de l'enfant: Réflexions sur les formes de l'abandon*, RTDC, 1991, p. 703. En el mateix sentit, Pierre VERDIER, Michel SOULÉ, *Le secret sur les origines. Problèmes psychologiques, légaux, administratifs*, Paris, Les Éditions ESF, p. 49. També en un informe de la secció d'estudis del *Conseil d'État*, s'opta per garantir a la mare el secret del part. CONSEIL D'ÉTAT. Section du rapport et des études. *Statut et protection de l'enfant*, Paris, La Documentation Française, 1991, p. 87.

⁶⁰² Hi ha una associació anomenada *Droit des pupilles de l'Etat et des adoptés à leurs origines* (D.P.E.A.O.) que té per finalitat ajudar aquells que desitjen conèixer els seus orígens i proposa la supressió de la possibilitat que la mare pugui amagar la seva identitat en donar a llum. Muriel BLEURVACQ, *La recherche des origines familiales*, en el dossier *L'adoption: une famille pour un enfant*, Paris, Institut de l'enfance et de la famille, 1988, pp. 107 i ss.

⁶⁰³ *La maternité, même quand elle n'est pas honorable, est toujours notoire et certaine: toutes les fois qu'il ne s'agit pas d'un enfant trouvé, la mère est connue, et le déclarant qui fait inscrire l'enfant comme né de mère inconnue commet un mensonge. La loi aurait dû exiger de lui qu'il fît connaître la mère, et de celle-ci qu'elle donnât son véritable nom. La maternité ne peut être tenue secrète que par une véritable "suppression d'état", qui est un délit et qui mériterait d'être punie.* Marcel PLANIOL, *Droit civil*, T.1: Principes généraux. Les personnes. La famille. Les incapables. Les biens. 8^a ed., Paris, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1920, p. 451.

sotmès a qualsevol prova⁶⁰⁴. Tampoc CARBONNIER és partidari de mantenir l'*accouchement anonyme* i es basa en la innecessarietat actual d'aquest mecanisme per protegir la mare i dissuadir-la d'atemptar contra el seu fill, així com en la tendència manifestada tant per altres legislacions europees com per alguns instruments internacionals, en el sentit de fer prevaldre el que ell qualifica de dret natural dels fills a conèixer els seus progenitors⁶⁰⁵. Argumenta també amb base en el principi d'igualtat entre sexes, que queda malmès en un sistema que permet a la dona amagar la seva maternitat. Apunta, finalment, com a raons que poden haver motivat el legislador a mantenir l'*accouchement sous X*, l'interès de les institucions dedicades a l'adopció ... *pour accroître le stock des enfants adoptables*... així com el temor, d'una banda a una forta oposició feminista en tractar-se d'una qüestió que suposa una obligació solament per a la mare, i d'altra banda oposició dels metges i centres hospitalaris *redoutables prêtres du secret professionnel*⁶⁰⁶. Finalment DEKEUWER, que analitza aquesta qüestió en el marc de les darreres reformes en matèria de família, és molt crítica amb totes elles i jutja contraris a l'interès del fill, en allò que aquí ens interessa, tant l'anonimat dels donants de material genètic com el de la mare. La seva crítica és interessant en tant que posa de manifest el descontent per la divergència entre la legislació francesa, que es manté en una línia formalista i voluntarista, apartada de la veritat biològica, mentre que altres legislacions i instruments internacionals tendeixen a l'opció contrària, per a una millor protecció dels drets dels fills⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ L'argument de la desigualtat entre home i dona ha estat utilitzat també pels partidaris de l'*accouchement sous X*, en tant que, explicaven, l'home sempre pot amagar la seva identitat i la dona només si la llei li ho facilita. Com afirma HAUSER, avui ja no pot afirmar-se que a l'home li sigui fàcil amagar la seva identitat, degut al desenvolupament de les proves de paternitat. HAUSER i HUET-WEILLER, *Traité...*, pp. 541 i ss. Com explica RAYMOND, (*par le privilege qui lui est reconnu de faire disparaître tout élément de preuve, la mère joue donc un rôle privilégié dans le refus de l'enfant. Sa volonté est dans ces conditions purement arbitraire, non contrôlée*). Guy RAYMOND, *Volonté individuelle et filiation par le sang*, R.T.D.C., 1982-3, p. 545. Segons BÉNABENT El dret a la mare a amagar la seva identitat no és coherent tampoc amb la darrera reforma de la filiació, en la qual legislador francès ha establert un sistema de determinació de la paternitat més basat en la veritat biològica que l'anterior. V. Alain BÉNABENT, *Droit civil. La famille*, 7ème ed., Paris, Litec, 1995, p. 425.

⁶⁰⁵ *...de nous jours, des idées de liberté individuelle, de respect de la vie privée peuvent donner un autre sens à l'ensemble du système. Des législations étrangères aboutissent à des solutions opposées, en partant du postulat que l'état civil est, dans toutes ses parties, un mécanisme d'ordre public.* CARBONNIER, *Droit civil*, 1993, p. 472 .

⁶⁰⁶ CARBONNIER, *Droit Civil*, 1989, pp. 385 i ss. i 1993, pp. 472 i ss.

⁶⁰⁷ *... Dans le cas des abandons, des adoptions et de l'assistance médicale à la procréation, l'ordre social exige impérieusement que la filiation juridique soit inattaquable et que la vérité biologique demeure à jamais occultée. Car la quête par l'enfant de ses origines biologiques ferait éclater au grand jour non seulement la fausseté de sa filiation, mais encore la stérilité de ses parents, qui subsiste malgré la naissance. Cette éventualité est insupportable pour le couple, pour le tiers donneur, pour toute la société.*

Pel que fa a la determinació de la filiació materna extramatrimonial, la regla de l'art. 334.8 Cc, tampoc s'ha lliurat de la crítica de la doctrina, que posa de relleu que els arguments que la justificaven avui ja no són vàlids. D'una banda perquè avui no es pot presumir el rebuig de la mare d'un fill natural a assumir la seva maternitat. D'altra banda, perquè el fet de tenir la filiació biològica legalment determinada no és obstacle, des de 1966⁶⁰⁸ per a l'adopció. Una de les dificultats pràctiques que pot comportar la norma és que si la mare ignora la necessitat de reconèixer els seus fills, és possible que la seva filiació quedi involuntàriament indeterminada⁶⁰⁹. Per evitar que això succeeixi, la llei estableix que la constància en el registre civil equival al reconeixement si és corroborada per la possessió d'estat⁶¹⁰. La norma d'aquest article és una fórmula de compromís entre l'opció que alguns anomenen *européa*⁶¹¹ de la determinació automàtica de la maternitat pel sol fet del naixement i l'opció tradicional francesa consistent en no imposar a una dona un fill que no desitja⁶¹². El legislador francès no va gosar donar un pas més⁶¹³.

On peut d'ailleurs se demander pourquoi ce qui paraît intolérable en France est admis, au nom du respect des droits de l'enfant, dans des pays voisins tels que l'Angleterre, la Suisse, les Pays Bas, la Suède, l'Allemagne... Les lois de 1993 et de 1994 peuvent être lues à la fois comme un déni des droits de l'enfant et comme un mépris de son intérêt. Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille*, RTDC, 1995, pp. 249-270, 261.

⁶⁰⁸ Llei 66-500, d'11 de juliol de 1966.

⁶⁰⁹ Segons HAUSER, la qüestió té més interès a nivell de principis que a nivell pràctic ja que si la mare vol assumir la maternitat, s'assebentarà ben aviat que l'ha de reconèixer, sobretot si pretén obtenir algun tipus de prestació social i, en general a efectes administratius. Ademés, essent possible també la determinació de la filiació materna per la possessió d'estat o per la via de l'art. 337 Cc, és difícil que es plantegin problemes de maternitat indeterminada contra la voluntat de la mare. Aquesta norma pot ser molt útil, per exemple, en el cas que la mare mori sense haver reconegut els seus fills, els hereus puguin fer determinar la seva filiació respecte d'ella, amb la prova de la possessió d'estat. Gérard CORNU, *Droit civil. La famille*, Paris, Montchrestien, 1994, p. 345. HAUSER, HUET-WEILLER, *Traité...*, pp. 536-7. Sobre la innecessarietat d'aquest article en ser suficient la sola possessió d'estat per determinar la maternitat, s'ha plantejat una polèmica que crec que és innecessari reproduir aquí. V. CORNU, *Droit civil*, pp. 346 i 347, i CARBONNIER, *Droit civil*, 1993, pp. 480-1, HAUSER, HUET-WEILLER, *Traité*, p. 536.

⁶¹⁰ Art. 337 Cc: *L'acte de naissance portant l'indication de la mère vaut reconnaissance, lorsqu'il est corroboré par la possession d'état.*

⁶¹¹ HAUSER, HUET-WEILLER, *Traité...*, p. 532.

⁶¹² CARBONNIER, *Droit civil*, 1989, p. 461 i HAUSER, HUET-WEILLER, *Traité...*, p. 536.

⁶¹³ Així, BÉNABENT, *Droit Civil, la famille*, pp. 412 i ss. L'any 1992 l'Assemblea Nacional va rebutjar una proposta en el sentit de deixar d'exigir el reconeixement per a la determinació de la filiació materna, un cop que el nom de la mare consta en el certificat de naixement (1992, *J.O.* 1287 de 16 de maig de 1992).

En definitiva, el sistema de determinació de la maternitat és coherent amb el conjunt de la legislació francesa sobre filiació, que sol donar molta rellevància a la voluntat en la constitució o el reconeixement dels vincles de filiació⁶¹⁴.

A Itàlia aquesta qüestió va ser discutida per la doctrina els anys 50⁶¹⁵, quan es va plantejar la possibilitat de reformar-la en el sentit de fer innecessari el consentiment de la mare per a la determinació de la maternitat. La doctrina opinava majoritàriament que no era convenient modificar el sistema de determinació de la maternitat, d'una banda perquè podia provocar discriminació entre home i dona i d'altra banda per les dificultats d'ordre social i familiar que podien suposar per la mare⁶¹⁶. Una minoria opinava, contràriament, que calia que en qualsevol supòsit la maternitat quedés determinada, ja que l'ocultació de la maternitat podia perjudica més al fill que la constància d'una filiació ilegítima. En aquest sentit es valorava com a

⁶¹⁴ La voluntat ha jugat tradicionalment un paper molt important en matèria de filiació en la legislació francesa. Com explica RAYNAUD, *..la volonté joue un rôle dans l'établissement du lien juridique de filiation, qu'il s'agisse de la preuve de ce lien ou de sa création. Pourquoi en est-il ainsi et pourquoi ne nous contentons-nous pas seulement de la vérité biologique? parce qu'elle se colore d'un élément subjectif, contente de la volonté qu'ils inspirent. C'est pourtant d'eux qu'il est indirectement question... En matière de filiation, en faisant une place à la volonté, comme condition de l'établissement du lien juridique, ne veulent-ils pas dire qu'il n'y a de paternité ni de maternité sans amour?*. Pierre RAYNAUD *Le rôle de la volonté individuelle dans l'établissement du lien de filiation: état du droit positif français a Droit de la filiation et progrès scientifiques* (Dir. Catherine Labrusse et Gérard Cornu), Paris, Economica, 1982, pp. 87 i ss. Segons CORNU, *Le droit de la filiation n'est pas seulement un droit de la vérité. C'est aussi, en partie, un droit de la vie, de l'intérêt de l'enfant, de la paix des familles, des affections, de sentiments moraux, de l'ordre établi, du temps qui passe...* Gérard CORNU, *Droit civil. La famille*, 2e édition, Paris, Montchrestien, 1991, p. 265. Per una comparació molt interessant entre els sistemes alemany i francès de determinació de la filiació, vegi's Rainer FRANK, *La signification différente attachée a la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille*, R.I.D.C., 1993, p. 648.

