

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 12 DE MAYO DE 2011 (2676/2011)**

**Derecho de los menores  
a relacionarse con sus allegados**

Comentario a cargo de  
M<sup>a</sup> Isabel de la Iglesia Monje  
Profesora Contratada Doctora Universidad Complutense  
Acreditada a Profesora Titular de Derecho Civil

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 12 DE MAYO DE 2011**

**ID CENDOJ:** 28079110012011100281

**PONENTE:** *EXCMA. SRA. DOÑA ENCARNACIÓN ROCA TRIAS*

**Asunto:** La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011 pone fin a las controversias iniciadas en el ámbito del establecimiento de las relaciones personales entre un menor y la antigua compañera de su madre biológica a quien se le otorga la categoría jurídica de allegada a la que alude el artículo 160 del Código civil. La extensión del derecho del menor a relacionarse con sus allegados es una cuestión que debe decidirse por el juez siempre teniendo en consideración la aplicación del principio del interés superior del menor.

**Sumario:** 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1 Interés del menor y protección de la familia. 5.2 Filiación, técnicas de reproducción asistida en parejas del mismo sexo, y el necesario consentimiento. 5.3 La forma del consentimiento y las TRA en relación con las parejas homosexuales femeninas en Cataluña. 5.4 Las re-

laciones personales entre un menor y la antigua compañera de su madre biológica. El interés del menor: 5.4.1 *Constatación del beneficio de la relación entre el menor y el allegado*. 5.4.2 *La categoría jurídica de allegada*. 5.4.3 *El derecho de relación, comunicación y visitas de la allegada*. 5.5 Conclusión. **6. Bibliografía utilizada.**

## 1. Resumen de los hechos

La sentencia objeto de comentario trata del otorgamiento del régimen de comunicación y visitas de un menor de edad a la allegada, antigua compañera sentimental de la madre, en base al principio del interés superior de aquél.

Doña Zaida y Doña Lucía mantuvieron una relación de pareja de forma pública y notoria desde enero de 1996 hasta junio de 2006, sin llegar a contraer matrimonio. Durante ese periodo, el 13 de noviembre de 2003, Doña Lucía dio a luz un niño. Embarazo que se consiguió mediante la técnica de fecundación asistida, con material genético de donante anónimo. No consta que la decisión fuese o no tomada conjuntamente.

## 2. Solución dada en primera instancia

Con carácter previo el Juzgado de Instrucción nº 2 de Talavera de la Reina había conocido del asunto (consecuencia de que en la ruptura de la pareja se habían producido malos tratos) y finalizado con las Diligencias Previas 785/06 en Auto de 10 de Agosto de 2006 con la aprobación de las medidas cautelares, consistentes, entre otras, en la atribución de la guarda y custodia del menor a favor de Doña Lucía reconociendo a Doña Zaida el derecho a tener al menor en su compañía los martes y jueves desde las 10 horas hasta las 20 horas durante las vacaciones del menor y desde las 17,30 horas hasta las 20 horas en periodos lectivos y fines de semana alternos con expresa condena en costas a la parte contraria si se opusiere a dicha pretensión.

El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Talavera de la Reina dictó sentencia de fecha 19 de marzo de 2007 estimando la demanda interpuesta por Doña Zaida (y elevando las medidas cautelares a definitivas) acordando a su favor el régimen de comunicación y visitas del menor de edad, pudiéndolo tener en su compañía los fines de semana alternos desde las 17,30 horas del viernes hasta las 19,00 horas del domingo; así como los martes y jueves desde las 17,30 hasta las 19,00 horas durante los periodos lectivos, y la mitad de las vacaciones de Semana Santa, verano y Navidad, de acuerdo con el calendario escolar del menor, eligiendo la madre biológica los años impares y la no biológica los años pares. La recogida y entrega del menor se hará siempre en el Punto de encuentro Familiar de Talavera de la Reina. La

sentencia argumentó que desde que había nacido el niño había tenido dos madres, ejerciendo Doña Zaida el rol de madre, siendo la relación entre ambos, madre y menor, buena y beneficiosa para éste, siendo perjudicial que el menor dejara de tener relación con Zaida, por eso se acordó un derecho de visitas amplio.

