

LA DETERMINACIÓN DE LA SEGUNDA MATERNIDAD LEGAL A FAVOR DE LA ESPOSA DE LA USUARIA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Davinia Cadenas Osuna

Investigadora postdoctoral Juan de la Cierva-formación. Acreditada a Profesora

Contratada Doctora

Universidad de Málaga

La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio¹, legaliza en el ordenamiento jurídico español el matrimonio entre personas del mismo sexo e introduce un párrafo segundo al artículo 44 CC en aras de equiparar sus requisitos y efectos a los del matrimonio contraído entre hombre y mujer. Así pues, se abre a los matrimonios integrados por personas del mismo sexo la posibilidad de adoptar, siendo ésta la solución acogida en un principio por nuestra doctrina administrativa y jurisprudencia para determinar la filiación de la esposa de la mujer que se somete a las técnicas de reproducción asistida, de suerte que, si bien a favor de la usuaria se determina la filiación por naturaleza, a su esposa únicamente le resta la posibilidad de adoptar al nacido².

Esta solución, sin embargo, entraña la discriminación de la esposa de la usuaria respecto del marido, habida cuenta de que el consorte varón sí que puede determinar a su favor la filiación paterna por naturaleza de los hijos nacidos como consecuencia de la aplicación a su esposa de las técnicas de reproducción asistida, ya sean homólogas o heterólogas - artículos 6.3 y 8.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistidas³ (en adelante, LTRHA)-. Esta situación fue el germen de fuertes

¹ BOE n. 157, de 2.7.2005.

² En este sentido se pronuncia la RDGRN de 5 de junio de 2006 (JUR 2007\130356): “Aun partiendo del principio incuestionable de que las parejas del mismo sexo no deban ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al extremo de que se establezca doblemente, por la sola declaración de las interesadas, la maternidad tanto respecto a la mujer que ha dado a luz como respecto de la compañera estable de ésta. La maternidad es única en nuestro Derecho y queda determinada por naturaleza o por adopción, resultando en el primer caso, respecto de la madre, del hecho del nacimiento [mientras que] el vínculo intentado de maternidad respecto de quien no es madre biológica sólo puede obtenerse a través de todo el mecanismo de la adopción”.

³ BOE n. 126, de 27.5.2006.

reivindicaciones sociales que derivaron en la adición al artículo 7 LTRHA, por la Disposición adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas⁴, de un apartado tercero, que permite la determinación de la segunda maternidad legal a favor de la esposa de la mujer que se somete a las técnicas de reproducción asistidas, posibilidad a cuyo examen dedicamos nuestra exposición.

Los propósitos que perseguimos con el presente estudio son, en esencia, los tres que siguen: en primer lugar, analizar en profundidad de los requisitos formales exigidos por el artículo 7.3 LTRHA para la determinación de la segunda maternidad legal, requisitos que se han relajado con la reforma introducida en el mencionado precepto por la Disposición final quinta de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil⁶; segundo, visibilizar las evidentes diferencias existentes entre los regímenes legales previstos para la determinación de la filiación a favor del cónyuge de la usuaria de las técnicas de reproducción asistida en función de si aquél es hombre o mujer, aportando nuestra opinión crítica sobre la dudosa necesidad y justificación de tal disparidad de tratamiento; por último, cuestionarnos sobre el modo de determinación de la filiación a favor de la pareja de hecho de la usuaria cuando aquélla es una mujer, hipótesis en la que no podemos recurrir al artículo 7.3 LTRHA, cuya aplicación requiere la existencia de un vínculo matrimonial vigente, y sin separación legal o de hecho, entre la usuaria de las técnicas y la mujer a cuyo favor se pretende determinar la segunda maternidad legal.

Podemos concluir afirmando que, aun cuando la remisión general a las Leyes civiles que el artículo 7.1 LTRHA contempla en sede de filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción asistida resulta harto problemática, habida cuenta de que el fundamento de esta filiación y de la filiación por naturaleza difieren (en el primer caso, la voluntad de ser progenitor; en el segundo, la verdad biológica), tampoco resultan pacíficas las

⁴ BOE n. 65, de 16.3.2007.

⁵ Dice el precepto, en su redacción hoy vigente: “Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

⁶ BOE n. 167, de 14.7.2015.

especificidades previstas por el legislador en esta sede, centrándonos en nuestra exposición en las dificultades que plantea la determinación de la segunda maternidad legal tal y como ha sido configurada en el artículo 7.3 LTRHA.