⁶¹⁵ V. Michele GIORGIANNI, *Problemi attuali di diritto familiare*, R.T.D.P.C., 1956, p. 760. Luigi CARRARO, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, (Luigi CARRARO, Giorgio OPPO, Alberto TRABUCCHI) t.1, parte 2^a, Padova, CEDAM, 1977, pp. 658 i ss.

⁶¹⁶ Eren contraris a la reforma, Antonio CICU, *Sistema dell'accertamento de la filiazione*, Riv. trim., 1950, p. 869 i, en la mateixa revista, Alberto TRABUCCHI, *Filiazione legittima e illegittima*, 1952, p. 936; FUNAIOLI, *Risposte in tema di filiazione legittima e naturale*, RTDPC, 1952, p. 928; Pietro RESCIGNO, *La tutela*, p. 43. També CATTANEO, que, malgrat que reconeixia la innecessarietat de protegir la mare, considerava que calia conservar la norma d'una banda perquè no era interesant pel fill tenir un vincle jurídic matern imposat, i d'altra banda perquè aquest vincle podia obstaculitzar una possible adopció. Giovanni CATTANEO, *Convenzioni europee e leggi interne in tema di adozione dei minori ee di trattamento dei figli naturali*. RDC, 1981-2, pp. 319 i ss. Per una exposició de les diferents perspectives davant una possible reforma, v. Paolo VERCELLONE, *La filiazione legittima, naturale, adottiva e la procreazione artificiale*, en *Trattato di diritto civile italiano*, (Fond. Filippo VASSALLI), III-2, UTET, 1987, pp. 84 i ss. V. també, Luigi CARRARO, en el comentari a l'art.250 cc, en Giorgio OPPO, Giorgio GIAN, Alberto TRABUCCHI, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, IV, Torino, CEDAM, 1992, pp. 96 i ss.

qüestió d'interès social que, per sobre de qualsevol ficció, els pares reconeguessin els fills que havien engendrat⁶¹⁷. Tampoc avui no hi ha un estat d'opinió favorable a la modificació del sistema d'atribució de la maternitat; a les objeccions ja esmentades s'afegeix la consideració que la legislació actual sobre filiació tendeix a fer prevaldre la *realitat dels afectes* (paternitat social) sobre la veritat biològica, de manera que, per exemple, el *codice* atribueix eficàcia al reconeixement quan no es correspon amb un vincle familiar de fet⁶¹⁸. Ademés, un reconeixement forçós, s'argumenta, no serà mai la via que donarà al fill uns veraders vincles familiars⁶¹⁹. Pel que fa a la

⁶¹⁷ Eren partidaris de reformar el sistema, Mario STELLA RICHTER, *Sull'obbligatorietà del riconoscimento di figli illegittimi e sul disconoscimento di paternità*, RTDPC, 1952, p. 967, i, en la mateixa revista, Emilio ONDEI, *Problemi legislativi in tema di filiazione*, 1952, p. 858, Luigi BRUSA, *Dello stato di figlio (rilevi "de iure condendo")*, *ibid.*, 1952, p. 865. També era partidari de reformar el sistema FERRI, que proposava adoptar el sistema de les legislacions suïssa i alemanya, que consisteix, encara avui, en establir que la filiació materna queda determinada pel sol fet del naixement, prescindint de la voluntat de la dona. Segons FERRI, respectar l'anonimat de la mare suposa fer prevaldre l'interès privat i, per tant, egoïsta de la mare per sobre del del fill, en un moment en el qual el dret de família privilegia l'interès del fill com a persona més necessitada d'assistència. D'altra banda, tampoc es pot argumentar sobre la base que si la maternitat no és volguda el dret no pot fer res per *fer una mare*, ja que això suposaria no tenir en compte la, anomenada per BIANCHI, *funció educativa* del dret (aquest autor, en referència al problema de la determinació de la maternitat, afirmava que calia fer de la llei un *instrument de transformació espiritual*, BIANCHI, *Figli di nessuno*, Milano, 1951). Cal tenir en compte, ademés, seguint FERRI que la determinació de la maternitat és pressupòsit pel compliment dels deures que les lleis i la Constitució (art. 30.1) imposen als pares, de manera que deixar-la a la voluntat de la dona suposa desvirtuar l'eficàcia de les normes jurídiques, en quedar el seu compliment a la voluntat de les persones. La llibertat de reconèixer o no el fill és inconciliable amb l'obligació de mantenir-lo. Tampoc l'interès del fill pot justificar, com alguns pretenen, la llibertat de la mare de reconèixer o no un fill ja que segons FERRI no es pot afirmar mai que sigui interessant pel fill no tenir mare (*io dubito che possa esistere nel figlio un interesse più forte di quello di avere la madre ... quan ademés, ... non sempre la donna indegna per costume di vita si manifesta indegna come madre*). Afegeix que contra el possible augment de parts clandestins, avortaments i infanticidis la solució no ha de consistir en fer possible la renúncia a la maternitat, sinó que caldria establir mitjans d'assistència i protecció dels fills il·legítims, com fa la llei pel cas dels fills legítims en cas que falti el pare (art. 339 cc). Per últim, FERRI també al·ludeix a l'interès del fill en conèixer el propi origen, que, ademés de constituir un dret de la personalitat, pot ser important tant a efectes mèdics com per conèixer un possible impediment matrimonial (*non indicando la madre, si toglie al figlio qualcosa di suo, quasi una parte della sua stessa personalità, si opera, insomma, una separazione odiosa*). Luigi FERRI, *Accertamento della filiazione "illegittima"*, R.T.D.P.C., 1964, pp. 44 i ss. També Michele GIORGIANNI, en la veu *madre* de la *Enciclopedia del diritto*, vol. XXV, Varese, Giuffrè Editore, 1975, pp. 135-6.

⁶¹⁸ L'eficàcia del reconeixement d'un fill de setze anys, per exemple, està subordinada al seu consentiment.

⁶¹⁹ Gilda FERRANDO, *La filiazione naturale*, a *Trattato di diritto privato* (Dir. Pietro RESCIGNO), vol. 4: *Persone e famiglia*, t.3, Torino, UTET, Rist. 1986, p. 134. També d'acord amb el sistema actual, BONILINI, que afirma que *...la norma che rendesse obbligatorio il riconoscimento da parte della madre potrebbe arrecare al figlio un danno maggiore di quello derivante dall'assenza di riconoscimento. Invero, in siffatta materia deve esservi spontaneità di affetti e di atteggiamenti; è preferibile il (momentaneo) ricovero del figlio in un brefotrófio, alle "cure" imposte dalla legge ad una donna che rifiuta la maternità tardivamente, visto che avrebbe potuto interrompere la gravidanza* (Llei n. 194/1978). Giovanni BONILINI, *Nozioni di diritto di famiglia*, 2a ed. Torino, UTET, 1994, p. 153.

possibilitat que la mare amagui la seva identitat des del moment del part, la doctrina italiana no hi ha parat massa atenció tot i que hi ha algun treball recent que defensa la seva utilitat actual i que arriba a qualificar de decisió responsable i demostració d'afecte, la de la dona que no assumeix la seva maternitat, conscient de la seva incapacitat de fer-s'en càrrec i es demana per a ella el respecte a la seva decisió i la garantia del secret⁶²⁰.

3.2. Legislació portuguesa

La filiació materna resulta del fet del naixement independentment que la mare sigui una dona casada o no⁶²¹. Així ho estableix clarament l'art. 1796.1 Cc, segons el qual *Relativamente à mae, a filiação resulta do facto do nascimento*. L'establiment de la relació de filiació es basa en la declaració de maternitat en el registre de naixement i qui fa la declaració ha d'identificar sempre que sigui possible, la mare del nascut. La identificació de la mare és considerada així un deure jurídic de la persona que fa la declaració de naixement ja que la llei portuguesa fa prevaldre l'interès públic en l'establiment del parentiu i l'interès privat del fill per sobre el desig que la mare pugui sentir de mantenir l'anonimat. L'eventual interès de la mare en ocultar la filiació no és objecte de tutela pel sistema jurídic⁶²².

Malgrat això, a efectes de la determinació de la maternitat es distingeix segons que la declaració tingui lloc en l'any següent al naixement del fill o passat aquest primer any.

⁶²⁰ *Numerosissime, ed in aumento costante sono le gestanti in situazioni personali e familiari di grave, se non addirittura drammatica difficoltà, con percorsi di vita diversi, ma accomunate dalla difficoltà gravissima o dall'impossibilità di provvedere, da sole o pur con l'ausilio dei congiunti, alle esigenze dell'infante che nascerà da loro. Sovente si tratta di giovanissime con vite segnate da abbandoni e violenze, di malate di mente anche con gravi patologie spesso cronicizzate, di insufficienti mentali, di tossicodipendenti od alcooliste, di donne senza fissa dimora, di extracomunitarie senza regolare permesso di soggiorno. La donna dovrebbe essere aiutata a non sentirsi in colpa, essa dovrebbe sentirsi protetta, specie se decide di non riconoscere il bambino, senza essere mai, in ogni caso, forzata ad allattarlo o indotta a confrontarsi con altre puerpere felici e gratificate. Talvolta, purtroppo, vengono inviati messaggi più sottili, tendenti ad esprimere giudizi che si rifanno a convincimenti personali, senza tener conto dei propositi della donna, che va comunque lodata per avere scelto, intanto, di conservare la vita del figlio. Va garantito altresì, anche di fatto e non solo nell'atto di nascita, la segretezza del parto, cui la donna ha un vero e proprio diritto se in tal senso si orienta. AAVV, Su alcuni problemi di madri e di gestanti in difficoltà e sulla prevenzione dell'abbandono dei neonati. .D.F.P., 1995, p. 1642.*

⁶²¹ Arts 1796 i ss. del codi civil (redacció pel Decret-Ilei núm. 496/77, de 25 de novembre, que va reformar la filiació i l'adopció) i arts. 112 i ss. de la llei portuguesa del Registre civil (aprovada per Decreto-Lei núm. 131/95, de 6 de juny).

⁶²² Guilherme de OLIVEIRA, *Estabelecimento da filiação*, Coimbra, Livraria Almedina, 1995, p.21.

Si el naixement ha tingut lloc en l'any anterior a la declaració, la maternitat mencionada en l'assentament es considera determinada per la declaració⁶²³, si bé s'estableix que en el cas que qui fa la declaració no sigui ni la mare ni el seu marit caldrà comunicar el contingut de l'assentament a la mare, tot i que ella sols podrà desvirtuar aquesta declaració mitjançant l'exercici de l'acció d'impugnació.

Si el naixement hagués tingut lloc després de l'any següent al naixement la maternitat es considerarà determinada per la declaració solament si la persona que fa la declaració és la mateixa mare o si consta el reconeixement d'aquesta, realitzat en qualsevol forma (art. 1805 Cc).

En cas contrari se li notificarà el contingut de l'assentament, i en el plaç de 15 dies, haurà de comunicar si confirma o no la seva maternitat. En el cas que no vulgui fer-ho o no pugui ser notificada, la menció de maternitat quedarà sense efectes, i per tant, la maternitat no quedarà determinada tot i que es procedirà a l'*averiguação officiosa* en els termes dels arts. 1808 i ss. En cas de silenci la maternitat queda determinada.