### **3. Solución dada en apelación**

Doña Lucia interpuso recurso de apelación, basado en que no existía hasta el momento otra maternidad que la suya como madre biológica, que aparecía inscrita en el Registro civil sin mención alguna de la otra litigante, que fue sustanciado por la Sección 1<sup>o</sup> de la Audiencia Provincial de Toledo, el 22 de abril de 2008. Recurso que estimó parcialmente la sentencia de Instancia, sustituyendo únicamente la expresión “madre no biológica” por Doña Zaida. El derecho de comunicación y visitas acordado no varía.

Resultan interesantes los argumentos recogidos por la sentencia de la Audiencia y que transcribimos, en parte, para poder luego ser objeto de comentario. Así se afirma que: a) la única maternidad legalmente determinada era la de D<sup>a</sup> Lucía; b) desde el nacimiento, el niño “ha tenido una situación familiar consistente en la existencia de dos madres, circunstancia que ha sido provocada por la actitud libre, consciente y voluntaria de ambas litigantes”; c) en el marco de estas relaciones, “es inconcebible que una de las miembros de la pareja decida quedarse encinta en contra o al margen al menos de la voluntad de su compañera”; d) no es importante que exista una situación legal de filiación, “pues lo importante para la Sala es que es indudable que para Virgilio, Zaida es su madre, no biológica, tampoco legal, pero madre a fin de cuentas desde el punto de vista que al menor le importa, que no es otro que el haber conocido a Zaida como madre propia desde el mismo día de su nacimiento”; e) el derecho de visitas no debe ser interpretado de forma restrictiva y dado que no se ha probado que el régimen sea perjudicial, debe mantenerse.

### **4. Motivos de casación alegados**

Doña Lucia interpone un único motivo de casación basado en que la situación objeto de análisis no está regulada. Cuando nació el niño, concebido por Doña Lucia mediante las técnicas de reproducción asistida con material genético de donante anónimo, existiendo la relación de pareja pública y notoria de ambas litigantes sin contraer matrimonio, el niño sólo fue inscrito como hijo de su madre biológica, no existiendo ninguna acción de filiación a favor de doña Zaida. La madre biológica considera que el derecho de visita reconocido en las dos instancias vulnera los derechos de la madre al tener que compartir

el niño con una persona allegada, que no es decisoria ni imprescindible en su formación y educación.

Se solicita la determinación de la extensión de las relaciones entre los allegados y el menor, ya que el apartado 2º del artículo 160 CC sólo indica que “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.”

## 5. Doctrina del Tribunal Supremo

### 5.1. *Interés del menor y protección de la familia*

Esta es una de las primeras sentencias cuyo Ponente fue la profesora Encarna Roca que establece realmente el papel preponderante del principio general de derecho del interés superior del menor. Principio introducido en nuestro ordenamiento consecuencia de su establecimiento en los tratados y convenios internacionales, y su consiguiente inclusión en la Ley Orgánica de Protección jurídica del menor. No olvidemos que la protección del menor se haya consagrado en el art. 39.3 de la Constitución, en la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión europea, art. 24. (Iglesia Monje, 2014).

No obstante no ha sido hasta la LO 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, la que realmente tomando como base la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha recogido este principio de protección del interés supremo del menor definiéndolo y concretándolo.

La cuestión objeto de debate y comentario de la sentencia del TS de 12 de mayo de 2011, surge porque la pareja de hecho, independientemente de su sexo, rompe (con malos tratos entre ellas) y se establece un derecho de comunicación y visitas a favor de *la otra madre* necesarias para el menor que continúa bajo la guarda y custodia de su madre biológica.

Como bien indica la ponente la pareja constituyó en su día una unidad familiar, pero son muy distintos los efectos que tienen lugar entre sus miembros, y los efectos entre los convivientes y sus hijos. Entre los miembros de la pareja se aplicará el principio de libertad de pacto, pero los efectos que produce la maternidad se hallan regulados por el principio constitucional de protección del menor (art. 39.3 CE), en la convención de sobre derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y en el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, los cuales imponen unas reglas imperativas con la finalidad protectora.

Para que no se rompa el vínculo definitivo con la madre no biológica, Doña Zaida, ambas instancias, y el TS reiteran el otorgamiento de tal derecho

de visitas y comunicación, ya que el menor no tiene porque sufrir la ruptura de la pareja y la desvinculación de una de ellas, especialmente si aquella era la que ejercía el rol de madre, independientemente del sexo de las mismas, o cómo haya sido procreado... Las dos madres, Doña Lucia y Doña Zaida, habían creado una estructura familiar con un núcleo de convivencia, y que tras su ruptura no debe afectar al menor.

