

ACCIÓN DE DETERMINACIÓN LEGAL DE FILIACIÓN MATERNA NO MATRIMONIAL DE UN MENOR. IRRETROACTIVIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA. MATRIMONIO HOMOSEXUAL DE MUJERES

JOSÉ IGNACIO ATIENZA LÓPEZ

Secretario Judicial del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n.º 3 de Madrid

Extracto:

UNIÓN de hecho homosexual entre mujeres que con posterioridad contraen matrimonio y, antes de contraerlo, consienten en tener una de ellas un hijo con técnicas de reproducción asistida: si con posterioridad el matrimonio se separa, desde la reforma legal del año 2007, la cónyuge que no era madre biológica puede pretender que se reconozca su maternidad no matrimonial respecto del menor, pero no es posible pretender que la norma de 2007 tenga una aplicación retroactiva al haberse producido el nacimiento del menor en el año 2003. Justificación de la posesión de estado: resulta difícil acreditar dicha posesión si el matrimonio de las dos mujeres duró poco en el tiempo, aunque la dedicación de ambas al menor haya sido similar.

Palabras clave: posesión de estado, acción de filiación materna no matrimonial, matrimonio homosexual, irretroactividad de las leyes.

Abstract:

UNION actually homosexual women who marry after and before of getting consent to have one of them a child with assisted reproductive techniques: if after marriage is separated from the legal reform of 2007, the spouse not was biological mother can claim to be recognized as non-marital childbearing on the child, but you can not pretend that the law of 2007 has retroactive application to have occurred the birth of a child in 2003. Justification for the possession of state: it is difficult to prove such ownership if the marriage of the two women was short in time, but the dedication of both the child has been similar.

Keywords: possession of state, action non-marital maternal affiliation, gay marriage, non-retroactivity of laws.

ENUNCIADO

María y Juana eran en el año 2000 pareja o unión de hecho. De común acuerdo y con pleno consentimiento de ambas deciden tener un hijo, siendo la madre biológica María, naciendo el niño en el año 2003. En el Registro Civil, únicamente, se pudo inscribir la maternidad biológica de María.

En el año 2005 y al amparo de la reforma operada por la Ley 13/2005 que permite contraer matrimonio a los homosexuales, ambas contrajeron matrimonio, que se rompe en el año 2006, de forma contenciosa hasta el punto que un juzgado ha dictado medidas de alejamiento entre ellas.

Comparece Juana en nuestro despacho manifestando que desea conocer las posibilidades de iniciar una acción de determinación legal de la filiación materna extramatrimonial del menor a su favor de forma que se reconozca su maternidad con todos los efectos legales correspondientes. Considera, igualmente, que la posesión de estado a su favor es clara pues eran pareja de hecho y luego matrimonio y además era conocida como madre del menor.

Dictaminar al respecto.

CUESTIONES PLANTEADAS:

- Viabilidad de la acción de determinación legal de la filiación no matrimonial en matrimonio posterior homosexual entre mujeres, tras las reformas legales.
- Irretroactividad de la aplicación de las normas en la materia. Principio general de irretroactividad.
- La posesión de estado y el reconocimiento de la comaternidad.

SOLUCIÓN

En primer lugar, cabe estimar que Juana está legitimada para el ejercicio de la acción que pretende interponer y debemos considerar que la posesión de estado que la norma exige concurre en

nuestro caso ya que Juana ostentó en el ámbito de la pareja que formó con María la posición de madre del menor, y en el familiar y en el social apareció como madre del citado, aunque respecto de la posesión de este estado realizaremos más adelante otras consideraciones en sentido contrario.

Ahora bien, el problema esencial de nuestro caso nace a partir de los términos del apartado tercero del artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (redacción dada por la Ley 3/2007), el cual señala que «cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que, cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido». La viabilidad de la acción a la vista de la norma, y en relación con la Ley 13/2005, de 1 de julio, sobre Matrimonio entre Personas Homosexuales, y con el Reglamento del Registro Civil, puede tener un encaje favorable entendiendo que si desde la citada Ley 13/2005 se permite el matrimonio entre homosexuales, por análoga relación de afectividad, acreditado que ambas litigantes eran pareja, no existe impedimento para la estimación de la acción, de forma que se estima el reconocimiento de dos madres al menor. Es cierto que el artículo 108 del Código Civil (CC) solo admite dos tipos de filiación, la biológica o por naturaleza y la adoptiva, y ninguna de ambas concurre en nuestro caso, pero pensemos que la pretendida por Juana (como la adoptiva) tiene fundamento legal tras la reforma de la Ley 14/2006. Los antedichos son razonamientos que pueden jugar a favor de lo que Juana pretende.