Finalment el Codi es refereix a l'*averiguação officiosa* de la maternitat⁶²⁴, que té lloc en el cas que la maternitat d'un nascut no estigui mencionada en el registre. En aquest cas, el registre ha de remetre al jutge una certificació integral del contingut de la inscripció amb les dades que li constin, per a que es procedeixi a l'averiguació de la maternitat. Es tracta, en definitiva, d'un procés imposat per la llei amb la finalitat que la filiació materna es determini, de manera que el tribunal efectuarà les diligències necessàries per identificar la mare. En el cas que per qualsevol mitjà arribi a conèixer la seva identitat, li prendrà declaració. Si la persona identificada com a mare confirmés la seva maternitat, aquesta quedaria determinada. En cas contrari, si el tribunal tingués proves que permetessin pensar en la viabilitat de l'acció, es posaria en coneixement del Ministeri públic per a que exercités l'acció corresponent. L'exercici d'aquesta acció està, però, sotmès a dues limitacions: no podrà exercitar-se, en primer lloc, en el supòsit que la suposada mare i el reconeixedor siguin parents per consanguinitat o afinitat en línia recta, o parents en segon grau de la línia colateral.

⁶²³ En una redacció anterior la norma disposava que la maternitat es considerava **reconeguda** si la declaració de naixement s'havia portat a terme abans de l'any següent al naixement. Actualment disposa que la maternitat es considera **establerta**. Aquesta modificació ...*procura segons OLIVEIRA, acentuar que se retirou à determinação da maternidade todo o carácter de admissao voluntária do estado, ou de manifestação de vontade constitutiva. OLIVEIRA, Estabelecimento...*, pp. 22-23.

⁶²⁴ Per a la paternitat també s'ha previst la possibilitat de l'*averiguação officiosa*, en els arts. 1864 a 1866 Cc. V. també els arts. 202 a 207 Organização Tutelar de Menores (Decreto-Lei nº 185/93, de 22 de maio).

En segon lloc, tampoc podrà exercitar-se si han passat dos anys des de la data del naixement.

El fonament d'aquesta averiguació està en la protecció del dret del fill a la identitat i integritat moral, *de tutelar o interesse geral da melhor socialização e amparo económico do filho e na consciência de que nao vale grande coisa garantir a todos os filhos a igualdade de direitos se nao se fizerem os esforços possíveis no sentido de constituir as relações de filiação*⁶²⁵

En definitiva, es tracta d'un sistema de determinació de la filiació que prescindeix de forma quasibé absoluta de la voluntat de les persones en la determinació de la filiació, tant materna com paterna i que considera un dret de totes les persones, tot i que no directament establert en la Constitució, el de l'establiment de la filiació. Com explica de OLIVEIRA *a satisfacao plena do direito à identidade e à integridade pessoais que a Constituição consagra implica a atribuição dos meios técnico-jurídicos adequados à descoberta da ascendência, isto é, a atribuição de um direito à constituição do estado de filho. É por esta razão que o Estado deve organizar a acção de investigação e permitir o acesso do filho aos tribunais...* Aquest autor manifesta com, coherentment amb la filosofia que regeix el tractament de la filiació en la legislació portuguesa, el reconeixement persisteix com a via per a la determinació de la filiació, si bé cal considerar-lo com un deure jurídic i no com una facultat. *...a defesa do carácter livre-facultativo de perfilhação nao pode furtar-se a crítica de estar influenciada por uma concepção voluntarista dos vínculos de filiação que parece ter feito a sua época. Na verdade, o carácter facultativo do reconhecimento quadra bem com os sistemas em que o interesse mais relevante era do progenitor -interesse que podia consistir, justamente, na ocultação do vínculo extramatrimonial; quadra bem com a proibição de investigar a paternidade ... Mas tudo isto tem sido abandonado, para a descoberta da verdade biológica e em proveito do filho, e o interesse do progenitor em omitir a perfilhação tem perdido o apoio do sistema e nao será digno de tutela jurídica*⁶²⁶.

⁶²⁵ OLIVEIRA, *Estabelecimento da filiação*, pp. 145-6.

⁶²⁶ OLIVEIRA, *Estabelecimento da filiação*, pp. 108 i ss.

1.4. CONVENIS INTERNACIONALS

1.4.1. Conveni de Brusel·les, de 12 de setembre de 1962, núm.6 de la Comissió Internacional de l'Estat Civil, sobre determinació de la filiació materna dels fills extramatrimonials⁶²⁷

L'art. 1 del Conveni CIEC de 1962 estableix que la filiació materna no matrimonial es determina per la designació en la inscripció de naixement, tot i que aquesta filiació podrà ser impugnada⁶²⁸. L'adequació o contradicció entre el sistema de determinació de la maternitat en la legislació civil i registral i el Conveni, no és una qüestió clara, sinó que depen de la interpretació del terme castellà *impugnada* (segons el text francès, *contestée*), de manera que hi ha dues possibilitats⁶²⁹:

1. La primera consisteix en interpretar la paraula *impugnar* en sentit estricte, és a dir, referida solament a l'exercici d'una acció d'impugnació. Segons aquesta interpretació, la legislació espanyola no s'adequa als termes del Conveni ja que permet a la dona, mitjançant la seva declaració, impedir l'atribució de la filiació (art. 47 LRC) mentre que el Conveni sols li permetria fer-ho per via judicial.

2. La segona consisteix en interpretar la paraula *impugnar* en sentit ampli, i considerar que inclou també la desvirtuació extrajudicial de la filiació que indica la inscripció de naixement. Aquesta interpretació condueix a afirmar la compatibilitat de la legislació espanyola amb el Conveni.

De la utilització que el *Code* fa de l'expressió *contester* no penso que es pugui concloure el conveni es refereix a la desvirtuació extrajudicial, ja que aquest la utilitza

⁶²⁷ Conveni núm. 6, signat a Brusel·les el 12 de setembre de 1962, al qual l'Estat Espanyol es va adherir per Instrument de 27 de gener de 1984 (BOE de 17 d'abril de 1984).

⁶²⁸ Art. 1.

Cuando una persona es designada en la inscripción de nacimiento de un hijo no matrimonial como madre de éste, la filiación materna quedará determinada por tal designación. Sin embargo, esta filiación podrá ser impugnada.

Art. 2.

Cuando la madre no ha sido designada en la inscripción de nacimiento tendrá aquella la facultad de hacer una declaración de reconocimiento ante la autoridad competente de cada uno de los Estados contratantes.

⁶²⁹ Així també, PEÑA, *Derecho...*, p. 425 i RIVERO, *Elementos...*, p. 104.

aquest terme per referir-se a l'acció judicial d'impugnació⁶³⁰.

En el cas de la legislació espanyola penso que és aplicable el que FERRANDO comenta en relació a la llei italiana, en el sentit que aquesta és conforme, si no amb l'esperit, amb la lletra del Conveni, en tant que segueix fent dependre de la voluntat de la mare la determinació de la filiació materna extramatrimonial⁶³¹. Conseqüentment es pot dubtar de l'adequació de la legislació espanyola al Conveni, però en tot cas no es tracta principalment d'un problema que hagi de resoldre el legislador, sinó que el que cal és que els Jutges l'apliquin ja que és llei interna⁶³². El conveni seria, sens dubte incompatible amb una legislació que exigís el consentiment o reconeixement de la mare per a l'atribució de la maternitat, ja que l'art. 3 del Conveni es refereix a la possibilitat que la legislació d'un Estat no contractant exigeixi el reconeixement⁶³³.

Cal tenir en compte, finalment, que aquest Conveni no es refereix en absolut a la possibilitat que la mare no sigui identificada en el parte mèdic de naixement. Aquest aspecte va ser un dels objectes d'un conveni posterior del Consell d'Europa, el Conveni Europeu sobre l'estatut jurídic dels fills extramatrimonials, de 15 d'octubre

⁶³⁰ Amb base en el terme francès *contestée*, justifica DIEZ DEL CORRAL la compatibilitat entre la legislació espanyola i el Conveni. DIEZ DEL CORRAL, *La inscripción...*, p. 18. Un altre terme que també utilitza el *Code*, però que tampoc es correspondria amb un desconeixement extrajudicial és *désaveu*, amb el qual es designen específicament les diferents possibilitats que té el marit per desvirtuar la pressumpció de paternitat matrimonial, i que no té caràcter extrajudicial. Vegint-se els articles següents del C.civ.:
-art. 312: *L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Néanmoins, celui-ci pourra désavouer l'enfant en justice, s'il justifie de faits propres à démontrer qu'il ne peut pas en être le père;*
-art. 316: *Le mari doit former l'action en désaveu dans les six mois de la naissance...*
-art. 316.2: *Tout acte extrajudiciaire contenant désaveu de la part du mari ou contestation de légitimité de la part des héritiers, sera comme non venu, s'il n'est suivi d'une action en justice dans le délai de six mois.* V. també, CARBONNIER, *Droit civil*, 1993, p. 417, HAUSER, HUET-WEILLER, *Traité...*, 1993, pp. 270 i ss.

⁶³¹ FERRANDO, *La filiazione naturale*, p. 134. En el mateix sentit, Luigi CARRARO, *Commentario...*, p. 92. MENGONI opina, en canvi, que el sistema italià és contrari al Conveni. MENGONI, *La filiazione fuori del matrimonio*, en *La riforma del diritto di famiglia* (Atti del II Convegno di Venezia, Fondazione Cini, marzo 1972) Padova, 1972, pp. 137 i ss.

⁶³² L'art. 96 CE estableix que els Convenis vàlidament celebrats formen part de l'ordenament intern desde el moment de la publicació oficial a Espanya, de manera que els Jutges i Tribunals espanyols estan obligats a aplicar-lo. Si, com és el cas, es tracta d'un conveni *self executing* i posterior a la regulació interna en la matèria, cal entendre que aquesta, en tant que oposada a l'establerta pel conveni amb posterioritat, està derogada, i per tant, no és aplicable.

⁶³³ Art. 3: *Cuando la madre ha sido designada en la inscripción de nacimiento y justifica que, no obstante, es necesaria una declaración de reconocimiento para satisfacer las exigencias de la Ley de un Estado no contratante, aquélla tendrá la facultad de hacer tal declaración ante la autoridad competente de cada uno de los Estados contratantes.*

de 1975⁶³⁴, que Espanya no ha ni tan sols signat. L'article 2 d'aquest Conveni estableix que la filiació materna de tot fill extramatrimonial queda determinada pel sol fet del seu naixement⁶³⁵.

En definitiva, segueix essent certa l'observació que feia CATTANEO l'any 1981, en el sentit que tot i que la majoria d'Estats europeus basen la determinació de la maternitat en el principi *mater semper*, no es pot parlar com ho va fer el TEDH en la sentència del cas Marckx, d'una coincidència absoluta en aquest sentit, sinó que cal recordar que a França i Itàlia l'opció contrària, fruit d'una tradició històrica semblant, es manté amb força⁶³⁶. L'esmentat autor no es va referir a la nostra legislació, a la qual, malgrat tot, es pot referir el seu comentari.

4.2. Conveni Europeu per a la protecció de Drets Humans de 4 de novembre de 1950⁶³⁷. La Sentència del cas Marckx

El Conveni Europeu per a la protecció dels Drets Humans no reconeix expressament el dret a tenir una filiació determinada, si bé és possible interpretar que el respecte a la vida familiar comporta l'establiment d'una filiació per a totes les persones, especialment amb base en els arts. 8 i 14⁶³⁸.

⁶³⁴ European Treaty Series, n. 85. *European Conventions and Agreements*, vol. IV (1975-82), Strasbourg, Council of Europe, 1983.

⁶³⁵ La redacció francesa és la següent: *La filiation maternelle de tout enfant né hors mariage est établie du seul fait de la naissance de l'enfant.*

⁶³⁶ CATTANEO, *Convenzioni europee...*, p. 329.

⁶³⁷ Conveni de 4 de novembre de 1950, ratificat per Espanya el 26 de setembre de 1979 (BOE 243, de 10.10.1979).