Una de las alegaciones contenidas en el único motivo de casación se basa en que “el derecho de visitas reconocido a Doña Zaida vulnera los derechos de la madre como tal, al tener que compartir el niño con la persona allegada, pero no decisoria ni imprescindible en su formación y educación”

En todo grupo familiar siempre será más importante el interés del menor que el interés de los progenitores, por lo que en las discusiones sobre guarda y custodia, o sobre derecho de visitas debe primarse aquél, más aún durante la primera etapa de la vida de un niño. Resulta notorio que la estructura familiar, el derecho de relación y los modelos de conducta a seguir son primordiales en los primeros años del menor ya que forjan su personalidad. El menor ha tenido una relación de proximidad familiar humana y afectiva con ambas madres. No debe olvidarse que la Constitución al proteger la familia obliga a los poderes públicos a salvaguardar el libre desarrollo de la personalidad del menor.

La cuestión radica en que precisamente por su condición sexual y no ser la madre biológica del menor y no constar en el Registro Civil como progenitora del menor, no cabe la existencia de una relación jurídica de filiación aunque sí de hecho, y por ello, se le otorga la categoría jurídica de allegada y se le concede el derecho de relación, comunicación y visita de carácter amplio, precisamente en base a la necesidad de que el menor pueda mantener el vínculo con su madre no biológica.

Todo ello sin olvidar que en la propia alegación se mantiene que además de no tener en cuenta el interés del menor y lo que puede aportar Doña Zaida que durante tres años había mantenido no sólo una estrecha relación con el menor, sino que ejercía hacia él su rol de madre, se le *cosifica*, se le considera al menor un objeto a compartir tal y como se deduce cuando la recurrente indica que “se le vulneran sus derechos de madre, al tener que compartir el niño con una persona allegada...” Lo que demuestra que se tiene en mente primordialmente el interés de las dos adultas.

### 5.2. *Filiación, técnicas de reproducción asistida en parejas del mismo sexo, y el necesario consentimiento*

La protección a la familia se mantiene independientemente de los lazos biológicos que existan o no entre sus miembros, máxime en este caso, donde la madre no biológica ha ocupado durante los primeros años de existencia del menor el rol de progenitora. Sería el mismo caso de la adopción donde no hay lazos biológicos

pero el interés del menor que se define ya en una sentencia del TS de 31 de julio de 2009 “como un sintagma de carácter absoluto” insiste en el carácter preferente en torno al cual debe fundarse toda actividad que se realice siempre en beneficio del desarrollo físico, intelectual y de integración social del menor.

El libre desarrollo de la personalidad y su conexión con la procreación se encuentra consagrado en el art. 10.1 CE entendido como principio constitucional centrado en la autonomía de la persona para elegir, libre y responsablemente, la concepción y el nacimiento de un hijo (decisión personalísima del sujeto).

Evidentemente el *interés del menor* debe ser la cuestión primordial en todas las controversias que aparecen en torno a las técnicas de reproducción asistida. El interés del menor, cuya base es su *bienestar* se complica en estos supuestos donde existen relaciones personales, relaciones sentimentales, y además aparecen las innovaciones médicas a las que se *acude voluntariamente con la intención y el propósito firme de procreación*, hecho que a su vez origina las relaciones paternofiliales.

En toda esta situación resulta interesante detenerse en el interés del menor como cuestión previa para con posterioridad profundizar en la incidencia que puede tener en materia de filiación. En nuestro supuesto se observa como la rivalidad entre las madres, hace que la madre biológica impida que en todo momento progrese, se consolide y tenga efectos una situación beneficiosa para el menor pero que legal y jurídicamente en ese momento no estaba determinada.

El menor nació el 13 de noviembre de 2003, habiéndose realizado el embarazo de Doña Lucía mediante la técnica de fecundación asistida, estando vigente la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida hoy derogada por la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Anteriormente a la actual Ley, la DGRN determinaba que la relación jurídica de filiación respecto de su cónyuge sería posible y debería establecerse únicamente por adopción, (ejemplo de esta línea lo son las RRDGRN de 30 de septiembre de 2004 y 5 de junio de 2006). No obstante la necesaria evolución legal se produjo en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, concretamente en su artículo 7.3 (modificado en 2007). Precepto que determinó una filiación jurídica, de carácter legal, al posibilitar la filiación en los supuestos de matrimonio de dos personas del sexo femenino, y sobre todo su acceso al Registro Civil. Cambio que ya se recogió en las RRDGRN de 17 de abril de 2008, 17 de mayo de 2008 y de 22 de mayo de 2008. La DGRN señaló que “esta determinación de la filiación a favor de otra mujer no altera el principio de unidad de la maternidad que consagra el ordenamiento, ya esté determinada por naturaleza –por el hecho del nacimiento– o por adopción”, (RDGRN 14 de octubre de 2008).