Ahora bien, existen poderosas razones que impiden aceptar la viabilidad de una acción del artículo 131 del CC («cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado»).

La acción, por tanto, que cabría interponer es una acción de reclamación de filiación por naturaleza, materna y extramatrimonial compatible y compartida con la que ya existe inscrita en el Registro a favor de la madre biológica, partiendo de la base de que, desde la vigencia del citado artículo 7.3, puede entenderse que es posible la existencia de dos madres, por lo que por una aplicación retroactiva de dicho artículo es posible la acción que ejercita. Hay un primer obstáculo importante para lo que Juana pretende, pues en 2003 cuando el niño nace, no existía el precepto cuya aplicación intenta; en materia de Derecho intemporal o transitorio, parte nuestro CC del principio general de la irretroactividad, cuando establece que «las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario» (art. 2.3 CC), lo cual supone que, salvo aquellos casos en que la propia ley determine, de manera expresa o tácita, pero en todo caso claramente, el alcance temporal de sus preceptos, debemos decidimos por la aplicación no retroactiva de la misma. Por ello, cada relación jurídica se rige, en principio, por la ley vigente en el momento de su creación, a menos que la ley posterior se revele como inequívocamente retroactiva. En todo caso, cabe acudir a los criterios interpretativos que en esta materia se derivan de las disposiciones transitorias del CC, cuya naturaleza de normas generales y supletorias, destinadas a complementar el citado artículo 2.3 del CC, es evidente (art. 4.3 y disp. trans. decimotercera CC).

En el presente caso la Ley 3/2007, de 15 de marzo, que introdujo el citado apartado tercero del artículo 7 de la Ley 14/2006, no prevé su aplicación retroactiva, si bien es cierto que alguna Resolu-

ción de la Dirección General de los Registros y Notariado (DGRN) la ha aplicado en supuestos en los que se ejercitaba estrictamente el precepto (Resolución de 14 de octubre de 2009), lo cual creemos que no podría aplicarse a nuestro caso, ya que, como hemos apuntado anteriormente, Juana ejercitaría en su demanda una acción judicial de filiación amparándose en una pretendida maternidad que el precepto no establece.

Pero hay también otros elementos que desaconsejan el ejercicio de lo pretendido por Juana, pues debe tenerse en cuenta que el supuesto contemplado por dicho artículo es el de un matrimonio contraído entre dos mujeres al amparo de lo preceptuado en el artículo 44.2 del CC, que admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero en el año 2003, cuando nació el niño, Juana solamente convivía con María, no estaban casadas, sin que el hecho de estar acreditada la relación de pareja entre ambas suponga, por analogía, que se pueda estimar la acción, pues, incluso, de la redacción del citado precepto es claro que el mismo está pensado para situaciones de estabilidad (como se aplica en la citada Resolución de 14 de octubre de 2009 de la DGRN), y en el caso de autos nos encontramos con una pareja homosexual no casada y rota desde el año 2006, con adopción incluso de medidas de alejamiento.

No creemos que se puede alegar que dicha norma (el art. 7.3 Ley 14/2006) mantenga su efectividad como una norma que contemple un supuesto de filiación, en este caso homosexual, que determine la «comaternidad», sin que la doctrina de la DGRN expuesta en la citada Resolución de 14 de octubre de 2009, al aplicar el artículo 7.3, fuera la de contemplar un supuesto de filiación homosexual, añadiendo uno nuevo a los previstos en el artículo 108 del CC, de forma que el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 tiene una eficacia meramente registral, sin que establezca presunción de filiación alguna, por lo que no cabe basarse en ella para, invocando la posesión de estado, pretender el reconocimiento de una filiación de derecho propiamente dicha, ejercitando la acción del artículo 131 del CC.

Creo que, en este caso, también debe valorarse la situación de Juana a la hora de asesorar sobre la viabilidad de la acción que pretende, en relación con las opciones de probar si existe una verdadera posesión de estado por su parte. Tanto María como Juana se han preocupado del menor con igual dedicación, pero, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la crisis de la pareja surge muy pronto, en el año 2006, cuando el menor tiene apenas tres años. Que dicha crisis es grave se deduce de las medidas que se tuvieron que adoptar por el juez, imponiendo a las partes una orden de alejamiento y decretando un régimen de visitas para que la demandante pudiera ver al menor. Es obvio, por el poco tiempo que la pareja gozó de dicha estabilidad desde el nacimiento del niño, que se entienda no suficientemente acreditada la posesión de estado que legitime a Juana para el ejercicio de la acción del artículo 131 del CC.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, arts. 4.3, 108, 131 y disp. trans. decimotercera.
- Ley 14/2006 (Técnicas de reproducción asistida), art. 7.3.
- RDGRN de 14 de octubre de 2009.