⁶³⁸ Art. 8:

1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*
2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.*

Art. 12:

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

Art. 14:

1. *El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*

El Tribunal Europeu de Drets Humans s'ha pronunciat en matèria de filiació materna en la sentència del *cas Marckx*⁶³⁹, en la qual va declarar la contradicció del dret belga amb el Conveni en aquesta matèria. Segons la legislació belga, la mare soltera no tenia vincles jurídics amb el seu fill pel sol fet del naixement, sinó que per establir aquest vincle era necessari, bé que la mare el reconegués, bé que l'adoptés, bé que una sentència ho declarés així, a diferència del que succeïa pel fill de dona casada⁶⁴⁰ (n.14). El tribunal va declarar que l'art. 8 no distingeix entre família legítima i família natural, de manera que qualsevol de les dues pot donar lloc a la *vida familiar*, objecte de protecció en l'art. 8 del Conveni i que la norma belga no es podia justificar amb base en la circumstància que algunes mares solteres no vulguin fer-se càrreg dels seus fills ja que també algunes dones casades poden desitjar el mateix i malgrat això s'els atribueix la maternitat pel fet del naixement (n.39)⁶⁴¹. Des del punt de vista de l'interès del fill, segons el tribunal, no és diferent el que pugui tenir el fill matrimonial (*legítim*) que el fill extramatrimonial (*natural*) i en canvi, segons la legislació belga el fill natural havia de seguir un procediment de recerca de la maternitat en el cas que la mare no l'hagués reconegut o adoptat. Aquesta diferència de tractament no té, segons el parer del tribunal, justificació objectiva raonable i, per tant, infringeix l'art. 14 en relació amb el 8 del Conveni (núms. 36 a 43)⁶⁴².

⁶³⁹ Cas Marckx, Sentència de 13 de juny de 1979. Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Série A: Arrêts et décisions. Vol. 31, Greffe de la Cour, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1979.

⁶⁴⁰ La legislació belga va ser modificada per Llei de 31 de març de 1987, que va entrar en vigor el 6 de juny del mateix any i actualment estableix que la filiació materna, matrimonial o extramatrimonial, queda determinada automàticament per la menció del nom de la mare en la inscripció de naixement, menció que és obligatòria. L'art. 312.1 del Codi belga estableix que *L'enfant a pour mère la personne qui est désignée comme telle dans l'acte de naissance* i l'art. 57 que *(l) l'acte de naissance énonce: 2. l'année, le jour, le lieu de la naissance, le sexe, le nom, les prénoms et le domicile de la mère et du père, si la filiation paternelle est établie. Chronique de droit civil belge, RTDC, 1991, pp. 830 i ss. Marie Thérèse MEULDERS-KLEIN, Belgium: the year of the child, 28 JFL, 1989-1990, pp. 409 i ss.*

⁶⁴¹ Hi ha altres resolucions que van marcant l'abast de la protecció de l'art.8. La Comissió ha declarat, per exemple, que abarca els vincles entre els avis i els seus néts tot i que en aquesta relació la vinculació és menor i que per tant, l'administració no està obligada a implicar-los en les decisions que cal prendre, en la mateixa mesura que ho ha de fer amb els pares (*Price v. United Kingdom*, Application n. 12402/86 55 D & R 224). Respecte de la inseminació amb material genètic donat, la Comissió va declarar l'any 1993 que el vincle biològic del donant amb el fill, no comporta la creació de vincles familiars entre el donant i el fill nascut per aquesta via. (*G v. Netherlands* (1993), 16 EHRR Part. 7, CD 38). Pel que fa al dret a formar una família la Comissió ha considerat que l'art. 12 es pot entendre referit tant a la filiació *natural* com a l'adoptiva, si bé les legislacions nacionals poden establir les condicions per a la seva constitució, de manera que una llei que prohibeixi les persones solteres adoptar, no viola la convenció (Application n. 6482/72 7 D & R 75).

⁶⁴² El TEDH es fa ressò, ademés, del fet que les legislacions de la majoria dels Estats membres del Consell d'Europa han evolucionat, desde la distinció en matèria de filiació entre la família natural i la legítima, i continuen fent-ho vers el principi *mater semper certa est*; Els dos convenis d'àmbit europeu en matèria de filiació extramatrimonial, signats els anys 1962 i 1975 posen de manifest, segons el Tribunal,

La doctrina espanyola coincideix majoritàriament en afirmar que la legislació espanyola no s'adequa a la doctrina del TEDH en el cas *Marckx*⁶⁴³. Es cert, com observa DÍEZ del CORRAL, que el supòsit que va donar lloc a la sentència *Marckx* no hagués plantejat cap problema en la nostra legislació ja que la filiació extramatrimonial hagués quedat determinada davant el silenci de la mare⁶⁴⁴. També és cert, però, que la protecció del fill segueix exigint que la filiació biològica s'hagi de determinar sempre, independentment de si la mare és casada o soltera, també de la seva voluntat i de les circumstàncies que envolten el naixement del fill.

4.3. Conveni de les Nacions Unides, sobre Drets del Nen, de 20 de novembre de 1989⁶⁴⁵

El Conveni reconeix el dret de tot infant a tenir una identitat, a conèixer els seus pares i a ser protegit de les injerències en la seva vida privada⁶⁴⁶. En principi,

aquesta evolució(n.41).

⁶⁴³ Segons FOSAR, *(e)s tiempo, viene a decir el Tribunal, para que los estados miembros cumplan, respecto de los hijos extramatrimoniales, los deberes positivos que les impone el art. 8, solo o combinado con el 14 del Convenio. No pretende formular un principio filosófico sobre la indiferencia o no del Estado ante cualquier forma de familia, legítima o no. No es esa su misión. Más prosaicamente pretende que los Estados miembros que todavía no lo hayan hecho coloquen a los hijos extramatrimoniales en una posición tal que no se viole su derecho a la integración en la familia de sus progenitores.* Enrique FOSAR BENLLOCH, *El Derecho de Familia y la política familiar del Consejo de Europa. Análisis de algunas recientes sentencias del Tribunal Europeo y decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos en materia de Derecho de Familia*, a Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, vol. III, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 1988, pp. 372 i ss. Segons PEÑA, *no se trata de criterios que el legislador español pueda o no seguir, sino que debe seguir pues a ello está obligado por los arts. 8 y 14 del Convenio, según la interpretación que les da la sentencia del TEDH en el caso Marckx.* PEÑA, *Comentarios...*, p. 886. En el mateix sentit, RIVERO, *Comentario...*, p. 467 i VERDERA, *Determinación ...*, p. 126.

⁶⁴⁴ DÍEZ DEL CORRAL opina, en canvi, que la interpretació del TEDH no pot justificar la modificació del sistema espanyol de determinació de la maternitat, ja que el problema que es plantejava en el cas *Marckx* no es pot plantejar per aplicació de la legislació espanyola, que no requereix un acte exprés de reconeixement per a establir la relació jurídica de filiació. DÍEZ DEL CORRAL, *La inscripción...*, p. 17.

⁶⁴⁵ Conveni sobre els drets del nen, aprovat per l'Assemblea General de les Nacions Unides, 20 de novembre de 1989. L'Estat Espanyol va signar el 26 de gener de 1990, el va ratificar el 6 de desembre (BOE de 31 de desembre de 1990, n^o 313) i està vigent, per al nostre país, des del 5 de gener de 1991.

⁶⁴⁶

Art. 7:

1. *El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*
2. *Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos*

sembla clar que les legislacions com l'espanyola comporten el desconeixement d'aquests drets. Cal tenir en compte, però, que el redactat del Conveni possibilita interpretacions limitatives de l'abast dels drets que reconeix. El dret al respecte de la identitat, és objecte de protecció front privacions o injerències *il.legals*⁶⁴⁷ i el dret a conèixer els pares està reconegut, junt amb el dret a ser cuidat per ells, i solament *en la mesura del possible*.

Pel que fa al el dret a la identitat⁶⁴⁸, l'art. 8 no defineix què cal entendre per identitat si bé, seguint STEWART podem distingir entre identitat familiar, identitat tribal, identitat biològica i identitat política. La primera inclouria el dret a conèixer i estar amb la família de la qual un prové, i també a ser identificat mitjançant el nom d'aquella família. La segona, inclouria l'aspecte ètnic, cultural i religiós; la tercera, la informació mèdica i genètica relativa al mateix nen i als seus parents i finalment la quarta es correspon amb la nacionalitat⁶⁴⁹.

El sistema de determinació de la maternitat vigent al nostre país, en tant que permet a la mare no ser identificada en el moment del part, constitueix una violació de l'art. 8.2 d'aquest Conveni, ja que suposa privar el fill d'un element fonamental per a la construcció de la seva identitat.

internacionales pertinentes en esta esfera, sobretudo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Art. 8:

1. *Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.*
2. *Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.*

Art. 16.

1. *Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.*
2. *El niño tiene derecho a la protección de la ley contra estas injerencias o ataques.*

⁶⁴⁷ Vegi's, més endavant el problema que el mateix conveni planteja pel que fa al coneixement dels orígens.

⁶⁴⁸ L'origen de l'article 8 es troba en la iniciativa del representant argentí en el grup de treball de la Comissió de Drets Humans de les Nacions Unides i també primer secretari de l'ambaixada d'Argentina a Ginebra. La motivació està en els successos que van tenir lloc en el seu país on, com és sabut, van desaparèixer moltes persones a mans dels militars.

⁶⁴⁹ Per STEWART ... *Recognition of the right would imply specific obligations on states, particularly with respect to granting access to information at some point in an adoptee's life, whether at majority or earlier.* George A. STEWART, *Interpreting the Child's Right to Identity in the U.N. Convention on the Rights of the Child*, 26 Fam. L. Q., 1992, pp. 221 i ss.

Caldrà veure de totes maneres si la privació és il.legal, i per fer-ho ens hem de preguntar des de quin punt de vista es determina la il.legalitat de la privació, si des del de la llei interna o internacional, ja que en la nostra legislació no es tracta d'una privació il.legal, com ho exigeix el Conveni. Penso que el més correcte és interpretar que cal jutjar la legalitat o il.legalitat des del punt de vista de la llei internacional, ja que d'altra manera el dret reconegut en el Conveni només tindria eficàcia en els Estats quina legislació interna ja el respectava⁶⁵⁰.

El dret a conèixer els pares resulta també impedit si es permet que la mare amagui la seva identitat. L'origen de la limitació *en la mesura del possible*, es troba en la voluntat d'evitar que l'adoptat conegui la família biològica i per tant, es tracta d'una limitació que afecta l'adoptat en un estadi posterior, si considerem l'anterior la possibilitat legal que la identitat de la mare sigui desconeguda, que, com he dit, afecta principalment el dret a la identitat. Tot i això, ja que l'anonimat de la mare impedeix el fill gaudir del dret reconegut a l'art. 7, s'han suscitat també dubtes sobre la seva compatibilitat, especialment a França, on l'*accouchement anonyme* es manté, malgrat que aquest país també va ratificar el Conveni⁶⁵¹.

5. VALORACIÓ DES DEL PUNT DE VISTA CONSTITUCIONAL

L'actual sistema de determinació de la maternitat infringeix diversos principis i drets fonamentals.

Del capítol de principis fonamentals de l'ordre polític i la pau social, la dignitat de la persona i el lliure desenvolupament de la personalitat (art. 10 CE), en tant que

⁶⁵⁰ Segons STEWART (*this construction would diminish the right significantly, for it would free a state to deprive a child of "genuine" identity so long as the state provides a replacement identity, and does so under color of national law.* STEWART, *Interpreting the Child's...*, pp. 221 i ss.