La novedad radica en que el art. 7 LTRHA (modificado por ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al

sexo de las personas) *crea un nuevo título de determinación de la maternidad que no está contemplado por el Código*. Ya que no es posible hablar de determinación de la filiación por naturaleza del cónyuge de quien se somete a técnicas de reproducción asistida, como ocurre en el supuesto en el que el marido consiente en que su mujer se someta a estas técnicas sino que estamos ante la determinación de la filiación por naturaleza de la mujer casada con otra mujer, que es la gestante. El marido podría ser el padre por naturaleza del hijo de su mujer, pero obviamente no se tienen dos madres por naturaleza. El citado precepto indica que cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente de hecho, con su mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del registro civil que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido, posibilidad que reiteramos no podía aplicarse a nuestro caso al ser sólo pareja de hecho.

Pero esta situación no se daba en el supuesto de hecho de la sentencia objeto de comentario puesto que ni ambas mujeres estaban casadas, ni consta “probado si la decisión fue tomada o no conjuntamente por las dos componentes de la pareja”, por lo que no podemos hablar siquiera de existencia de consentimiento expreso. Todo ello sin olvidar que la pareja integrada por Doña Lucia y Doña Zaida sí constituyó en su día unidad familiar. No obstante, como indica la Audiencia, no hay que olvidar que “desde el nacimiento, el niño ha tenido una situación familiar consistente en la existencia de dos madres, circunstancia que ha sido provocada por la actitud libre, consciente y voluntaria de ambas litigantes”.

Además, incluso si todas las circunstancias descritas anteriormente se dieran, este precepto no sería tampoco aplicable a supuestos producidos *antes de la entrada en vigor de la Ley*, ya que la misma no había establecido la retroactividad. Por lo que obviamente en ningún caso cabe hablar de filiación.

En resumen, actualmente resulta concluyente la necesidad de existencia del consentimiento de la madre no gestante (y, obviamente de la gestante) y su plasmación documental, por constituir un requisito muy importante a la hora de determinar la filiación en estos casos (RDGRN 26 de noviembre de 2008), pero que insistimos, no era aplicable a nuestro caso. Pues como dice PARRA LUCÁN (2011, pag 6) el consentimiento en estos supuestos deben quedar garantizados por la trascendencia de las consecuencias jurídicas que crean. Para ello es necesario que previamente haya una información adecuada y el consentimiento se emita libre y conscientemente y así quede plasmado.

### 5.3. *La forma del consentimiento y las TRA en relación con las parejas homosexuales femeninas en Cataluña*

La situación podía haber sido diferente si la pareja de hecho hubiera firmado su consentimiento y tuviesen vecindad catalana, ya que su Código Civil catalán,

a diferencia del art. 7.3 LTRHA, no contiene la necesidad de contraer matrimonio, aunque recomienda la constatación por escrito del consentimiento de ambas convivientes con su firma en el centro médico, pues se exige imperativamente la existencia del documento público donde conste el consentimiento o en un documento del propio centro de reproducción asistida. (art. 235-13 CCCat)

Consiguientemente las parejas homosexuales femeninas en Cataluña tienen la ventaja de no necesitar estar casadas ni estar formalizada su relación en un registro de parejas de hecho, sólo se pone el énfasis en la formalidad del consentimiento a fin de atribuir la maternidad y la filiación. Asunto que fue objeto de estudio en la sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 27 de septiembre de 2007, donde se insiste en *la invalidez del consentimiento prestado por el sujeto en documento privado*, el cual no fue elevado a público.

La concreción de la forma en el otorgamiento del consentimiento no es cuestión baladí, aunque ya saliendo del territorio catalán y acercándonos a las Islas Baleares, recogemos la Sentencia de la AP de Les Illes Balears, de 5 de diciembre de 2012, que estudia la *acción de impugnación de la filiación ejercitada por la madre biológica contra la mujer que fue su pareja, habiéndose determinado la filiación por el consentimiento prestado por la segunda en el seno del expediente de inscripción del nacimiento del hijo alumbrado por la primera*.