⁶⁵¹ Els partidaris l'*accouchement anonyme* mantenen la seva compatibilitat amb l'art.7 CNU, en tant que, argumenten, aquest article no estableix una regla absoluta ja que conté una reserva de la possibilitat i també perquè la preservació de la salut i la vida mateixa del fill també estan reconegudes pel Conveni (art. 6, que reconeix el dret a la salut) i podrien resultar amenaçades en el cas que la dona no tingués la possibilitat d'amagar la seva identitat en el moment del part. Així, RUBELLIN opina que l'art. 7 de la CNU no imposa un dret absolut a coneixer els orígens ja que està sotmès a una reserva. *L'enfant que l'Etat, la famille, la société ont le devoir de protéger n'a pas plus de droits que l'adulte. Pour tenter de persuader ceux qui voient dans cette restriction une concession à la seule impossibilité matérielle (la mort du parent par exemple, ou son habileté à ne pas être découvert) il convient peut-être de souligner que le droit de connaître ses parents est indissociable du droit d'être élevé par eux.* Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Droits de la mère...*, p. 700. En el mateix sentit, GRANET, *L'établissement judiciaire...*, pp. 21 i ss. En sentit contrari, DEKEWER-DÉFOSSEZ, que expressa que, si bé el redactat de l'article permet als legisladors nacionals gran marge de maniobra, *...la Convention indiquait une préoccupation qui est manifestement méconnue par le législateur français en matière de filiation.* DEKEUWER-DÉFOSSEZ, a *Réflexions sur les mythes...*, p. 263.

la llei denega a la persona la possessió d'una identitat familiar real i per tant la converteix en una persona sense arrels familiars i desvinculada absolutament de la seva història biològica i familiar.

Pel que fa als drets fonamentals, el dret a la igualtat davant la llei resulta vulnerat per la legislació que preveu els mecanismes mitjançant els quals algunes persones poden quedar legalment sense dades que li permetin establir la seva identitat biològica i familiar (art. 14 CE). També el dret a la intimitat, definit en aquesta ocasió com a control de la informació sobre un mateix⁶⁵² en tant que s'impedeix a les persones conèixer els fets que constitueixen la història de la seva vida (o intimitat en sentit positiu) (art. 18.1 CE).

El dret a la integritat física i moral (art. 15 CE) pot considerar-se també vulnerat en tant que la manca d'informació pot dificultar diagnòstics i tractaments mèdics adequats i també en tant que la ignorància sobre el propi origen pot donar lloc a problemes psicològics. D'altra banda la dificultat o impossibilitat de reclamar la maternitat, i per tant, d'exigir la protecció a la qual els progenitors estan obligats comporta la negació del dret a la tutela judicial (art. 24 CE).

Les dificultats legals per a tenir determinada la filiació biològica comporten també el desconeixement d'alguns dels principis rectors de la política social i econòmica. Concretament, la protecció integral dels fills, iguals davant la llei amb independència de la seva filiació (art. 39.2 CE), el reconeixement de la possibilitat d'investigar la paternitat (art. 39.2 CE) que esdevé impossible si es permet l'anonimat de la mare, i que no fa diferències segons l'origen de la filiació, el deure dels pares de protegir els fills (art. 39.3 CE) i el principi de protecció de la salut (art. 43 CE).

Al Tribunal Constitucional no se li ha plantejat mai el problema de l'abast del dret a la investigació de la filiació en relació a la maternitat.

En el plantejament de la constitucionalitat de la determinació de la filiació materna es poden utilitzar els mateixos arguments que s'utilitzen per a justificar el dret a la determinació de la paternitat: La mare que no permet la determinació de la seva relació amb el nascut es desprèn de tots els deures que la llei imposa als pares respecte dels fills i que es poden resumir en el deure general de protecció. S'ha d'afegir, però, que la indeterminació de la filiació materna té unes conseqüències molt més greus que la indeterminació de la filiació paterna en tant que sense referències sobre la identitat

⁶⁵² Segons la citadíssima concepció de la intimitat de FRIED, *Privacy is not simply tan absence of information about us in the mind of tohers; rather it is the control we have over information about ourselves*, FRIED, *Privacy*, p. 482.

de la mare és molt difícil identificar el pare ja que la paternitat es determina partint d'una maternitat prèviament establerta. El sistema de determinació de la maternitat que estableix la legislació registral és dons clarament inconstitucional.

6. CRÍTICA DEL SISTEMA

El sistema actual de determinació de la maternitat comporta que aquesta relació quedi determinada legalment sempre i quan la mare no expressi la seva voluntat en contra. És a dir, només quedarà sense determinar la filiació materna, matrimonial o no, en el cas que la mare declari expressament que no vol ser identificada en el parte mèdic, o, en el cas de la filiació extramatrimonial, que no vol ser identificada com a mare en la inscripció de naixement. La primera de les possibilitats, contemplada en l'art. 167 RRC, és també la que té conseqüències més greus en tant que suposa eliminar (o no establir) absolutament i des del moment del naixement, les dades d'identificació del fill; incomprendiblement pocs autors s'hi refereixen⁶⁵³.

La facultat de la mare soltera de deixar indeterminada jurídicament la relació de filiació biològica amb el seus fills ha estat criticada per gran part de la doctrina⁶⁵⁴

⁶⁵³ En les *II Jornadas de Magistrados-Jueces exclusivos de Registro Civil*, celebrades a Madrid l'octubre de 1994, es va suscitar una discussió sobre la conveniència de mantenir la norma de l'art. 167 RRC. En les conclusions de les Jornades es va fer una recomanació de reforma de la legislació en el sentit de suprimir la facultat de la mare de desconèixer la seva maternitat en tant que contradictòria amb el principi de veritat biològica. En aquest sentit, SALVADOR GUTIÉRREZ, magistrada que va presentar una ponència a aquestes Jornades, expressa que es tracta d'un precepte reglamentari sense cobertura de rang legal que vulnera, entre altres, els principis constitucionals d'igualtat dels fills davant la llei i de les mares (arts. 14 i 39 CE), Susana SALVADOR GUTIÉRREZ, *Los derechos registrales del menor*. En sentit contrari, el magistrat SEGOVIA LÓPEZ, opina que cal mantenir la possibilitat de l'art. 167 RRC, però solament pel cas de filiació no matrimonial. Luis SEGOVIA, *El derecho de la madre a desconocer a su hijo*, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 175, 1 de diciembre de 1994. La documentació d'aquestes jornades no ha estat publicada. Més recentment, SALVADOR GUTIÉRREZ s'ha manifestat en el mateix sentit en les IX Jornadas de Estudio "El menor y la familia: conflictos e implicaciones, organizadas per la Universidad Pontificia de Comillas els dies 14 a 16 d'abril de 1997.

⁶⁵⁴ No és exclusivament de la doctrina actual, la crítica al sistema de determinació de la maternitat. Ja PERÉ RALUY s'expressava en aquest sentit: *Parece algo axiomático que la filiación, vínculo real y físico, derivado de la procreación, debe integrar también un vínculo jurídico; no en balde la procreación establece un lazo natural entre padres e hijos y crea entre los mismos un complejo de derechos y deberes morales que deben tener una inexcusable proyección en el plano jurídico. Nada más lógico, pues, que exista el mayor paralelismo posible entre el hecho natural y el hecho jurídico de la filiación ya que el mundo del derecho no puede vivir al margen de la realidad de las cosas ... Sin embargo debe reconocerse que en materia de filiación el derecho histórico y el comparado acusan un brutal divorcio entre la realidad natural y la jurídica, que si en parte ha sido debido a la especial naturaleza de la filiación, cuya mecánica biológica ha dejado, hasta el presente al menos, en cierta incertidumbre la demostración física de la paternidad, debe su origen de modo primordial a una serie de prejuicios que en el fondo no son sino exponente de una mentalidad acomodaticia, más propicia a desconocer los problemas que a resolverlos y que ha conducido a los mayores absurdos y a una violenta ruptura entre la realidad y el derecho.* PERÉ

tot i que també s'han trobat arguments a favor de respectar aquesta facultat. DE LA CÁMARA, que és favorable al manteniment de la norma de l'art. 47 LRC, observa que la finalitat d'evitar un trencament massa obert amb el sistema del Codi civil, que era una de les que van justificar-la històricament, ja no té sentit avui, ja que el Codi civil estableix que es determina la maternitat quan es fa constar en la inscripció de naixement dins de plaç. Opina, malgrat això, que cal mantenir la norma, d'una banda perquè el Codi civil remet a la legislació registral expressament i els preceptes d'aquesta segueixen vigents, i d'altra banda perquè la notificació a la mare pot ser encara avui útil per evitar el risc que la mare hagi estat mal identificada⁶⁵⁵.

També s'ha argumentat en favor de la determinació automàtica de la maternitat amb base en el caràcter jurídic i no solament moral de l'obligació dels pares d'emparar els fills, que comporta que també l'establiment de la relació jurídica de filiació, sigui una obligació dels pares. D'altra manera, ademés, s'obliga al fill a endagar un procés de reclamació de la maternitat⁶⁵⁶. Per VERDERA, la possibilitat

RALUY, *La filiación...*, pp. 861 i ss. També era crític amb el sistema, Daniel FERRER MARTÍN, *Sistema actual español para determinar la filiación*, A.D.C., abril-junio 1967, pp. 255 i ss. De manera semblant, l'any 1933 escribia DÍEZ PASTOR, *cualquiera que sea el criterio que se sustente acerca del contenido de derecho que informa el estado de familia de los hijos extramatrimoniales, no se puede discutir el derecho del hijo a establecer las personas que lo engendraron*. José Luis DÍEZ PASTOR, *La familia y los hijos habidos fuera de matrimonio según la Constitución*, R.D.P., 1933. Segons GONZÁLEZ PÉREZ *más se protege a la familia legítima señalando como principio general la obligación de que se reconozca la paternidad de los hijos habidos fuera del matrimonio que declarando la impunidad de la tenencia de hijos extramatrimoniales. Si cada hombre supiera que respecto de aquellos hijos habidos fuera de matrimonio iba a tener las mismas obligaciones que respecto de sus hijos habidos dentro del matrimonio, y que aquéllos iban a poder imponerle coactivamente las consecuencias de la filiación, es indudable que ello supondría un freno a los actos de infidelidad matrimonial. La prohibición de investigar la paternidad tiene su base, no en la protección a la familia legítima, sino en una serie de prejuicios clasistas burgueses que contrarían los principios de justicia*. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La inscripción en el Registro Civil de los llamados hijos ilegítimos no naturales*, R.G.L.J., 1954, pp. 5 i ss.

⁶⁵⁵ La notificació a la mare pot impedir que l'error d'identificació quedi plasmat en el Registre. La incorrecta identificació de la mare és possible i DE LA CÁMARA, per exemple, explica un supòsit en el qual home casat feia passar la seva amant per la seva dona i que d'aquesta manera va inscriure en el Registre civil tres fills *legítims*, de manera que la seva dona apareixia com a mare. DE LA CÁMARA, *Comentarios...*, p. 348. El sistema de determinació de la maternitat sense tenir en compte la voluntat de la mare, *por más que tenga precedentes en la legislación comparada, es quizás demasiado atrevido y sería prudente mantener el actual sistema de notificación, lo que no sería contrario al Código, pues, en definitiva, el número 4 del artículo 120 Cc se remite a la legislación especial sobre el Registro civil*. Manuel DE LA CÁMARA, *La reforma del derecho de familia*. Jornadas Hispalenses sobre la reforma del derecho de familia, Sevilla, Imprenta Sevillana, 1982, p. 257.