En resumen, como indica Ayarza Sancho, (2008, pag 2), “aunque paradójico, e intrínsecamente antitético, lo cierto es que la autonomía de la voluntad juega un destacado papel en la determinación de la filiación, con quiebra del principio fundamental de prevalencia de la verdad material entendida como verdad biológica.”

#### 5.4. *Las relaciones personales entre un menor y la antigua compañera de su madre biológica. El interés del menor*

La sentencia objeto de análisis resulta fundamental por su innovación en dos cuestiones muy relevantes. Primero, por la consideración de la antigua compañera de la madre como allegada. No olvidemos como recoge la sentencia de la Audiencia que lo importante para la Sala es que es indudable que “para Virgilio, Zaida es su madre, no biológica, tampoco legal, pero madre a fin de cuentas desde el punto de vista que al menor le importa, que no es otro que el haber conocido a Zaida como madre propia desde el mismo día de su nacimiento”

Y en segundo lugar por el otorgamiento a la allegada de un derecho de relaciones personales entre ésta y el menor, que es un concepto nuevo más amplio que el derecho de visitas, pues incluye el derecho de relación y comunicación además del de visitas totalmente concretado en tiempos determinados.

Todo ello sin olvidar que el interés del menor obliga a los tribunales a decidir las relaciones que el menor va a tener en el futuro recordando que no

se le pueden recortar relaciones y comunicaciones con personas que le son próximas humana y afectivamente, independientemente de que entre ellos existan o no lazos biológicos simplemente por causa de diferencias entre los adultos.

#### 5.4.1. Constatación del beneficio de la relación entre el menor y el allegado

Tras la adhesión de España a la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y la Resolución A3-0172/1992, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño, y, la publicación de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, se publicó la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, cuya Exposición de Motivos indica que “los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil” por lo que “los poderes públicos han de fomentar la protección integral del menor y la familia en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 39 de nuestra Carta Magna”. Junto con los abuelos y los parientes introdujo una figura existente en la realidad social pero otorgándole categoría jurídica que es la de los *allegados*, y que se recoge en el artículo 160, 2º y 3º CC.

La categoría jurídica de allegado y su derecho a relacionarse se tiene en cuenta cuando se constata que esa relación es beneficiosa para el menor, lo cual, y respecto a los abuelos, salvo excepciones, es siempre beneficiosa, pues ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular. El caso de los abuelos es diferente pues su importancia se pone de relieve en la propia Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de Noviembre de 2003 ya que es una figura jurídica clara y desempeña un papel fundamental de cohesión y de transmisión de valores en la familia; esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados.

El Derecho de Familia está en continua evolución, el sistema familiar actual es plural, lo que significa que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales.

Una vez determinado que el sujeto puede configurarse como allegado, debe probarse dicha relación. La propia Jurisprudencia entiende que la cuestión tiene su dificultad pues el término allegado no ofrece ni objetividad, ni seguridad, ya que en él cabe incluir a todas las personas que han tenido trato

próximo con el menor, y ello, de hecho, podría afectar a la necesaria estabilidad que necesita en su vida diaria.

Por ello es labor de la Jurisprudencia el análisis de cada supuesto de hecho para otorgar al sujeto la categoría jurídica de *allegado* pues resulta obvio que no basta el simple interés del tercero sino sobre todo la relación mantenida con el menor y el beneficio que su figura le proporciona para el desarrollo de su personalidad.

#### 5.4.2. La categoría jurídica de *allegada*

En nuestro supuesto, al no tener Doña Zaida un derecho de filiación pero considerársela el eje principal del desarrollo del menor, pues ejercía el rol de madre en la pareja, se le otorga la categoría jurídica de *allegada* a la que alude el art. 160 CC, lo que le da derecho a relacionarse personalmente con el niño. No obstante, la sentencia expresa conscientemente que la extensión del derecho del niño de relacionarse con sus *allegados* es una cuestión que debe ser decidida por el juez. Y lo hace tras estudiar los informes psicológicos y teniendo en cuenta el interés del menor.

A partir de esta sentencia cada vez la jurisprudencia va teniendo más en cuenta esta figura, la del *allegado*, y, con más asiduidad se le otorga una cercanía mayor a los lazos familiares, como puede verse en mi estudio Iglesia Monje, (2015, p. 2871). Así ocurre en el supuesto de la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de diciembre de 2013, donde se ejercita una acción de reclamación de filiación por posesión de estado por la ex esposa de la madre biológica de las niñas. El Tribunal consideró suficiente que ésta prestase su consentimiento respecto a la determinación de la filiación a su favor, y que dicha manifestación se haga antes de que nazca el hijo y no necesariamente ante el encargado del Registro Civil, quedando acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo. La posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y refuerza el consentimiento como título de atribución de la maternidad, en este caso. (Vid, mi comentario a la misma Iglesia Monje, 2014, 1924).

Y posteriormente en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de enero de 2014, el tema de la protección familiar se vuelve a ver en un asunto donde se analiza una acción de reclamación de la filiación por posesión de estado, formulada por la mujer que fue pareja de hecho de la madre biológica del niño, nacido durante su relación de pareja mediante la técnica de reproducción asistida. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación al considerar la posesión de estado como presupuesto para la legitimación del ejercicio de la acción y como medio de prueba de la filiación reclamada. Todo ello al amparo del interés superior del menor. Se insiste en que este interés se proyecta

“sobre la protección de la vida familiar (que) alcanza, sin distinción, a las relaciones familiares con independencia, como razón obstativa, de la naturaleza matrimonial o no de la misma, o al hecho de la generación biológica tomado como principio absoluto, en sí mismo considerado, de forma que incide en la existencia del lazo de familiaridad establecido con el niño permitiendo o favoreciendo su desarrollo conforme al libre desarrollo de la personalidad del menor.”

En resumen, del artículo 160,2 CC se desprende que el legislador ha querido preservar y garantizar el entorno del menor, y en su caso específicamente por su vulnerabilidad reducirlo sólo hacia el ámbito o proyección familiar y social. Con el allegado se alcanza, una tercera gradación de proximidad ya que *se consigue incluir a una persona no del ámbito familiar directo que puede solucionar, proteger supuestos concretos determinados jurisprudencialmente.*

Además, ha utilizado conscientemente este *término abstracto para garantizar la tutela jurídica del menor en términos amplios, en base a los derechos fundamentales recogidos constitucionalmente en los arts. 39 CE y 10, 2 CE.*

Amplitud con perspectiva de futuro, pues hay que tener en cuenta que en una sociedad como la actual donde se va más allá del concepto nuclear de la familia, acudiéndose a situaciones de familias monoparentales, aparece la figura del allegado que, en cierto modo, como ha dicho la doctrina “hace pervivir la familia *in extenso*”. Lo que está claro es que *el allegado constituye una auténtica red social sobre la que se podrán asentar unas relaciones personales más garantistas para la protección del menor.*

El interés de la sentencia en determinar la categoría jurídica de allegada a la compañera de la madre biológica consiste en que no quiere otorgarla simplemente un hipotético derecho, sino un derecho efectivo pues le une al menor una relación afectiva importante.

#### 5.4.3. El derecho de relación, comunicación, estancias y visitas de la allegada

El TS concreta conceptualmente la extensión del derecho del menor de relacionarse con sus allegados, que de hecho constituye el núcleo del litigio. No quiere aplicarse el término de visitas ya que es el empleado solamente en las relaciones entre los progenitores y sus hijos, considera que es más adecuado utilizar la expresión relaciones personales que es la utilizada en el art. 160,2<sup>o</sup> CC.

Recordemos que el derecho de visita está configurado en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho –deber otorgado al padre no custodio tras la ruptura matrimonial o de pareja–, ya que el artículo 94 del Código Civil indica que el progenitor no custodio de los hijos menores o incapacitados gozará

del derecho de visitarlos, de comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía, y el artículo 160 del Código Civil nos recuerda que «el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores...». El derecho de visita comprende el de comunicación (por cualquier vía, como el teléfono, internet, correspondencia, etc.), el de visitas (una serie de horas al día en el lugar que se señale, en su caso) y el de estancias (referido a la posibilidad de que la progenitora no custodio pueda tener al menor consigo más de un día con pernocta, de tal manera que el menor va a vivir con ella, algunos fines de semana o periodos vacacionales).

La cuestión se centra en que el art. 160 CC no concreta la extensión ni la intensidad de los periodos en los que el menor puede relacionarse con sus allegados. De ahí que sea el Juez quien deberá tener en cuenta:

- i) la situación personal del menor y de la persona con la desea relacionarse;
- ii) las conclusiones a que se haya llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido;
- iii) la intensidad de las relaciones anteriores;
- iv) la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia y,
- v) en general, todas aquellas que sean convenientes para el menor.