⁶⁵⁶ Segons PEÑA, les normes de la legislació registral referides a la determinació de la maternitat no estan vigents en tant que suposen una infracció del deure de respecte a la vida familiar del fill, al qual la llei deixa, jurídicament, sense mare i ademés és contrari al principi constitucional d'igualtat, en tant que tracta de manera diferent els fills per raó del seu naixement. PEÑA, *Comentarios*, p. 888. Segons GARCÍA ZARANDIETA, *el juego de las normas del art. 120.4 Cc y del 47.1 LRC impiden la aplicación de los*

de desconeixement obeeix a residus excessivament voluntaristes que el Codi no va eliminar l'any 1981, sobretot si es té en compte que la llei fa possible la impugnació de la filiació materna (arts. 139 i 140 Cc) i ademés no respon a l'interès del fill ja que la supressió de la maternitat és sempre més perjudicial pel fill que el seu manteniment extrajudicial⁶⁵⁷.

Caldria establir un sistema de determinació automàtica de la filiació materna pel fet del part. En primer lloc, per la certesa del vincle biològic entre mare i fill, que és la que justifica la diferència de tractament entre filiació paterna i materna, és a dir, que s'ha de produir la imputació legal de la maternitat, sens perjudici de la possibilitat d'impugnació que cal donar a la dona quan justifiqui la falsetat de les dades en les que s'ha basat l'atribució. En aquest cas és possible també que els fets que condueixen a aquesta falsa atribució constitueixin delictes. El que no és possible és permetre la desvirtuació d'aquesta relació de filiació amb base en una declaració de la mare, basada solament en la seva voluntat. La interferència de la voluntat de la mare en aquesta determinació suposa introduir l'autonomia de la voluntat en la creació o destrucció de vincles de parentiu.

L'argument que justifica l'actual sistema en la igualtat entre home i dona no serveix ja que, des del punt de vista de la veritat biològica, parlar de reconeixement com a via per a determinar maternitat no sembla adequat en un sistema que tendeix a buscar la veritat biològica⁶⁵⁸, i en canvi parlar de reconeixement de la paternitat és una necessitat, a manca d'una evidència física de la paternitat biològica.

En segon lloc, per respectar el dret dels fills a rebre protecció, independentment del seu origen. No és coherent, d'una banda, establir les obligacions dels pares respecte dels seus fills i preveure les garanties i els mitjans per al seu compliment i

párrafos 2 y 3 del art. 47 LRC, que regula la notificación del asiento a la madre y el desconocimiento por ésta. Y ello es así porque la nueva regulación se basa en reconocer plenos efectos jurídicos al hecho de la procreación. Y por otro lado, de admitir el desconocimiento de la maternidad estaríamos permitiendo la impugnación de la maternidad extrajudicialmente. Serafín GARCÍA ZARANDIETA, *La filiación y el Registro civil*, BIMJ, núm. 1272, pp. 3 a 18 ; núm. 1273, pp. 3 a 15 i 1274, pp. 3 a 15, de 1982. Segons VERDERA aquest no és un argument decisiu ja que l'art 117 Cc, en relació amb el 136 Cc demostra la possible compatibilitat d'un sistema extrajudicial i judicial de negació de la paternitat. VERDERA, *Determinación...*, p. 131.

⁶⁵⁷ VERDERA, *La determinación...*, p. 129.

⁶⁵⁸ Segons RIVERO el reconeixement és una declaració de ciència que consisteix en declarar la pròpia paternitat o maternitat, amb la qual s'afirma implícitament, d'una banda que s'han tingut relacions sexuals amb una altra persona i d'altra banda, la creència que el fill és propi. Cap dels dos elements constitueix un dubte per a la mare, mentre que el pare pot dubtar del segon. RIVERO, *Comentario...*, p. 461. V. del mateix autor, *La tensión formalismo-realismo en los procesos de filiación*, PJ, n.13, 1989, pp. 105 i ss.

d'altra banda permetre que una declaració de la mare, que no requereix estar basada en la veritat biològica, pugui impedir la constitució d'una relació jurídica orientada a la protecció del fill. Com afirma RIVERO ens trobem davant d'un conflicte entre dos valors i interessos: el de la mare soltera a la intimitat i honorabilitat i el del fill a tenir determinada la seva filiació⁶⁵⁹. Davant d'aquest conflicte, la legislació registral vigent pren partit pel de la mare.

⁶⁵⁹ RIVERO, *Comentario...*, p. 467.

CAPÍTOL V. FILIACIÓ ADOPTIVA I FAMÍLIA ORIGINÀRIA EN L'ADOPCIÓ

1. EL TRENCAMENT AMB LA FAMÍLIA ANTERIOR COM A CONSEQÜÈNCIA DE L'ADOPCIÓ. NOVES TENDÈNCIES

Mitjançant l'adopció (o adopció plena en les legislacions que fan la distinció entre plena i simple) s'ha pretès tradicionalment el pas d'una persona des d'una família, que per diverses raons no s'en pot fer càrreg, a una altra família. Els seus efectes són dos, un efecte positiu d'una banda, en tant que suposa la integració de l'adoptat en la família adoptant a tots els efectes, i negatiu, d'altra banda per tal que comporta l'extinció dels vincles amb la família anterior⁶⁶⁰. La radicalitat d'aquest segon efecte, que comporta que dues persones biològicament vinculades esdevinguin legalment estranyes, s'està qüestionant. Es considera que la regla general és excessiva, innecessària en molts supòsits i que cal pensar en solucions menys absolutes que facin compatible la integració familiar de la persona que ho necessiti amb el respecte al vincle familiar biològic⁶⁶¹.

En les legislacions anglosaxones s'observa una tendència a configurar l'adopció de manera més oberta. Es parteix del fet que el prototipus de matrimoni infèrtil que busca mitjançant l'adopció, el fill, d'apariència física semblant a la seva, que no ha pogut tenir ja no és, sociològicament, l'únic. No és convenient, per tant, contemplar un sol model d'adopció, igual per a totes les persones, sinó que cal acceptar que el model tradicional d'adopció que consisteix en el *traspàs* del fill d'una família a una

⁶⁶⁰ El trencament no es produeix generalment en les adopcions intrafamiliars o del fill del cònjuge i tampoc a efectes dels impediments matrimonials.

⁶⁶¹ Aquestes consideracions provenen principalment de la doctrina anglosaxona, tot i que alguns autors francesos també han mostrat la seva preocupació davant l'absolutisme dels efectes de l'adopció plena. Així, segons CORNU, *La plénitude infusée à ce mode d'adoption paraît constituer, dans les figures du droit, un rare cas d'absolutisme. Sans doute s'agit-il d'une fiction. Il est au pouvoir du législateur d'en établir (c'est même son monopole). La puissance de la fiction atteint ici, cependant, un point culminant. Elle est au troisième degré: 1) Intrinsèquement, la filiation adoptive est artificielle; 2) Par répulsion pour la coexistence, elle coupe le lien naturel; 3) Elle oblitère le lien originel. On a tellement réfléchi à l'indissolubilité du lien conjugal, que l'indissolubilité naturelle du lien parental souffre un peu d'aller de soi. Au moment où la loi tranche ce lien, il faut dire que cette dissolution légale est contre nature. Qu'on ne se méprenne pas: Il est trop évident que le bonheur de l'enfant adopté est devant lui, dans l'espoir de l'adoption. La seule question serait de savoir s'il y a indivisibilité nécessaire entre l'aspect positif et l'aspect négatif de l'adoption. Nous penserions volontiers que non. Mais la faveur de l'adoption n'exige-t-elle pas cette concession au désir des adoptants?* Gérard CORNU, *Droit civil. La famille*. 4 éd., Paris, Montchrestien, 1994, p. 380. També Hauser considera excessius els efectes de l'adopció plena. HAUSER, HUET-WEILLER, *Traité...*, pp. 705-6.

altra, és solament un dels possibles⁶⁶².

El procés de major obertura o elasticitat en la institució es va iniciar a rel la pressió creixent, exercida principalment pels adoptats a partir d'una certa edat, que reclamen el dret a conèixer el seu origen biològic. La resposta d'aquestes legislacions està consistint, en major o menor mesura, en donar als particulars una certa capacitat de configuració de les relacions familiars, fomentant l'acord de les tres parts que constitueixen l'anomenat *triangle de l'adopció* (pares adoptius, pares biològics i adoptats). D'una banda aquesta filosofia es manifesta en la possibilitat de derogar la regla de la confidencialitat amb el consentiment dels interessats. D'altra banda, mitjançant l'anomenada *cooperative adoption* que suposa tot un procés de col.laboració entre família adoptiva i família biològica, tant prèviament com posteriorment a la constitució de l'adopció⁶⁶³.

Aquesta possibilitat de col.laboració suposa que l'adoptat coneix que té dos tipus de pares, situació que pot semblar d'entrada estranya, sobretot quan les legislacions de molts països regulen models de família molt tancats. De totes maneres, com a conseqüència, tant de les crisis matrimonials com de les tècniques de reproducció assistida, moltes famílies estan configurades de manera diferent a la tradicional, sobretot pel que fa a les relacions paterno-filials. És un fet que hi ha molts fills que conviuen amb un sol progenitor, o que tenen legalment un sol progenitor, que

⁶⁶² Segons APPELL, *(i)f adoption is to become truly child-centered, those participating in it as professionals, advocates, parents, law makers and adjudicators must resist defining the process as the creation of one family and de dissolution of another. To the contrary, adoption should be veiwed as a way to provide continuity and securtiy for children whose parents are unable or unwilling to care for them, and not as a way to provide adults with children to build a family. Conceptualizing adoption as a service for children, not adults, enables the recognition that adults cannot force children to relinquish all ties to their origin; rather, children are forever and inextricably bound to their birth families, even while loving, caring for, and belonging with their substitute caretakers.* L'autora cita WATSON, autor que defineix l'adopció com *...a way of providing security for and meeteng the developmental needs of a child by legally transferring ongoing parental responsibilities for that child from the birth parents to adoptive parents, and, in the process, creating a new kinship network that forever links the birth family and the adoptive family through the child who is shared by both.* (Kenneth W. WATSON, *The role of the public agency: delivering post adoption services* (1991)). Annette Ruth APPELL, *Blending families through adoption: implications for collaborative adoption law and practice*, 75 Boston U. L. Rev., 1995, pp. 997 i ss., p. 1061.

⁶⁶³ APPELL distingeix entre *open adoption* i *cooperative adoption*. El primer terme, més genèric, es refereix a un conjunt de possibilitats de comunicació entre la família biològica i l'adoptiva, que va des de l'intercanvi d'informacions fins el contacte entre les dues famílies. El segon terme fa referència a un procés de col.laboració entre les dues famílies, tant prèviament com posteriorment a la constitució de l'adopció. *Cooperative adoption is but one model of adoption; traditional closed adoption is another; and there are several models in between. Adoption is not a monolithic institution, nor are adoptees, birth parents, and adoptive parents homogenous.* Annette R. APPELL, *The move toward legally sanctioned cooperative adoption: Can it survive the Uniform Adoption Act?* a *SYMPOSIUM ON THE UNIFORM ADOPTION ACT*, 30 Fam. L. Q., 1996, pp. 494 i ss.

conviuen amb un progenitor i la seva parella i tenen relació amb l'altre progenitor, que a la vegada té també la seva parella; tampoc és estrany que els avis facin de pares i cada vegada menys, que una parella homosexual convisqui amb els fills d'un dels seus membres, fruit d'una unió heterosexual o de la inseminació artificial, etc... Totes aquestes circumstàncies contribueixen a la normalitat de la noció que un adoptat pugui tenir i assimilar que té dues classes de pares, els adoptius i els biològics. Aquest model d'adopció presenta, además, segons els seus partidaris, l'avantatge pràctic de facilitar l'obtenció del consentiment dels pares biològics, que rebutjen l'opció de l'adopció pel trencament que comporta, i, per les mateixes raons, facilita també l'acceptació dels fills que tenen maduresa suficient per a manifestar el seu parer en el procés de constitució, ja que no cal forçar-los a escollir entre els seus pares adoptius i els biològics.