Todo ello sin perjuicio de su posible modificación posterior en el supuesto de que existiese algún perjuicio para el menor, pues como ya hemos indicado la finalidad de este derecho no es satisfacer los deseos de los progenitores sino el interés y las necesidades afectivas y materiales de los hijos, de modo que las visitas están condicionadas en todo momento a que resulten beneficiosas para el menor. Por ello, el artículo 94-2.º del Código Civil indica que «el juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Puede modificarse siempre pensando en el beneficio de los hijos en caso de alteración de las circunstancias cuyos requisitos suelen ser sustanciales, objetivos que suponga la aparición de hechos o situaciones nuevas y de algún modo imprevistas, con un grado de permanencia en el tiempo, acreditada por la parte que la hace valer y consistir en acontecimientos ajenos a la voluntad del cónyuge en el instante de la modificación.

### *5.5. Conclusión*

El interés del menor y la protección a la familia son los principios generales concretados en la Constitución (art. 39) en base a los cuales deben re-

solverse todos los problemas no concretados legalmente consecuencia de la constante evolución de las familias en la realidad social.

Al no ser posible el ejercicio de la acción de filiación se otorga la categoría jurídica de allegada a la antigua compañera de la madre que ejerció el rol materno con el menor. Es constatable el beneficio para el desarrollo de la personalidad del menor. Resulta innovadora en este sentido esta sentencia porque hasta este momento sólo se había aludido a este derecho para ceñirlo al supuesto de los abuelos, y concretado en el derecho de visita de éstos cuando los padres estaban separados, o falta alguna figura materna o paterna. Aunque la jurisprudencia actual está haciendo extensiva esta categoría jurídica a otras personas –no parientes– que se encuentran dentro del círculo social del menor.

Precisamente al ser los juzgados de Instancia los que realizan la valoración de los hechos son los que a su vez deben determinar cuáles son las circunstancias más favorables al menor. Deben adoptar aquellas medidas que sean más adecuadas a su edad, para que éste construya progresivamente su situación personal y su proyección de futuro, evitando ser manipulado, y en beneficio de su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los jueces pueden adoptar (art. 158 CC) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, como es el caso del allegado.

Se le otorga con carácter innovador el derecho a mantener relaciones personales con el menor que es un derecho que engloba las comunicaciones, las relaciones entre ambos y el derecho de visitas y estancias claramente determinado y fijado. Este derecho queda a concreción del juez que conoce el supuesto de hecho de cada caso concreto.

Tras la modificación de la LTRHA de 2006, el art. 7.3 *crea un nuevo título de determinación de la maternidad que no está contemplado por el Código*. Introduce la determinación de la filiación en los supuestos de matrimonio de dos personas del sexo femenino, y sobre todo su acceso al Registro Civil. En el Código Civil catalán (art. 235-13), se exige imperativamente la existencia del documento público donde conste el consentimiento o en un documento del propio centro de reproducción asistida, posibilitándose la atribución de la maternidad, y consiguientemente la filiación sin necesidad de matrimonio.

## 6. Bibliografía utilizada

Ayarza Sancho, José Alberto: “La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento”, en *Diario La Ley*, N<sup>o</sup> 6932, Sección Doctrina, 24 de abril de 2008, Año XXIX, Ref. D-127, Editorial La Ley. La Ley 16037/2008.

- Iglesia Monje, M<sup>a</sup> Isabel de la: “Examen de la jurisprudencia más reciente del principio general del interés del menor. Su progresiva evolución e importancia” en *RCDI*, Análisis crítico de jurisprudencia. Año: 2014 - Num: 745. Pag.2459-2479.
- “Concepto de allegados y el interés superior del menor”, en *RCDI*, Análisis crítico de jurisprudencia. Año: 2015 - Num: 751 - Pag: 2871-2892.
  - “El necesario consentimiento de la mujer casada en las técnicas de reproducción asistida como título de atribución de la maternidad y la importancia del interés del menor”, en *RCDI*, Análisis crítico de jurisprudencia. Año: 2014 - Num: 744 - Pag: 1924-1942.
- Parra Lucán, María Ángeles: “Autonomía de la voluntad y derecho de familia” Diario La Ley, N° 7675, Sección Tribuna, Año XXXII, Ref. D-304, Editorial La Ley. La Ley 13922/2011.