2. ACCÉS A LA INFORMACIÓ SOBRE L'ORIGEN BIOLÒGIC

2.1. ASPECTES PSICOLÒGICS⁶⁶⁴

L'interès que algunes persones adoptades manifesten per conèixer el seu origen ha estat objecte d'estudi des de la perspectiva de la psicologia⁶⁶⁵. Els treballs consultats posen de manifest que aquest interès no és exclusiu de les persones que han estat adoptades sinó que és comú a totes les persones ja que forma part del procés de desenvolupament de la personalitat. La formació de la pròpia identitat física i psicològica i la pròpia imatge corporal es basen principalment en la informació que la persona té sobre la seva història i, concretament, sobre els seus avantpassats, especialment del progenitor del mateix sexe.

En aquest contexte els especialistes afirmen que l'interès de l'adoptat pel propi origen no ha de ser vist com una patologia sinó com una fase del procés de maduració personal. La resolució d'aquesta fase pot ser més complicada per la persona adoptada en tant que la filiació que té legalment atribuïda no és la originària i aquesta ha quedat sense efectes per raons que de vegades es desconeixen, i que, inclús si es coneixen l'adoptat pot ignorar. Aquest buit en la pròpia història suscita molta inquietud a l'adoptat, que pot tendir a pensar que la causa que va provocar que els pares biològics decidissin no fer-s'en carreg va ser ell mateix i que potser té germans

⁶⁶⁴ Bibliografia especialitzada consultada: Arthur D. SOROSKY, Annette BARAN, Reuben PANNOR, *The effects of the sealed record in adoption*, American Journal of Psychiatry, 1976, pp. 900 i ss. i, dels mateixos autors, *The adoption triangle*. Anchor Books, New York, 1984; Paul SACHDEV, *The triangle of fear: fallacies and fact*, CHILD WELFARE, vol. LXVIII, 1989, pp. 491 i ss.; Deborah H. SIEGEL, *Open adoption of infants: adoptive parent's perceptions of advantages and disadvantages*, Social Work, John TRISELIOTIS, *In search of origins: the experiences of adopted people*, London, Routledge and Kegan Paul, 1973; Jason KUHNS, *The adoption records controversy: breaking down the walls of secrecy*, 24 Golden Gate U. L. Rev., 1994, pp. 259 i ss.; Heather HUMPHREY i Michael HUMPHREY, *Damaged identity and the search for kinship in adult adoptees*, 62 British Journal of Medical Psychology, 1989, pp. 301-309; Terril L. BLANTON, Jeanne DESCHNER, *Biological mothers' grief: The postadoptive experience in open versus confidential adoption*, Child Welfare, vol. LXIX, n. 6, 1990, p. 525; Adrienne D. KRAFT, Joe PALOMBO, Dorena L. MITCHELL, Patricia K. WOODS, Anne W. SCHMIDT, Nancy G. TUCKER, *Some theoretical considerations on confidential adoptions*, Parts I a IV, Child and Adolescent Social Work, Vols. 2 i 3, 1985-6; Leslie M. STEIN, Janet L. HOOPES, *Identity formation in the adopted adolescent*, New York, Child Welfare League of America, 1985; Linda F. CUSHMAN, Debra KALMUSS, Pearla B. NAMEROW, *Placing an infant for adoption: The experiences of young birthmothers*, 38 Social Work, 1993-3, pp. 264 i ss.; Marianne BERRY, *Adoptive parents' perceptions of, and comfort with open adoption*, Child Welfare, vol. LXXII, n.3, 1993, pp. 231 i ss; Marianne BERRY, *The effects of open adoption on biological and adoptive parents and the children: the arguments and the evidence*, CHILD WELFARE, vol. XLL, n.6, 1991, pp. 647 i ss.; V. també els estudis citats per Marsha GARRISON, *Why terminate parental rights?*, 35 Stan. L. Rev., pp. 463 i ss.

⁶⁶⁵ L'estudi més extens, més complet i, encara avui, més citat és Arthur D. SOROSKY, Annette BARAN, Reuben PANNOR, *The adoption triangle*, Anchor Books, New York, 1984.

que van merèixer una sort millor. D'aquesta manera l'adoptat pot desenvolupar d'una banda un fort sentiment de culpa i d'inferioritat, i d'altra banda pot tendir a fantasiejar sobre com són els seus pares biològics. És corrent que somni sovint que casualment els troba en qualsevol lloc. Aquest conjunt de reaccions constitueixen el que la literatura especialitzada ha anomenat *genealogical bewilderment*, definit per SANTS com un estat de confusió i incertesa en el que cauen algunes persones adoptades que s'obsessionen en la qüestió sobre els seus orígens⁶⁶⁶. La manca d'informació provoca també temor a tenir relacions incestuoses⁶⁶⁷ i a patir o ser propensos a desenvolupar malalties de transmissió genètica. L'adoptat que no té referència sobre els seus pares biològics es preocupa especialment per la seva imatge corporal ja que no sap a qui deu els seus trets físics externs més característics, ni té en qui fixar-se per saber quin aspecte tindrà amb el pas dels anys. Pot sentir-se frustrat també pel fet de saber que no podrà explicar als seus fills la història dels seus avantpassats i alguns d'ells mostren una urgència compulsiva a tenir descendència per satisfer així la necessitat de sentir-se lligats biològicament a algú⁶⁶⁸.

S'ha comprovat que hi ha una sèrie d'aconteixements com el naixement d'un fill o la mort o enfermetat d'algun parent que precipiten l'interès de l'adoptat en el coneixement del seu passat. De vegades succeeix també que a mesura que l'adoptat es va fent gran té una major inquietud perquè imagina que els seus pares biològics són ja uns ancians i que potser necessiten ajut i companyia. La publicitat televisiva sobre successos relacionats amb persones adoptades que busquen i troben les famílies originàries contribueix també a despertar l'interès pel propi origen en persones que

⁶⁶⁶ H.J. SANTS, *Genealogical bewilderment in children with substitute parents*. 87 *British Journal of Medical Psychology*, 1964, pp. 133 i ss.

⁶⁶⁷ En l'obra *The adoption triangle* s'explica el cas del jove que va portar la seva promesa a casa per a que conegués els seus pares. En mirar la noia i saber que era adoptada, la mare del jove va donar-se compte immediatament que era la versió crescuda de la nena que vint anys enrera ella havia tingut i donat per a ser adoptada. *The adoption triangle*, p. 124.

⁶⁶⁸ Segons Margaret LAWRENCE, que va fer un estudi basat en les entrevistes a dos-cents adoptats, *Obscuring the true identity of a person leaves him anonymous and unattached, no matter how many new names he may acquire. There is a profound psychological isolation in being unrelated to any other person who has ever lived and to be a stranger who never belongs wherever he may be. The anonymous child has no point of reference to identify with or against*. Margaret LAWRENCE, *Inside, looking out of adoption*, Ponència presentada al congrés anual de l'*American Psychological Association*, Washington D.C., 1976. VOGÜÉ i RICARD fan la comparació entre el fill orfe i l'adoptat, per arribar a la conclusió que l'orfe, un cop que assimila la mort dels pares, integra l'esdeveniment dramàtic en la seva vida mitjançant la cerimònia íntima del dol, amb els seus rictes, les seves dates commemoratives, les seves referències i, eventualment, amb manifestacions d'agressivitat. En canvi, l'adoptat que ignora els seus orígens no pot portar a terme aquest procés d'assimilació de la seva situació ja que *on ne peut faire le deuil que du connu...* Guy de VOGÜÉ, Émile RICARD, *L'enfant a droit à son père*, Paris, Éditions L'Harmattan, 1994, pp. 255 i ss.

potser fins aquell moment no s'havien plantejat la possibilitat de fer-ho⁶⁶⁹

L'interès de l'adoptat pel coneixement dels seus orígens pot afectar els pares adoptius en el sentit que aquests podrien interpretar-lo com a síntoma d'una manca d'integració. Des d'aquest punt de vista s'entendria l'interès en el coneixement de la identitat dels pares biològics com a necessitat de trobar uns altres pares; els estudis consultats posen de manifest que això no succeeix quasibé mai. Poden témer, ademés, que el coneixement de la família biològica interfereixi en la relació amb la família adoptiva i inclús que l'adoptat vulgui retornar amb els pares biològics. Els experts

⁶⁶⁹ TRISELIOTIS va fer un estudi l'any 1973 a Escòcia, que encara avui és molt citat, sobre l'experiència de setanta persones que havien estat adoptades i que s'havien interessat per conèixer els seus orígens i que majoritàriament (un 80%) van qualificar de satisfactòria l'experiència en tant que pel fet de conèixer la pròpia història, sentien tenir alguna base tangible i real sobre la qual construir la seva personalitat. El 20% restant s'arrepentia d'haver-la sol·licitat. Segons l'estudi de TRISELIOTIS solament un 1/1000 dels adoptats en edat de sol·licitar aquesta informació segons la llei escocesa, van fer-ho. La majoria dels sol·licitants tenien de vint-i-cinc a trenta anys. Un 60% d'aquests, desitjava conèixer personalment els seus pares biològics, especialment la mare; un 37% buscava solament tenir més informació sobre el seu passat; i un 3% pretenia informar-se per raons purament pràctiques, com ara el futur matrimoni. TRISELIOTIS manté que la probabilitat que un adoptat s'interessi per conèixer els seus pares biològics és superior en els cassos en que l'adoptat no té una relació satisfactòria amb els seus pares. També determinen aquest interès la forma i el temps en el qual l'adoptat s'assebenta del seu origen adoptiu. (En el mateix sentit, STEIN i HOOPES En sentit contrari, SOROSKY, BARAN, PANNOR opinen que l'interès pel coneixement del propi origen no depèn de la relació que l'adoptat tingui amb els pares adoptius sinó que és una qüestió que podria dependre de caràcters innats de la personalitat com ara la curiositat). Leslie M. STEIN, Janet L. HOOPES, *Identity formation in the adopted adolescent*, pp. 44 i ss.; SOROSKY, BARAN, PANNOR, *The adoption triangle*. Aquest treball de TRISELIOTIS ha estat també objecte de crítiques, que posen en dubte la representativitat de la mostra de base ja que es tractava d'un grup de voluntaris, d'entre els que s'havien interessat pel seu origen biològic i no d'una mostra a l'atzar d'entre la població de persones adoptades. V. p. ex., HUMPHREY, *Damaged identity...*, p. 302. TRISELIOTIS, *In search of origins*.

Un altre estudi interessant és el realitzat al Canadà en els anys 1983-1984, amb la finalitat de copsar l'opinió dels pares adoptius, els biològics i els adoptats, sobre la possibilitat que la informació referida a les adopcions i als orígens dels adoptats deixés de ser secreta. L'estudi es va fer sobre una mostra d'unes 300 persones seleccionades a l'atzar d'entre les arxius del Departament de Serveis Socials d'una província de l'est del Canadà. D'aquests, 152 eren pares o mares adoptius, 72 mares biològiques, 53 adoptats i 17 treballadors socials al servei de l'administració. Només es van estudiar adopcions d'infants fins un any d'edat, sense relació prèvia de parentiu amb els adoptants, constituïdes en tres dates diferents (1958, 1968 i 1978). A la pregunta sobre si creien que calia revelar a l'adoptat la identitat dels seus pares biològics, un 69.7% dels adoptants, especialment els més joves, va respondre afirmativament. Les mares biològiques també van respondre majoritàriament en el mateix sentit (88.5%); i un 74% va especificar ademés que seria convenient que s'els demanés el seu consentiment prèviament. Val al dir que, aproximadament un 70% dels adoptats va posar de manifest certa consideració en relació a la mare biològica en el sentit que també opinaven que caldria requerir el consentiment d'aquesta abans de revelar a l'adoptat la seva identitat. Sobre la possibilitat que les mares biològiques poguessin obtenir informació sobre la seva nova identitat adoptiva, només el 56% dels adoptats va opinar afirmativament. El percentatge desglossat per sexes mostra que el percentatge de dones adoptades que van respondre afirmativament aquesta qüestió (60%) era superior al dels homes (46.7%). SACHDEV, *The triangle of fear*, pp. 494 i ss.

opinen majoritàriament que els adoptants no han de temer res de tot això⁶⁷⁰; L'adoptat té la seva pròpia història i el fet que la vulgui conèixer, no tant sols no és un símptoma de manca d'adaptació en la família adoptiva, sinó que és un fet saludable⁶⁷¹. En aquest sentit cal dir que s'ha constatat que la por de ferir els pares adoptius fa que molts adoptats no gosin preguntar sobre els seus orígens.

Pel que fa als pares biològics, la política de confidencialitat parteix de la suposició que aquests confien en l'anonimat que els va ser promès i que además ells han volgut trencar tota relació amb el que fou el seu fill i oblidar l'experiència passada de la filiació. Aquestes suposicions no són sempre certes⁶⁷² i segons expliquen algunes mares biològiques, l'aseveració que se'ls va fer quan van prendre la decisió, en el sentit que oblidarien el fill i la seva experiència, no s'ha confirmat. No aconsegueixen oblidar res i pateixen ansietat, angoixa, depressió, sentiments de culpabilitat i baixa autoestima. Voldrien saber què n'ha sigut del seu fill i sovint se'n recorden, especialment en la data del seu aniversari de naixement; moltes expliquen que desitjarien poder-li explicar el perquè de la seva decisió. Hi ha algunes mares biològiques que no arriben a superar mai aquesta experiència i arriben a sentir-se incapaces de tornar a ser mares; creuen además, que fer-ho seria una *infidelitat* al fill que va ser adoptat. Contràriament, hi ha qui opina que el fet d'ignorar totalment qualsevol informació sobre l'estat actual del qui fou el seu fill fa que la mare superi millor l'experiència passada⁶⁷³.

⁶⁷⁰ Segons alguns autors la raó per la qual una persona o una parella es decideix a adoptar (esterilitat, reemplaçar un fill biològic mort, desig de tenir més fills dels que s'han tingut, raons humanitàries, cuidar de parents que han esdevingut orfes, temor a transmetre enfermetats de transmissió genètica, etc...) condiona sovint les actituds posteriors en relació als problemes que es poden plantejar: no és el mateix adoptar pensant que l'adopció és la solució millor un cop que s'ha constatat la impossibilitat de tenir descendència biològica (*the second best*) que pensant que és millor que tenir descendència biològica.

⁶⁷¹ Alguns adoptants han arribat a afirmar que si haguessin sabut abans d'adoptar que el seu fill podria conèixer els seus pares biològics no haguessin adoptat. Segons el testimoni d'uns adoptants, *We did not adopt our children to be caretakers or baby sitters for the natural mothers who gave them up for adoption...*, SOROSKY, *The adoption triangle*, p. 83.

⁶⁷² Segons el testimoni d'una dona temerosa que el seu fill pogués localitzar-la, *I had an illegitimate child when I was nineteen. No one knew about it except my parents. Three years later I got married. My husband has no idea of my past nor will he be told. I now have a prestigious job, a child, and a lovely home. I am now thirty years of age. I'm afraid that if the child ever came to my front door it would be the end of my marriage. My husband would probably get custody of my child.* SOROSKY, BARAN, PANNOR, *The adoption triangle*, p. 70.

⁶⁷³ V. KRAFT, *Some theoretical considerations*, p. 20 i SOROSKY, *The effects of open adoption...*, p. 641. Segons alguns autors per la mateixa raó pateix més una persona divorciada que una vídua, ja que la vídua abandona des del primer moment qualsevol esperança de retrobament o reconciliació. BLANTON I DESCHNER, *Biological mothers' grief...*, p. 534.

2.2. ASPECTES JURÍDICS

2.2.1. Introducció i plantejament de la qüestió⁶⁷⁴

L'adopció s'ha considerat sempre com una qüestió objecte de publicitat restringida tant pel que fa a l'origen adoptiu de la filiació com pel que fa a l'origen biològic de l'adoptat. La confidencialitat afecta diferents aspectes de la relació adoptiva i té destinataris diferents: així,

-Pel que fa al **coneixement del fet de l'adopció**: les restriccions es dirigeixien a impedir que terceres persones coneguin l'origen adoptiu del fill (i per tant probablement *ilegítim* anterior). D'aquesta manera es protegeix la intimitat del fill i la intimitat de la família adoptiva del coneixement públic de l'origen adoptiu del fill⁶⁷⁵.

-Pel que fa al coneixement de la **filiació biològica anterior**, tradicionalment s'ha considerat convenient donar suport legal a la ficció que suposa el *renaixement* del fill en la família adoptiva i l'extinció dels seus vincles amb la família anterior, de manera que la filiació biològica ha de desaparèixer d'entre les dades d'identificació del fill com a conseqüència de l'adopció. El secret es dirigeix, en moltes legislacions, contra qualsevol persona, inclòs el mateix adoptat i té com a fonament la protecció del dret a la intimitat personal dels pares biològics, ja que s'evita que es conegui el fet que van renunciar o van ser privats dels seus fills.

-Pel que fa al coneixement de la **identitat de la família adoptiva**, en aquesta matèria el secret es manté front qualsevol persona, però va especialment dirigit a impedir que la família biològica conegui la família adoptiva. D'aquesta manera es tracta de protegir la seva intimitat ja que esdevé legalment la única família de l'adoptat i necessita saver-se a resguard de qualsevol intromissió per part de la família biològica per així fer més fàcil el procés d'integració de l'adoptat en aquesta família.

⁶⁷⁴ Vegi's, l'informe sobre el tractament de l'adopció en les legislacions internes i en els diferents instruments internacionals, el laborat en ocasió de la preparació del Conveni de la Haia, J.H.A. VAN LOON, *Informe sobre la adopció de niños procedentes del extranjero*, Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Oficina Permanente de la Conferencia. La Haya. 1990.

⁶⁷⁵ Tot i que moltes legislacions no s'hi refereixen, és acceptat arreu que el fet de l'adopció no es pot amagar al propi adoptat. Podria pensar-se equivocadament que la ignorància sobre l'origen adoptiu de la filiació pot evitar dubtes i patiments al fill; i, en la mateixa línia podria pensar-se també que els adoptants en sortirien beneficiats en tant que sentirien *més propi* el fill.

D'altra banda veurem com en algunes legislacions l'accés a la informació sobre el propi origen biològic no constitueix una qüestió exclusivament dels adoptats ni tampoc és un problema de tots ells, sinó que té la seva causa en la possibilitat legal de deixar indeterminada la filiació biològica, especialment la materna (V. apartat corresponent). Per tant la dificultat prové de circumstàncies anteriors i independents de la pròpia adopció i per tant afecta també persones que no han estat adoptades. És el cas de les legislacions espanyola, francesa i, amb matisos, de la italiana.

En d'altres, en canvi, és l'adopció per sí mateixa la que comporta, en el seu cas, el tancament de l'accés a una filiació originària quina constatació legal és inevitable. És el cas de la resta de legislacions del nostre entorn cultural.

En una primera visió general de l'estat de la qüestió en el dret comparat, cal distingir entre els sistemes que parteixen del reconeixement del dret de qualsevol persona al coneixement del propi origen, que són solament l'alemany i el suís, o que el reconeixen als adoptats majors d'edat (alguns Estats nordamericans i alguns australians) i els que el fan possible només en determinats supòsits, com el francès o l'espanyol, o previ compliment d'alguns requisits (consentiment de la persona a la qual es refereix la informació o prova d'una causa que justifiqui l'interès de la persona), com és el cas de la resta de legislacions.

2.2.2. Visió global de l'estat de la qüestió en el dret comparat

En les legislacions espanyola i francesa l'adoptat pot accedir a la informació sobre la seva filiació originària, amb l'excepció del supòsit en el qual la seva filiació materna estigués indeterminada, és a dir, en el cas que la mare hagués fet ús de la possibilitat legal d'amagar la seva identitat: en aquest sentit té les mateixes possibilitats d'obtenir-la que els no adoptats.

La legislació italiana preveu també la possibilitat que la filiació materna pugui quedar indeterminada i, ademés impedeix també l'accés del fill a la informació referida a la seva filiació biològica, excepte si compta amb autorització judicial. Per tant, caldrà veure amb quins criteris està decidint la jurisprudència. Tanmateix cal tenir en compte que hi ha una proposta de modificació de la legislació vigent.

La legislació anglesa permet l'accés de l'adoptat major d'edat a la identitat dels seus pares biològics i ademés ha establert un *Registre de contactes* on els adoptats i els pares biològics poden fer constar el seu interès en posar-se en contacte. També és possible que la sentència que constitueix l'adopció estableixi un règim de visites.

Alguns Estats nord-americans i alguns territoris d'Austràlia i el Quebec condicionen l'accés a aquesta informació al consentiment de les persones a les quals es refereix, mitjançant un sistema de registre de voluntats. En altres Estats nordamericans no és necessari que les parts es registrin ja que se'ls localitza per demanar-els-hi el consentiment. Altres Estats nord-americans, i algun estat australià permeten l'accés als majors d'edat sense més requisits, mentre que altres el condicionen a la demostració d'una causa que justifiqui l'interès i, finalment, alguns ho impedeixen absolutament. Algun Estat australià ha establert l'anomenat *contact veto registry*, en el qual tant els adoptats com els pares biològics poden expressar el seu desig de no ser contactats per qui accedeixi al coneixement de la seva identitat.

Per últim, la legislació alemanya permet a tota persona accedir a la informació sobre la filiació originària, qualsevol que sigui el seu origen i el dret suís requereix per a l'adoptat, prèvia autorització, tot i que després de la reforma de la constitució l'any 1992, que declara el dret de tota persona al coneixement del seu origen, sembla que serà difícil mantenir cap obstacle legal a aquest coneixement.

2.2.3. Detall de l'estat de la qüestió en el dret comparat. Legislació, doctrina i jurisprudència⁶⁷⁶

a. França

L'adopció s'inscriu en el Registre de l'estat civil del lloc de naixement de l'adoptat i aquesta inscripció conté el dia, l'hora i el lloc de naixement i el sexe de l'infant. També menciona els noms, cognoms, data i lloc de naixement, professió i domicili de l'adoptant, i filiació adoptiva, sense fer menció a la filiació biològica del fill⁶⁷⁷. D'aquesta manera l'extracte integral de la seva inscripció de naixement no aporta cap indicació sobre la filiació biològica i tampoc el llibre de família ni els documents que el registre emet. Malgrat això, l'adoptat pot conèixer la identitat dels pares biològics, ja que pot tenir accés a l'expedient judicial de la seva adopció, que

⁶⁷⁶ Hervé BRIBOSIA, *Transparence et secrets autour des adoptions internes et internationales*, Rev. Int. Dr. Comp., 1993-4, pp. 795 i ss. Marie Thérèse MEULDERS-KLEIN (Dir.), *Adoption et formes alternatives d'accueil. Droit belge et droit comparé*, Bruxelles, Story Scientia, 1990.

⁶⁷⁷ Els paràgrafs tercer i quart de l'article 354 C.civ disposen que: *La transcription (de l'adoption plénière sur les registres de l'état civil) tient lieu d'acte de naissance à l'adopté. L'acte de naissance originnaire et ... sont revêtus de la mention "adoption" et considérés comme nuls.*